

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**13**  
(1984)



**giuffrè editore milano**

BARTOLOMÈ CLAVERO

DEL PENSAMIENTO JURIDICO  
EN EL ESTUDIO DE LA HISTORIA

(A proposito de Antonio Manuel HESPANHA, *História das Instituições. Época medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, 569 pp.)

Desde un comienzo se advierte: estamos ante un manual universitario, nacido de la enseñanza y a ella destinado; un manual que se ofrece a los estudiantes de historia jurídica o de historia institucional en las facultades de derecho en Portugal. Mas no se tenga la malicia de pensarse que con la advertencia quieren eludirse los rigores de la crítica, justificándose, tal como no es raro en la literatura del género, la pura banalidad o la simple repetición bajo la excusa de la servidumbre docente; nada más lejos de la realidad en este caso. Un serio esfuerzo constructivo y una originalidad en absoluto caprichosa aguantan aquí lectura que bucee bajo la superficie, que contraste aparato y confronte argumentos, la cual podrá además precisamente interesar al pensamiento jurídico que atienden estos cuadernos.

Como libro de texto, no parecería tampoco demasiado justo que se le lanzara fuera de su circunscripción, pero el caso es también que, mereciéndola, la injusticia debe cometerse. Este manual pugna por trascender su género, por superar, satisfaciéndola, su misma servidumbre, soportando un juicio independiente de su más segura significación en la orden de la mera manualística y en el seno de la historia del derecho portuguesa, de la cual recientemente por lo demás se ocupaba el mismo autor en estos *Quaderni* (1981). Por ello también, por poder justamente interesar por encima de su ámbito escolástico y nacional, habrá de convenirse en la pertinencia de su consideración en esta misma sede.

La servidumbre ya pesa desde luego en la propia estructura del índice; aun queriéndose anunciar unos más limitados intereses desde el título, debe cubrirse un programa de historia, a partir de las épocas más antiguas, conforme a una secuencia en principio cronológica, según parece corresponder. No se mueve el autor cómodamente en el esquema; los capítulos efectivamente no anunciados resultan más bien de compromiso, reduciéndose, ya que de las primeras épocas se trata, a proporciones más bien introductorias: «una atención exigida por una cierta estética de trabajos de este tipo», en sus palabras (p. 9). Aun-

que sea la estética la que en definitiva sufra, el menú lo dispone la intendencia. Algunas someras nociones acerca de las comunidades primitivas y del derecho romano antiguo se presentan así, como simple aperitivo.

Mas no faltan los platos fuertes: «Periodo feudal» altomedieval y «Periodo del sistema corporativo» bajomedieval y moderno; éste último, realmente, nutre el índice: en verdad, el manual, más que un curso convencionalmente diacrónico de historia del derecho, ofrece una exposición pensadamente sincrónica de su etapa más sustantiva. Lo demás es, ciertamente, introducción. De aquí, ya, su notable interés. No se trata de una enésima descripción más o menos feliz de las fuentes históricas del derecho, sino de un intento en parte pionero de desentrañar las líneas maestras del sistema jurídico imperante en épocas más documentadas. No se trata del usual catálogo de instituciones pretéritas, mejor o peor caracterizadas, sino de un esfuerzo por reconstruir su orden y su engarce, la forma como en su conjunto se establecen — las fuentes, de otro modo — y la estructura que las sustenta o por la que se mantienen — las mismas instituciones, de manera no menos diversa —. «Este libro no abarca una exposición de todo el espectro institucional», también se advierte en su prólogo (p. 9), con fórmula más bien negativa: sus declaraciones iniciales están por debajo de sus logros sustantivos, también al contrario, afortunadamente, de lo que suele ocurrir.

Y los logros se cifran ciertamente donde el título anuncia: «Epocas medieval y moderna»; la empresa sólo toma cuerpo cuando llega al capítulo feudal. Unos «prolegómenos de teoría social» explican entonces las principales concepciones historiográficas del feudalismo, «jurídico-política» y «económico-social»; la segunda, como marxista según expone, prefiere adoptarse, bien que con la flexibilidad que precisamente requiere una especial valoración, nada afectada, del momento jurídico (pp. 88-91). Como fenómeno social, el feudalismo habría persistido durante una decena de siglos (p. 83), esto es, durante toda la época realmente tratada por el manual; de este modo, aun no subrayándose convenientemente, en el estudio del primer «periodo feudal», altomedieval, se consideran cuestiones que interesan por igual al subsiguiente periodo del «sistema corporativo», siguiente más bien, aparte ya la cronología, o realmente distinto con referencia al entendimiento más estrictamente político del propio feudalismo; y cuestiones que van desde la más general sobre la función del derecho en el sistema feudal hasta la más particular sobre la formación del régimen señorial. Asoman así unas dificultades que luego habremos de comentar.

El «sistema corporativo» bajomedieval y moderno se lleva justamente la parte del león, también la parte más reflexivamente elaborada y más equilibradamente construida. Y su arquitectura es en lo fundamental sincrónica o ciertamente sistemática: la representación

corporativa de la sociedad; autonomía y jerarquía de los cuerpos sociales; la estructura más concreta del mundo urbano e, igualmente para la época, de los señoríos; el poder político y la administración supracorporativa; la doctrina del consejo y la institución parlamentaria de las cortes sobre dicha misma base; teoría y práctica de los oficios tenidos por públicos en el propio contexto corporativo; la correspondiente estructura naturalista, tradicionalista, particularista y probabilista del orden jurídico en el interior de este sistema; el estilo y la función de la propia doctrina en esta especie de sociedad... Algunos capítulos diacrónicos también se cruzan, no perdiéndose el sentido de la historia; en realidad, ya se comenzaba, para encuadrarse el periodo, por la crisis del siglo XIV, y, entre otras indicaciones temporales, se concluye con un capítulo sobre géneros de la literatura jurídica moderna, pero la construcción responde al referido plano sistemático. Reiteraciones y vueltas atrás, como al tocarse los orígenes de las corporaciones urbanas, no permiten afirmar que el acabado del edificio sea perfecto. Se han asumido individualmente unas responsabilidades por lo común diluidas en el seno de la especialidad; responder al reto, confrontándolas, ya debe reconocerse también como la mejor forma, por menos corporativa, de seguir compartiéndolas.

En la estructura del índice, se entraveraban cuestiones de pensamiento o doctrina; la consideración del sistema bajomedieval y moderno ya se inauguraba con un capítulo sobre la «representación corporativa de la sociedad» (pp. 205-215), reclamándose a los mismos teóricos sociales de la época las categorías esenciales para la exposición de las instituciones de su propia experiencia: sus figuraciones deben todavía servir para penetrarse en el sistema social que de algún modo hubieron de conformar. Es una idea de método, que no se echa en saco roto; la doctrina jurídica, o el *ius commune* que entonces imperaba a lo ancho de Europa, rinde, a todo lo largo del estudio del periodo, un efectivo servicio para la comprensión de su complejo sistema de dominios señoriales, autonomías corporativas y soberanías políticas; más que la historiografía actual, es la doctrina coetánea la que conduce conceptualmente el desenvolvimiento de estos capítulos.

Es una aportación de método, bien servida, aunque no anunciada en la carta ni explicada en caso alguno su receta; la doctrina histórica se utiliza, con asiduidad y provecho, en la parte más sustantiva del manual, en la que así entra, no sólo como objeto de algunos de sus apartados, sino también como guía del conjunto de ellos. Aun con cierto anacronismo, desde luego relativo por lo que se nos hiciera notar sobre la común base feudal de ambos periodos, ya comienza la doctrina moderna a introducirse en el estudio de la época altomedieval; se emprende el tratamiento del régimen señorial de la mano, no solo de historiadores, sino también de juristas, con la ayuda de las *Quaestio-*

nes de Alvaro Vaz o de los *Commentaria* de Alvares Pegas sobre materias como la enfigéutica, permitiendo ya considerarlas con precisiones, no menos sociales por jurídicas, que a los primeros precisamente suelen hoy escapárseles (pp. 156-163).

Pasándose al sistema corporativo, y ahora sin la menor sombra de anacronismo, ya es constante la presencia de la doctrina histórica, salvando lagunas de la propia historiografía y asistiendo mejor a la construcción de conceptos. La visión de este sistema histórico que aquí logra ofrecerse parece ciertamente deber más a la obra servilmente escolástica de los juristas doctrinarios que a la más descomprometidamente científica de los historiadores positivos, bien que éstos en absoluto resulten despreciados, coexistiendo pacíficamente con la doctrina en notas ricamente surtidas; entre ellos se revalorizan además justamente autores menos al día, como pueda serlo Gierke (p. 205), que de diverso modo también atendieron las doctrinas históricas o mantuvieron algunos de sus supuestos. Así, de hecho, sabe realmente progresarse en la comprensión del sistema institucional de la época: el método, cuando menos, con todas sus virtudes, pero también con todos sus equívocos, requeriría una explicación.

Ya hemos dicho que, directamente, el autor no la ofrece; ni siquiera se detiene a reconocer el propio método cuando cita estudios que de alguna forma, y con fortuna, ya lo han aplicado, como pudiera ser el caso, sin ir más lejos, de *Le situazioni reali nell'esperienza medievale* de Paolo Grossi (p. 447); tampoco a confrontarlo respecto a manuales de análogo planteamiento sistemático que no han sabido confiar en cambio en la doctrina más rigurosamente jurídica, como a su vez pudiera ser el caso de *Les institutions sous la Monarchie absolue* de Roland Mousnier (p. 204). Pero, de otro modo al fin y al cabo nada elusivo, no deja tampoco nuestro autor de afrontar el problema; ya que no como capítulo de metodología previa, entre otros más convencionales que merecen consideración, se aborda luego sobradamente la cuestión en el mismo cuerpo más sustantivo del manual, por atenderse en él, según ya anunciaba el índice, la posición y la función de la doctrina jurídica en el seno del sistema corporativo histórico. La prueba del menú, en este caso, sólo está en su consumición.

El método de explotación de la doctrina no se motiva así sino por vía de hecho, informando el propio texto sobre el título o la razón de fondo de su constante presencia. Cierto es que la doctrina se colaciona de forma un tanto indiscriminada, junto a los mismos estudios propiamente históricos y con alguna indiferencia hacia su lugar y su tiempo, como si tal problema metodológico realmente con todo no existiera, pero precisamente ha de ser tratado en los términos más sustantivos que, en último caso, son los que corresponden a la misma cuestión de método. El manual, en fin, no deja de profundizar tanto en la práctica de los juristas bajomedievales y modernos como en la función

jurídica, y con ello social, que hubieran de satisfacer: aquí, propiamente, radica dicha cuestión.

Se tiene ante todo el sentido de concebirse como una variable histórica « la función específica del derecho », o « la forma de intervención del derecho en la vida social » (p. 39); la doctrina por su parte podría constituir « en expresión de sabor gramsciano el jurista colectivo » u orgánico (p. 23), la diversidad de cuya entidad intelectual y significación social habrá así para cada época de precisarse. Aun con algunas vacilaciones, que a veces se traducen incluso en la idea contraria de anticipación de un estudio de las instituciones separado del de la doctrina (pp. 192 y 316), este motivo anima ciertamente la exposición, pudiendo realmente operar respecto al periodo corporativo, bajomedieval y moderno, que, con el *ius commune*, efectivamente conoció un despliegue doctrinal más que suficiente para el propósito.

Aunque no se piense desde luego que baste, interesa primariamente, para el conocimiento de una sociedad, tal forma de « autorepresentación » (p. 220); y particularmente habrá por lo tanto de mirarse a la posición que la doctrina jurídica ocupa entre el conjunto de las instancias que estructuran el sistema social o, al menos, en el interior del orden expreso que representa el derecho: máxima entonces, en la época corporativa, por encima de las propias leyes (pp. 416-417 y 524), pese a sus mismas deficiencias intelectuales (pp. 197 y 395), o gracias más bien a ellas, por el mismo régimen de privilegio particularista — corporativo — que así podía por su parte garantizar (pp. 200, 219, 315 y 404-413). La doctrina, entonces, prácticamente es el derecho (p. 440). A la misma luz de sus conceptos, así ya interesante para la comprensión de un sistema social al haberlo efectivamente sido para su articulación, la propia administración de la época, o el conjunto de las instituciones entonces vigentes, pueden aparecer como una « forma cultural » a ser igualmente objeto de lectura, o a ser interpretada para el mismo análisis de su sistema social, de otro modo mal concebible (p. 333). No podría mejor sugerirse que la doctrina jurídica, para dicha época, constituye, por su misma posición social, la mejor vía de acceso para el conocimiento histórico. No podría mejor satisfacer su mismo propósito de valoración del momento jurídico respecto al menos a esta época corporativa de un sistema feudal.

O todavía más. El autor no comete la ingenuidad de presumir que la doctrina jurídica, con el peso de su cultura, rigiese entonces realmente en toda su extensión la vida social, con su base de analfabetismo (p. 439); muy al contrario, subraya que la población rural podía en gran parte seguir viviendo en su ignorancia, aunque no por ello tampoco habría de resultarle indiferente, con todos los medios de control secundario que en la época precisamente se establecieron. En la vertiente más metodológica, la misma doctrina no le es ajena a la población menos culta sobre todo porque le corresponde a su ignorancia

con unas formas peculiares de desprecio que, ya de por sí y con sus corolarios no poco jurídicos, resultan de lo más expresivas, o de lo más preciosas para el conocimiento de la misma sociedad en cuestión (p. 279). El autor ha ofrecido luego una buena prueba de las posibilidades de esta idea, con reflexión precisamente metodológica (*Ius Commune*, 1983).

Pero el testimonio de la doctrina despliega todo su valor respecto a los sectores dominantes y a las formas de su dominación, que ya inciden en la estructura de la entera sociedad; que ahora, al efecto del estudio de estas formas, se conceptúe de «verdadero tratado de derecho constitucional» una obra de *donationibus iurium Regiae Coronae*, como la de Antunes Portugal (p. 321), ya se comprende: su doctrina guía y conduce. Si alguna reserva cabe, es todavía la de una excesiva prudencia, no organizándose la exposición con mayor consecuencia a partir de las representaciones o de los propios conceptos de la época. El autor se muestra consciente de ello, sintiéndose aquí especialmente atrapado por la servidumbre docente: se entiende que un curso de este género ha de tratar de la *respublica*, y no de la *familia*, como del *regnum*, y no de la *ecclesia*. Se presume que al alumno debe instruírsele mediante la historia, y no enajenársele con ella de unas categorías.

El mismo autor lo deja consignado: habría de comenzarse, a tenor de las mismas indicaciones de la doctrina a las que ya responden algunos historiadores (pp. 161-162 y 210), «por la familia, centro de poder político y espacio de autonomía, y proseguirse con las comunidades religiosas» entre otros organismos hoy más exóticos, pero es ahora «la economía de la exposición» la que otra cosa recomienda (p. 231). Hay, con ello, significativísimas ausencias, como también, entonces, habrá presencias indebidas o no propiamente introducidas por la misma doctrina histórica: el autor viene igualmente a reconocerlo respecto al concepto político de *Estado* (pp. 211 y 224). La estética sigue sufriendo por causa de una economía docente cuya servidumbre desde luego no debe mínimamente despreciarse; en su contexto, dichas mismas insinuaciones ya tienen su valor. O ya lo alcanza la propia actuación, aun así limitada, del método que prima a la doctrina conforme a su misma posición histórica.

El dominio de la doctrina por encima de leyes o normas de procedencia política se ha conectado justamente por el autor con la estructura corporativa de su sociedad, cuya composición debía así mediarle por un cuerpo escolástico a su vez de cierta autonomía, pero al tiempo sometido a la tradición del propio sistema. Más en concreto, se plantea la función de esta doctrina entre el conjunto de órdenes políticos, eclesiásticos, señoriales y mercantiles que, cuando menos, debía arbitrar. El tema se aborda más directamente al considerarse la recepción del *ius commune*, cuestionándose, no sólo sus coordenadas, sino también

sus determinaciones sociales; con lo cual además no llega a atenerse enteramente este capítulo, como declara, al « patrimonio translaticio y algo simplificador de la historiografía establecida » (p. 447).

Pero algo simplificadora también puede resultar la explicación social que aquí se apunta: « La recepción del derecho romano sintonizaba con las formas de la vida económica entonces en crecimiento; los siglos de la recepción son en efecto los del desarrollo de la economía mercantil y monetaria europea, de los albores del protocapitalismo, que precisaba tres cosas en el campo jurídico: un derecho estable que garantizase la seguridad jurídica e institucional necesaria para la previsión y el cálculo mercantil-capitalista; un derecho único, que posibilitase el desenvolvimiento del comercio intereuropeo, y un derecho individualista, que suministrase una adecuada base jurídica a la actividad del empresario » (pp. 446-447); la duda al menos entra cuando no se ven exactamente encajar estas características de seguridad, uniformidad e individualismo en la imagen ya ofrecida de la doctrina, y con ella del derecho, de la época. La explicación no deja de atenerse a planteamientos de estudios que más directamente se han enfrentado con la cuestión, como *Law and the Rise of Capitalism* de Tigar y Levy (p. 449), pero tampoco acaba justamente de cuadrar con su misma exposición que mejor ha sabido penetrar en el fenómeno jurídico.

Retrocedamos en el tiempo, o al menos en los capítulos del manual. Ya dijimos que anteriormente se había interrogado por la función del derecho en el « sistema feudal », en un sistema que todavía no quedaba muy claro si en su dimensión jurídica se extendía a los siglos de la época corporativa (pp. 101-106): apunta a ello, puesto que, aun sin citar todavía a juristas, recurre a doctrinas y a disposiciones del *ius commune*, como fundamentalmente a la teoría del dominio dividido que representa una jerarquía social en el ámbito de la propiedad territorial, o también, pero con menor relevancia, a la de la proscripción de la usura, « otro aspecto del soporte jurídico-político del orden social feudal » como modo en su caso de « represión de las formas económicas contrarias » al mismo, esto es, de contención y supeditación del incipiente capitalismo (p. 104). La composición, ahora, ha de resultarme familiar: responde, reconocidamente, al diseño que trazara en mi breviario, más que manual, de *Derecho Común*; pero aquí no aparece así tan exactamente remitido al mismo, o tan inequívocamente enmarcado en su época bajomedieval y moderna.

La misma doctrina moderna, según dijimos, no dejará tampoco de aparecer en el tratamiento ya más específico del primer periodo feudal, altomedieval; aún más, llegará más explícitamente a plantearse la consideración de algunos de sus elementos « en los términos del derecho común » evidentemente posterior (p. 163); a los *Libri Feudorum*, con su constitución *Quae sint regaliae*, también se recurre a dicho efecto (p. 162). El panorama, con todo, resulta en su conjunto un



tanto confuso; en estos capítulos sistemáticos más trabajados, que no quieren limitarse al «patrimonio translaticio» de la historiografía al uso, puede en todo caso dibujarse una perspectiva más rica que la que ofreciera aquella unilateral vinculación entre *ius commune* y ascenso del capitalismo, pero la misma, aun recurriendo sustantivamente a textos y a doctrinas del derecho común, no se comprende en el tratamiento de su época, de forma que no se sabe bien en qué medida la interesa a ella particularmente, a su periodo corporativo, o en qué grado resulta por otra parte efectivamente extensible a los primeros tiempos feudales, interesante con ello a todo el sistema calificado desde un punto de vista social, que así devendría más jurídico, como feudal.

Y algún sentido habrá de tener la comprobación de que parte importante de la doctrina bajomedieval y moderna sirve para explicarnos, o para conceptualizar, fenómenos que la precedieron, señoriales y eclesiásticos, familiares y políticos. De alguna forma, vino a estructurar y a reproducir relaciones sociales ya existentes, o ya imperantes, ayudando a superar el feudalismo estrictamente político pero sin subvertir realmente su base social. Puede sentirse la tentación de agregar que la otra explicación, capitalista, del derecho común, resulta complementaria, pero el hecho sigue siendo que difícilmente encaja con los mismos datos rendidos por el análisis más intrínseco de tal derecho; la conexión que, con todo, no parece regir es la que mira al ascenso del capitalismo; antes que favorecerlo, se le dificultaba en efecto con la aludida doctrina de prohibición del beneficio económico bajo el concepto de usura, aun con todos sus matices, dada sobre todo la autonomía corporativa que también se aplicaría al ámbito mercantil. Otra es la cuestión de que se posibilitara su misma emergencia bajo unas determinadas condiciones, o bajo el condicionamiento de aquella supremacía señorial que ha quedado un tanto desdibujada al ser en parte recluida, anticipándose su doctrina, en un primer periodo feudal.

Se ha dejado llevar el manual por dispares intuiciones, o se refleja también en su texto la falta de una integración más acabada que ya notábamos en su índice, pero el camino, con el método, ya está trazado, abriéndose paso por el mismo género más divulgador de la literatura docente. Las cuestiones pertinentes son las planteadas, y aun las desarrolladas en capítulos cuyo contenido más concreto aquí no consideramos, queriéndose tan sólo tratar su cuadro más general. Si nunca es legítimo que un comentario aspire a suplir la lectura del texto reseñado, menos cabría con este estudio poligráfico, porque pequeñas monografías, en la sucesión de sus capítulos sobre el sistema corporativo ante muy sumariamente enunciados, reúne ciertamente este manual.

Para cuestiones generales, la de la demarcación de la propia doctrina que así se ha erigido en pilar básico del conocimiento histórico

de una determinada sociedad. Venimos hablando de derecho común en su extensión pretéritamente europea, de la misma forma que el autor, pero su intención, ya también en parte por servidumbre docente, era la de atenerse a la doctrina portuguesa, si no siempre ceñirse a ella por la propia dificultad que esto entraña para la época (p. 215). Tal mismo impedimento, interesando a la propia actuación del método, merece consideración.

Las relaciones entre la doctrina general del *ius commune* y la más particular del derecho portugués se anuncian, desde el final del primer periodo feudal, en los términos convencionales que sobre todo atienden al pronunciamiento de las leyes del reino, bien que sin ignorar tampoco los propios planteamientos de la misma doctrina (pp. 178-182). Portugal, donde se aceptará expresamente la vigencia del derecho común, no presenta la contradicción de otros territorios, como Castilla, cuyas leyes pretenderían finalmente excluirlo, pero con ello, aun allanándose, no se resuelven completamente las cosas; pues el problema no es sólo el del reconocimiento más o menos matizado de dicha vigencia, y su consiguiente interés para la definición más primaria del derecho propio, sino el de la forma efectiva de su integración, o de dicha más precisa demarcación de la propia doctrina que ya de por sí era derecho. El autor discute esta integración más en los términos de la ley (pp. 494-503, debatiéndolos fundamentalmente con Braga da Cruz y Gomes da Silva) que en los de la misma doctrina: y aquí, ya, el problema.

Si la doctrina era el elemento realmente mediador, habría ya de atenderse más directamente al propio proyecto de los juristas para la misma determinación de los criterios de composición de los distintos cuerpos o elementos que integraban el orden jurídico de la época, comenzando por el de la identificación de la doctrina foránea que, dentro de la comunidad de este orden, habría de atenderse junto a la autóctona para la integración del derecho propio. La divergencia puede ser además de principio: la ley tiende a situar el derecho común en un segundo plano, al contrario precisamente que la doctrina. «*Leges Portugaliae non solent facile recedere a receptis opinionibus iuris communis*», solía ésta decir: he aquí la pista que merecería seguirse, al menos con el detalle que se aplica a los más limitados y menos desenvueltos pronunciamientos de las leyes u otras manifestaciones políticas.

Pero la doctrina portuguesa también fue sumamente cuidadosa en no confundirse sin más con la de derecho común, manteniendo, con sus distinciones, sus distancias. El autor lo detecta y en casos lo señala, así en materia de prescripción de derechos jurisdiccionales (pp. 218, 286 y 292); en general, la cuestión esencial de las relaciones entre los señores y la corona se presenta, con acopio de doctrina, como «uno de los puntos en los que el derecho nacional se alejara de las solucio-

nes del derecho común » (p. 291). En otros apartados la precisión en cambio no llega; aparece por ejemplo con cierta validez general una doctrina devaluadora de las cortes o institución parlamentaria que pudiera merecer análoga restricción: al menos en los territorios españoles podría desde luego corresponder también a Castilla, pero no a otros como Cataluña, y la posibilidad de que esto cupiera no llega así a considerarse.

Dónde acaba la doctrina particular y dónde comienza la general, o dónde el derecho propio y dónde, ya como ajeno, el común? ¿Cómo interesa lo segundo a lo primero, o cómo realmente se comunican cuando además suele tratarse de relaciones, no exactamente entre un derecho particular y otro general, sino entre varios derechos particulares con un fuerte componente común? En el caso de Portugal, entra especialmente en juego el orden precisamente de Castilla. El autor ya lo sugiere desde las primeras recomendaciones bibliográficas (p. 51), o ya también indica que alguna doctrina española, que mejor será decir castellana, puede representar más cercanamente derecho común en Portugal (pp. 262-263), pero ello a la hora de la verdad sólo se concreta para un primer momento ya más conocido: «La difusión de las soluciones normativas del derecho común a través de la literatura castellana constituye la primera fase de recepción entre nosotros del derecho común en su versión hispanizada » (p. 494), fase que no pasaría del siglo XIV.

Pero la cuestión es más amplia y de mayor interés para el propio problema metodológico de la demarcación de la doctrina. Posteriormente, y aun antes de que Portugal se reúna políticamente con Castilla, todavía puede recurrirse, como manifestación más próxima del derecho común, a la doctrina castellana, que perfectamente ignora por su parte las reservas legales aquí existentes frente al mismo *ius commune*; durante el periodo de unión, de 1580 a 1640, las leyes sobre el particular no cambian en Portugal, manteniéndose en su caso una remisión directa al derecho común, pero su propia doctrina no deja de evolucionar. No es tampoco que se doblegue sin más a la nueva situación política, pues la cuestión parece más compleja y, con ello, más merecedora de atención.

Precisamente desde finales del siglo XVI algunos juristas portugueses, como Alvaro Vaz, acogen la teoría del mismo derecho común que podría justificar la aplicación más directa de la doctrina castellana: la de la *lex loci vicini* que ha interesado a Gino Gorla a otros efectos. Como derecho más cercano dentro de la misma constelación del *ius commune*, o expresión más asequible al fin y al cabo, desde el propio ámbito de la Universidad, de un orden en último término común, se debe acudir a la jurisprudencia castellana antes que a otras doctrinas. Pero no se piense que esto se sustancia como un expediente de imposición en Portugal de derecho de Castilla; muy al contrario, se

define y alcanza aplicación como una forma de defensa de las peculiaridades del derecho portugués frente a la posibilidad, que la propia ley abre, de invasión más incontrolada del derecho común; las manifestaciones de la doctrina castellana efectivamente más próximas al caso portugués sirven para construir incluso la imagen de un *ius hispanum*, o de una *consuetudo Hispaniae* en la que todavía se comprendería Portugal, que pudiera interponerse ante la presión constante de un menos familiar *ius commune* legalmente recidido en el reino portugués. Los juristas mejor acomodados en el orden de Castilla, como Pedro Barbosa, o los menos preocupados por la afirmación del derecho propio portugués, como Mendes de Castro, de hecho no hacen suya la idea.

Se llegará al caso de que, independiente de nuevo Portugal desde mediados del XVII, juristas más entusiastas de la recuperación de la independencia, como Sousa de Macedo, serán al tiempo partidarios del mantenimiento del recurso al derecho vecino, por el que parece que puede seguirse recibiendo la doctrina castellana en el reino portugués; el mismo gran comentarista Alvares Pegas no se apartará de esta línea, aun rechazando el principio; no en cambio Antunes Portugal, cuya principal materia *de donationibus regiis*, con la cuestión ya también aludida de la prescriptibilidad de derechos jurisdiccionales, no casaba de suyo bien con las tendencias particulares, bastante más favorables a los señores, del derecho y la doctrina de Castilla. No faltan quienes ya entonces redujeron esta experiencia a términos más limitadamente políticos, como los juristas de la familia Barbosa; o tampoco quienes abiertamente pretendieron que así se había debatido la hegemonía de Castilla en el ámbito de la Monarquía Católica, como desde el exterior, difundiendo la especie, Arthur Duck; pero si hay algo que demuestra hasta qué punto escapa a coordenadas políticas, y correspondientemente a ley, el fenómeno jurídico de la época, aquí — capítulo al fin y al cabo de *ius commune* — puede encontrarse.

Ya tocó el punto Braga da Cruz, pero despachándolo como un «abuso» de la propia jurisprudencia portuguesa, condenándolo, esto es, desde tales suposiciones de imputación política; nuestro autor, por su parte, no lo contempla, o lo recluye como veíamos en el período medieval. Su alcance dista mucho desde luego de estar claro: el propio caso finalmente más refractario de Antunes Portugal ya puede hacer sospechar que no era tan fácil, o siempre tan ventajoso, el trasvase de doctrina entre los derechos castellano y portugués. Pero aquí tan sólo interesaba ahora el principio de método que con todo se confirma: el camino es la doctrina; es con la jurisprudencia nativa que el estudio debe emprenderse, no siendo lícito acudir directamente, sin su respaldo, a la foránea ni aunque, como en Portugal, la ley entonces así lo dispusiese; sólo la propia doctrina regnicola ha de comunicar las formas particulares de dicha misma recepción, si quiere todavía utilizarse el tér-

mino. Y en nuestro caso ésta seguía pasando, con todo el silencio de la ley, en parte por Castilla, sin el sentido de la ofensa de un nacionalismo sólo posterior.

La doctrina es el camino, único modo que alcanzo, bien que laborioso, para que la historia del derecho de un territorio europeo con autonomía histórica no se reduzca, ya a la proyección de jurisprudencia del *ius commune* sin mayor contraste ni especial comprobación, ya, lo que por más usual tampoco es mejor, a la descripción bajo conceptos anacrónicos, ausente su doctrina, de las fuentes más directamente dispositivas y de las instituciones más particulares o, con ello, más engañosamente distintas, pues basta pasar de la diferencia designativa de las lenguas romances a la comunidad todavía mantenida por el mismo latín de la doctrina para ya apreciarse el cambio de perspectiva.

Que ésta es la vía ya lo ha mostrado para la misma Castilla Carlos Petit (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1982, 2), y que hoy resulta generalmente transitable se le debe en especial al *Handbuch der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (II) del Max-Planck-Institut que dirigiera Helmut Coing (pp. 51-52), bien que con él tampoco haya quedado enteramente expedita; aparte ya su indebida eliminación de la materia pública que entonces justamente se comprendía en el mismo *ius civile* común que la familiar o la dominical, su catálogo de la doctrina no sabe organizarse conforme a las coordenadas de la época, corporativas y religiosas tanto como políticas, respondiendo fundamentalmente a criterios nacionales también anacrónicos que, aunque menos quizá que para Italia o para Alemania, se hacen desde luego notar desorientadoramente para España y Portugal. Estamos en lo mismo: será la propia doctrina la que habrá de trazarnos tales mismas coordenadas.

Pero ¿qué doctrina? Habría que considerarse su delimitación, no sólo espacial, sino también temporal. En principio, la respuesta aquí parecería más fácil: cada doctrina ha de asistir a la comprensión de su determinada época; pero tampoco lo es tanto. ¿Cómo se define la época o, más precisamente, cómo se divide la doctrina dentro de la evolución de una misma cultura romanista? ¿Debe de seguir sin más la división de sistemas históricos o sociales, aparte el mismo problema de la determinación de éstos? La cuestión ya la hemos encontrado durante el periodo altomedieval en forma precisamente que, por la continuidad de una parte fundamental del sistema, parecía legitimar el uso contrario de la doctrina fuera de época, o su retroproyección más o menos controlada. El problema, así tan sólo detectado, también se plantea en el otro extremo: ¿Hasta dónde llega hacia el presente la doctrina por la que puede estudiarse el periodo moderno, no contemporáneo, de la historia europea? ¿Dónde acaba, más en concreto, el *ius commune* que sirviera al sistema corporativo? ¿Lo acompañó en su suerte, sobrevivió al naufragio o hizo antes agua? ¿Cuándo y cómo

cambia en fin el paradigma, que diría Kuhn, de la llamada ciencia jurídica?

No ocupándose el manual de la época contemporánea más difícilmente afrontará esta otra vertiente del problema, aunque tampoco dejan por ello de surgir algunas de sus cuestiones: la «obra de construcción dogmática» de dicha doctrina histórica incidentalmente se afirma que resiste hasta los tiempos presentes; remitiéndose a Viehweg, se hace la indicación de que sus mismas características doctrinales han llegado hasta hoy sumergidas en parte bajo el menos tópicico racionalismo de los juristas contemporáneos (pp. 478-479), pareciendo con ello que apunta la referencia más a la imagen naturalista, tradicionalista, particularista y probabilista de la doctrina histórica que a la de uniformidad, seguridad e individualismo reflejada en otro momento. Y la cuestión ahora es que, al fin y al cabo más interesante para la época contemporánea que para la moderna aunque en ésta ya asomase, la composición racionalista no recibe aquí consideración, quedando en la penumbra el extremo de su misma problemática relación con la tradición del derecho común, como así también el complejo de las referidas cuestiones fronterizas. Los confines resultan borrosos.

Que el problema, imponiéndose una idea de más dilatada continuidad, no parezca siquiera caber, resulta realmente intrigante a la vista de la sensibilidad del propio manual para la diferencia histórica. Ciertos presupuestos teóricos pueden aquí pesar. Ya hemos indicado que el autor se sitúa en un marxismo especialmente escrupuloso con el fenómeno jurídico; la preocupación se comprende: si el derecho no fuera más que «sobreestructura» o un efecto derivado sin entidad propia, su historia no cabría, como ya aseverara ocasionalmente el propio Marx; frente a esto quiere afirmarse desde la misma teoría la legitimidad de dicha historia: al derecho le correspondería una «autonomía relativa» respecto a la estructura social que, aun con su derivación, le dotaría de una consistencia y le proporcionaría una continuidad más que suficientes para la sustentación de su particular historia (pp. 25-26).

La autoridad sabidamente es Alhusser, quien precisamente ilustró su idea con la presunta evidencia del mantenimiento del derecho romano a lo largo de la historia europea por encima de todo género de cambios sociales, entendiendo, esto es, que un mismo derecho sustantivo se encerraba en la jurisprudencia romana, en la doctrina del derecho común y en la pandectística contemporánea; ignorando, esto es, la historia menos superficial de la cultura jurídica europea. La «autonomía relativa» sólo lo era, para el caso, de una apariencia; o era en realidad su idea una huida hacia adelante al menos respecto al problema que nos afecta de la entidad del derecho y de su historia.

Pero ¿es cuestión de marxismo? La propia noción de sobreestructura podía originalmente responder más bien a una metáfora, bastando para la indicación de fenómenos todavía no analizados científicamente, pero cuya subordinación a otros más sustantivos convendría desde un inicio en otra época resaltar ante la fuerza de ideologías de manifestación tanto religiosa como jurídica; el problema ahora puede ser bien distinto, y no porque las ideologías del caso hayan seguramente cedido, lo que es otro tema, sino porque el análisis científico ha progresado, pudiendo prescindir de imágenes. Sirva el testimonio de este propio manual: su consideración específica de la función del derecho histórico en la misma estructura social de su época vale más por sí misma para la teoría que todas las ocurrencias de especulaciones sostenidas, para este objeto, sobre el vacío.

Aunque no desde luego en el grado de Althusser, la idea de « autonomía relativa », sumada a la ilusión de continuidad que aun subsiste en el mundo del derecho, ha podido ciertamente pesar en la indicada circunstancia de falta de planteamiento de un problema como el de la demarcación temporal de la doctrina que sirve para el conocimiento del sistema corporativo, bien que de hecho se la tienda a encerrar en su época y a considerar la que entonces más generalmente imperara, ignorándose así la formación de posibles alternativas como la del propio racionalismo. El método, desde luego, resulta más problemático de lo que aquí se presume; y no habría de tratarse sólo de la afinación de su concepto, sino también, o mejor, de una aplicación que ya se identifique con la misma realización de la historia sustantiva: una última fase del sistema corporativo, cuando el racionalismo ya se desarrolla, ha quedado igualmente fuera de cuadro; las postrimerías del uno permanecen en la misma sombra que la navidad del otro. Su historia conjunta, iluminando el desajuste, aportaría más a nuestra cuestión de método que cualquier debate abstraidamente metodológico.

¿Y son tales deficiencias más sustantivas efecto inevitable de la opción de fondo por un planteamiento sistemático? Desde luego, es indicio de que no se ha resuelto satisfactoriamente el problema de la reintroducción del tiempo, el cual también interesa a la cuestión del uso metodológico de la doctrina. El postulado antropológico más elemental de que una organización social intelectualmente ha de penetrarse mediante sus propias representaciones no puede bastar para fijarse la correspondencia entre doctrina y sistema. Existen, porque hay historia y no sólo estructura, desajustes importantes, y no sólo por inercia cultural, sino también, como en el caso del racionalismo, por anticipación, a su vez presumiblemente de alguna forma activa.

Mejor que de *autonomía*, la doctrina jurídica podría gozar, como actividad humana, de libertad, todo lo *relativa* que a su vez se quiera, o más condicionada históricamente de hecho que lo que pueda predicarse por aquella teoría dispuesta a hacerle concesiones como instan-

cia supraestructural. Y tal mismo condicionamiento no podrá justamente captarse sin contar, aunque no baste, con su propio testimonio; o podrá también mejor apreciarse mediante el análisis para el caso de la última doctrina del periodo corporativo. Es, en todo caso, la propia jurisprudencia la que, con sus mismas tradiciones y rupturas, habrá de orientar para la distinción más cuidadosa que con todo conviene entre sus constantes más estructurales y sus variables de alguna fase o momento del sistema: y así podría mejor identificarse y aprovecharse aquel colectivo jurista *orgánico* que el autor invocaba.

Existía también la posibilidad más fácilmente imaginable del retardo de la doctrina respecto a la propia formación del sistema: se nos planteaba por ello precisamente la proyección de algún derecho común a los siglos altomedievales. Pero tampoco este trasiego carecía de problemas, conviniendo mayores precauciones; como el mismo sistema, cada fase puede ciertamente tener su pensamiento orgánico más particular, que debiera de expresarse antes de procederse a cualquier trasvase de doctrina; las mismas representaciones altomedievales, aún más pobres y menos expresivas, pudieran ofrecer la pista para conectarse con mayor seguridad con el derecho común posterior, que así, y con su capacidad explicativa del propio sistema, cabría en algunos puntos efectivamente retrotraer. Aunque no con esta secuela, para la misma época más clásicamente feudal la cuestión de método no deja de estar de diverso modo ya planteada, desde Otto Brunner a Karl Bosl, a Gurevich, a Le Goff o a Duby, como el mismo autor, respecto al primero, también apunta (pp. 17, 24, 84...): se trataría de avanzar más resueltamente por una vía ya abierta.

Y en lo que al sistema feudal en su sentido más lato atañe, esto es, respecto en definitiva a toda la historia aquí sustancialmente contemplada, el mismo valor metodológico de la doctrina se compadece en suma mal con las presunciones asumidas sobre la entidad social, o falta de ella, del derecho; el propio método se ha definido de un modo sustantivo, a través de la apreciación de la misma función más constitutivamente social del derecho en la historia. Ha fallado la relación entre la materia y la teoría, dependiendo en demasía de planteamientos que no han pasado por una experiencia investigadora como la del autor en su propio campo. Fue el mismo Marx quien recomendara que no se confundiera el principio de la investigación con el de la exposición: procedería un capítulo preliminar que no lo fuera tanto, una presentación de la teoría y del método menos indiferente a las propias consecuencias, una modestia menor ante las autoridades y mayor hacia las evidencias.

Entre la *estética* del trabajo y la *economía* de la exposición, ¿cabía una mayor consecuencia? No seré yo quien responda. Un manual enteramente construido sobre el presupuesto de sistema y el recurso de



doctrina que aquí se apuntan, podía desde luego resultar indigesto para el alumno y chocante para su propio estamento universitario, que le reclama *historia* y no, según decíamos, crítica potencial de las categorías que en su entorno quieren por encima de ella situarse. No es tampoco que se prefieran las medias tintas o los productos híbridos; es que una asignatura, y más aun la historia del derecho en el seno de la licenciatura jurídica, encuentra un techo por su medio y por su destino. Introducir a tal punto, como método, el estudio de la doctrina histórica, podría subvertir, como objeto, la doctrina del derecho contemporáneo; dicho de otra forma, tal celo científico en el curso de historia del derecho podría agitar la ideología del sector más de lo que el propio diseño de la licenciatura sería capaz seguramente de resistir, con el efecto previsible más inmediato, no de que ésta por ello siquiera se altere, sino de que el cuerpo así extraño se expulse o resulte más simplemente enquistado.

Nuestro autor imparte sus enseñanzas en una facultad jurídica, pero tampoco descarta que su manual pueda ilustrar a otros posibles destinatarios: « A los estudiantes de historia intentaré, de una forma más tradicional, mostrarles cómo el mundo del derecho no es un mundo de sutilezas sin sentido social como, precipitándose, ha pretendido un cierto entendimiento del materialismo histórico » (p. 9). La ambición se entiende, no tanto que se declare « tradicional » su estilo, como tampoco que se remita en exclusiva a un « cierto » marxismo el prejuicio contrario, cuando tanto aquel sigue siendo novedoso, como a éste no le falta compañía si de la devaluación del derecho se trata.

Que en este empeño de la formación de historiadores, y no ya de juristas, la aportación del presente manual no es nada convencional, puede fácilmente desprenderse de todo lo dicho. Usualmente, la historia del derecho quiere acercarse a otras facultades con cierto sentimiento de vergüenza por sus orígenes familiares, mostrándose dispuesta a soltar como lastre doctrinal su propio objeto jurídico; así, entendiendo que el resto es una pura historia de dogmas sin mayor interés fuera del gremio, quiere reafirmarse como una historia de las instituciones ajena al propio pensamiento jurídico que pretéritamente las conformara y que hoy puede informarla: una historia con ello auxiliar, sin capacidad alguna para construir sus propias herramientas conceptuales y para concurrir al desarrollo de una ciencia histórica con mucho más que documentación ordenada. Y lo que aquí se valora es precisamente tal cultura, en otros casos perdida, de las « sutilezas » jurídicas, situándose ante los ojos de los historiadores para comprobación de la asistencia que le cabe prestar en el estudio de las cuestiones incluso más generales de una historia social en sentido integral. Para constatarlo bastaría repasar, aun con todos sus problemas, una cuestión como la de la función del derecho común en el seno del sistema feudal.

Me parece que, entonces, y sobre todo si se llevara igualmente a las últimas consecuencias el planteamiento sistemático y el método doctrinal que aquí de hecho se proponen, tampoco resultaría hoy demasiado pacífica la presencia de esta enseñanza en las facultades de historia, con sus convenciones ahora de otro tipo. Y no es sólo ni principalmente el problema del marxismo al que, por quererse situar desde un principio en sus posiciones menos vulgares, alude nuestro autor; es un problema más general de prejuicios bien arraigados aún entre historiadores de mayor capacidad reconstructiva o de más acentuada sensibilidad cultural. Por ello hubiera interesado aquella confrontación la obra de Mousnier, no respecto a su particular combate con el marxismo, sino a la cuestión menos escapadiza de su tratamiento de la misma materia corporativa análogamente sistemático y especialmente atento al pensamiento político y social de la época, pero no a su doctrina más técnicamente jurídica.

Hoy, los mismos historiadores encuentran más oportunidades de asistir a juegos de prestidigitación con la doctrina histórica, como los del actual Pierre Legendre (pp. 365-366; *Annales E.S.C.*, 1983, 3), que a esfuerzos más sensatos de resituarla en su preciso valor histórico, como el de Luigi Lombardi, quien ya no dejara de sugerir las consecuencias metodológicas para la propia historia de su misma revalorización del *Derecho jurisprudencial* (aquí en cambio ausente). O incluso hoy los historiadores más inquietos ven con mejores ojos la proyección de antropologías exóticas a la historia europea, que el aprovechamiento de este mundo de figuraciones de una doctrina que alguna mayor relación habrá de guardar con ella. Su inmenso caudal sigue empantanado.

Que, y no sólo por incapacidad de hacerse valer, puede fácilmente la historia del derecho encontrarse en una tierra de nadie, es un peligro que no se le oculta sobre todo a quienes se resisten a acomodarse, o en una disciplina servil, y no ciencia que se enseñoree, de la doctrina, o en una especialidad no menos subordinada a un entendimiento de la historia que se empeña en ignorar su materia más específica; es riesgo que realmente se experimenta cuando de superarlo se trata. A la vista está la prueba de que vale la pena correrlo; ya con su conciencia, bastante ofrece este volumen para ser sencillamente un manual. Todo libro de texto — Marc Bloch juzgaba — provoca esclerosis; de coartada o de consuelo le ha servido desde entonces la idea a profesores más inconscientes o menos también escrupulosos. Ni una cosa ni la otra se precisa en este caso; agente animador, nada antibiótico, este manual tiene, más que vida, suficiente potencia para generarla.