

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

21
(1992)



giuffrè editore milano

BARTOLOME CLAVERO

ARQUEOLOGIA CONSTITUCIONAL: EMPLEO DE UNIVERSIDAD Y DESEMPLEO DE DERECHO

A Pedro Cruz, espeleólogo obligado

SUMARIO: - 1. *Universidad de estado y facultad de derecho*. - 1.1. Universidad de estado: - 1.1.1. Régimen político; - 1.1.2. Función docente. - 1.2. Facultad de derecho. — 2. *Estado de público y derecho de privado*. - 2.1. Estado de público. - 2.2. Derecho de privado. — 3. *Un desvío y un lastre*. - 3.1. Desvío de historia. - 3.2. Lastre de derecho: - 3.2.1. Historia desviada y derecho lastrado; - 3.2.2. Facultad universitaria y constitución jurídica. — IV. *Una arqueología*.

Antiguamente eran las Universidades independientes entre sí y hasta del Gobierno mismo; cada cual tenía su régimen, sus estudios, sus métodos y aún sus pretensiones distintas; no sólo disponían arbitrariamente de sus fondos, sino que hasta era también arbitraria en ellas la enseñanza.

P.J. PIDAL, 1845

1. UNIVERSIDAD DE ESTADO Y FACULTAD DE DERECHO

Soy profesor, historiador y jurista, empleado en una universidad pública, especialista en un área histórica y docente en una facultad jurídica. No lo digo porque resulte ninguna originalidad. Hay colegas, no sólo numerosos, ellos, y tampoco escasas, ellas, para cada una de dichas funciones, sino también nada raras ni raros, ellas y ellos, para el conjunto de las mismas. Me pregunto de dónde vienen y adónde van, quiero decir nuestras funciones, y no por separado, sino precisamente como complejo. Pretendo sencillamente situarme. Y me ciño a mi caso, que es aún el español. A ello me atengo. Como en las obras de ficción más realistas, cualquier parecido de otros casos será pura coincidencia.

1.1. *Universidad de estado.*

Durante la primera mitad del siglo XIX las corporaciones universitarias, las universidades de estudios, son objeto en España de nacionalización, esto es, estatalización. Es lo primero y principal que habrá de explicarse. No es algo que debamos dar ni por natural ni por definitivo. Tras diversos ensayos frustrados, la nueva planta de la universidad, una planta estatal, queda perfilada y sentada a mediados de la centuria. Entre dos planes conocidos por los apellidos de los ministros que los suscribieron, el plan Pidal, de 1845, y el plan Moyano, de 1857, esta obra se cimenta y este edificio, si no se remata, cierra aguas. Son los años fundacionales de todo un sistema de enseñanza, todo un caso ⁽¹⁾. De entonces datan unos textos, unas normas, capitales ⁽²⁾. Conviene arrancar ojo avizor por estos tiempos.

A dichas alturas del siglo, tras unos primeros embates constitucionales, ya se encuentra establecido el principio de que las universidades españolas son pertenencia de un estado, el español, dependencia suya. Habrá todavía una fuerte resaca a favor de una iglesia, la católica, pero suele limitarse a requerir alguna intervención de carácter doctrinal y censorio, abandonándose definitivamente la idea de que la jurisdicción eclesiástica pudiera seguir contando con una presencia directa en el campo universitario. La misma desamortización corporativa o amortización estatal de los patrimonios universitarios se ha ultimado en 1842. Tal dominio y tal competencia, esta responsabilidad, ni la propia iglesia ya la pretende como puede comprobarse por las negociaciones que conducen en estos años a un concordato y, en 1851, por el concordato mismo ⁽³⁾.

⁽¹⁾ J. L. PESET, S. GARMA Y J. S. PÉREZ GARZÓN, *Ciencias y enseñanza en la revolución burguesa*, Madrid 1978; M. PUELLES BENÍTEZ, *Educación e ideología en la España contemporánea, 1767-1975*, Barcelona 1980; J. GUTIÉRREZ CUADRADO, E. HERNÁNDEZ SANDOICA Y J. L. PESET, *Educación y enseñanza*, eps. 6-7, en M. ARTOLA (ed.), *Diccionario de Historia de España, 1, Economía. Sociedad*, Madrid 1988, pp. 537-618.

⁽²⁾ Ministerio de Educación y Ciencia, *Historia de la Educación en España: Textos y documentos*, Madrid 1985-1991, II, M. PUELLES BENÍTEZ (ed.), *De las Cortes de Cádiz a la Revolución de 1868*.

⁽³⁾ J. M. CASTELLS, *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea. Un estudio jurídico-administrativo, 1767-1965*, Madrid 1973, cap. 2; J. SALAZAR ABRISQUIETA (ed.), *Storia del Concordato di Spagna, conchiuso il 16 marzo 1851, e della Convenzione*

En su artículo segundo aquel concordato estipulaba lo siguiente: «*Institutio in Universitatibus, Collegiis, Seminariis et Scholis publicis ac privatis quibuscumque, erit in omnibus conformis doctrinae eiusdem Religionis Catholicae: atque hunc in finem Episcopi, et caeteri Preasulis Diocesanei, quorum munus est doctrinae fidei et morum, ac religiosae iuvenum educationi invigilare, in huius muneris exercitio etiam circa scholas publicas nullatenus impediuntur*». Se contentaba con estipular esto. La iglesia se asigna vigilancia y censura, que con altibajos y suspensiones resistirán más de un siglo, pero ello sobre el supuesto de que ya no tiene ni jurisdicción ni dominio en este campo. He aquí lo primordial. Así es como puede sellarse el sepulcro de una era. Estamos ante la cuna de otra.

1.1.1. Régimen político.

El estado se ha apoderado y adueñado de la universidad. Esto ante todo significa que la misma ha quedado sometida a su poder dispositivo. El estado está decidiendo la misma existencia de esta institución. Son sus disposiciones las que ahora determinan qué es, para qué sirve, con qué facultades y qué medios cuenta, de qué forma se gobierna y administra, cómo se conduce esta entidad. No es invención suya, puesto que ya existía; no será su creación, pero es su criatura. Comienza así por estar ahora bajo su poder generativo. Es la novedad principal que respecto a este capítulo se produce en España durante la primera mitad del XIX ⁽⁴⁾.

El planteamiento inicial, el de un constitucionalismo primero de principios de siglo ya abandonado a las alturas de 1845, endosaba al estado un apoderamiento tamaño como parte de un compromiso de promoción de libertades por medio de la cultura que debiera además ejercerse, el poder dicho, a través de unas instituciones representa-

addizionale al medesimo Concordato, stipulata il 25 Agosto 1859, Roma 1974; C. SAURAS HERRERA y J. PALACIO LIS, *Iglesia y educación en la España decimonónica: política concordataria (1851)*, en *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 2, 1983, pp. 287-305.

⁽⁴⁾ A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid 1971; M. y J.L. PESET, *La Universidad Española (Siglos XVIII y XIX). Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid 1974.

tivas, comenzándose por las de carácter parlamentario (5); mediante leyes de esta procedencia, del parlamento, y para satisfacerse dicha aspiración constitucional, de libertad, es como habría de establecerse y ordenarse todo el sector de la enseñanza para una primera justificación de la apropiación y dominio estatal (6), mas pronto según digo lo primero, el compromiso cultural, se pierde, y lo segundo, el procedimiento constitucional, cede (7). El estado contará con la universidad, dispondrá de ella, sin este tipo de engorros.

Y establece un verdadero monopolio. El estado se reserva para sí la enseñanza universitaria en un grado y de un modo que no aplica a otras escalas. Se permite una libertad de enseñanza amplia en un nivel inferior y todavía apreciable en uno intermedio, lo cual supuso la presencia y el peso de la iglesia, pero sobre dicho supuesto de participación social o no monopolización política. En el nivel universitario esto no cabe. Entonces no hay más universidad que la estatal. Durante todo el siglo XIX, durante una época fundacional, no existe otra. El estado retenía las universidades con un empeño que no demostraba, que no parecía abrigar, para con otras enseñanzas. Mientras inferior era el nivel, superior la libertad. Haberla, hayla; las primeras letras podrían recibirse en familia, en parroquia, en centro religioso, en escuela municipal o en ningún sitio (8). La universidad tiene otro plan; es el estado quien se lo marca (9).

(5) A. CAPITAN DIAZ, *Los Catecismos Políticos en España 1808-1822. Un intento de educación política del pueblo*, Granada 1978; P. GARCÍA TROBAT, *Una aspiración liberal: la enseñanza para todos*, en AA.VV., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid 1989, pp. 303-311.

(6) J. RUIZ BERRIO, *Política escolar de España en el siglo XIX. 1808-1833*, Madrid 1970; A. VINAÑO FRAGO, *Política y educación en los orígenes de la España contemporánea. Examen especial de sus relaciones en la enseñanza secundaria*, Madrid 1982.

(7) A. HEREDIA SORIANO, *Política docente y filosofía oficial en la España del siglo XIX. La era isabelina. 1833-1868*, Salamanca 1982; F. SANZ DÍAZ, *La segunda enseñanza oficial en el siglo XIX. 1834-1874*, Madrid 1985.

(8) M.C. SIMON PALMER, *La enseñanza privada seglar en Madrid, 1820-1868*, Madrid 1972; J.R. AYMES, E.M. FELL y J.L. GUERENA (eds.), *L'enseignement primaire en Espagne et Amérique latine du XVIIIe siècle à nos jours. Politiques éducatives et réalités scolaires*, Tours 1986; A. MAYORDOMO PEREZ, *La escuela valenciana en el siglo XIX*, Valencia 1988; A. GÓMEZ MORENO, *Liberalismo y educación primaria en España 1838-1857*, Zaragoza 1990.

(9) J.L. MEILAN GIL, *Los planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*, Madrid 1970.

Un intento de implantación de libertad de enseñanza universitaria en la segunda mitad del siglo, con la revolución constitucionista que en España se produce en 1868, será culturalmente relevante, pero institucionalmente fallido; dejará el poso de la que se llama matrícula libre, esto es, la posibilidad de estudiarse por cuenta propia limitándose la universidad de estado en este caso a los exámenes ⁽¹⁰⁾. Bajo tal cobertura pudo organizarse alguna enseñanza superior privada, pero sin capacidad para graduar; se frustró el proyecto de una universidad libre en Gibraltar, bajo bandera británica ⁽¹¹⁾. Con aquella posibilidad de la matrícula dicha libre y la misma precisión de que sus alumnos se sometieran a exámenes de estado, arrancó también alguna iniciativa católica ⁽¹²⁾, mas la universidad sucesora de la histórica de Salamanca no ha podido ser la eclesiástica, que también existirá ⁽¹³⁾, sino que fue la estatal, que así preexiste ⁽¹⁴⁾, desfigurada tanto como desfigurando ⁽¹⁵⁾. Valga el ejemplo. Es el estado quien dispone del presente y de la historia, de las novedades igual que de los principios.

Es siempre el estado quien constituye y regula. Sus determinaciones fundacionales habían además comenzado por no responder a las presunciones iniciales, a las justificaciones primeras, en sus mismos aspectos formales. Los propios planes no son de decisión

⁽¹⁰⁾ A. VINAO FRAGO, *La educación en el sexenio, 1868-1874. Libertades-formales y libertades reales*, en *Anales de Pedagogía*, 3, 1985, pp. 87-102; J.R. PARADA VAZQUEZ y D. CAMARA DEL PORTILLO, *La enseñanza libre y el derecho a examen en la educación universitaria*, en *Revista de Administración Pública*, 117, 1988, pp. 71-97.

⁽¹¹⁾ V. CACHO VIU, *La Institución Libre de Enseñanza. Orígenes y etapa universitaria, 1860-1881*, Madrid 1962; A. JIMENEZ LANDI, *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente*, Madrid 1973-1987.

⁽¹²⁾ C. SAENZ DE SANTAMARÍA, *Bodas de diamante de la Universidad de Deusto [1886-1961]*, Bilbao 1962.

⁽¹³⁾ *Universidad Pontificia de Salamanca. Sus primeros veinticinco años, 1940-1965*, Salamanca 1967; A. GARCIA Y GARCIA (ed.), *La Universidad Pontificia de Salamanca*, Salamanca 1989.

⁽¹⁴⁾ M. FERNANDEZ ALVAREZ, L. ROBLES CARCEDO, L.E. RODRIGUEZ SAN PEDRO (eds.), *Las Universidades de Salamanca. Historia y Proyecciones. Docencia e Investigación*, Salamanca 1989-1990.

⁽¹⁵⁾ J.E. RUIZ DOMENECH, *Salamanca*, en E. CARDINI y M.T. FUMAGALLI BEONIO-BROCCHIERI (eds.), *Universidades de Europa. Raíces culturales del Viejo Mundo*, Milán 1991, pp. 94-103.

parlamentaria. El de 1845, el plan Pidal, fue un decreto, una norma de carácter gubernativo, sin intervención ninguna del parlamento, quedando la materia a disposición del gobierno. El de 1857, el plan Moyano, fue ley, tuvo formalmente este rango, pero mediante habilitación legislativa de aquel a éste, del parlamento al gobierno, por la que el segundo todavía retuvo un poder dispositivo. Fue disposición en todo caso ya más autorizada y que pudo dejar las cosas más sentadas. En cuanto al lado material, respecto al compromiso con la cultura como vía de promoción y educación de libertades justificativa de estos poderes, ni uno ni otro plan demuestran ninguno. La misma relativa libertad de las enseñanzas no universitarias responde y mira, si primariamente al ámbito doméstico, inmediatamente al religioso ⁽¹⁶⁾, a una confesión ajena entonces a libertades.

Y se guarda consecuencia. He aquí el pronunciamiento categórico que se contiene en la tercera base de la ley de habilitación del plan Moyano: « La enseñanza superior sólo se dará en establecimientos públicos. Son establecimientos públicos de enseñanza aquellos cuyos Jefes y profesores son nombrados por el Gobierno o sus delegados ». Ya se ve la concepción. El estado dispone sobre aquello que le pertenece y lo retiene. Procede el gobierno. Entre los planes de 1845 y 1857 la institución universitaria queda verdaderamente constituida como pertenencia política y dependencia administrativa.

La universidad es ahora parte de la administración del estado que el gobierno preside. La autoridad universitaria última es un ministro, en 1845 el de gobernación, el de gobierno interior, luego otros; en dicho ministerio existía una sección de instrucción pública que pasó enseguida, con el plan Pidal, a ser dirección general bajo una jefatura de designación y autoridad políticas y que, sin mengua directiva, podrá luego trasladarse de sede ministerial ⁽¹⁷⁾. La movida comienza en 1847 al crearse un ministerio de comercio, instrucción y obras públicas, luego, desde 1851, de fomento, aunque no reca-

⁽¹⁶⁾ A. HEREDIA SORIANO, *Política docente y filosofía oficial* (n. 7), ep. 2.5.

⁽¹⁷⁾ A. ÁLVAREZ DE MORALES, *Los precedentes del Ministerio de Educación*, en *Revista de Educación*, 240, 1975, pp. 87-98; J.M. GARCÍA MADARIA, *Estructura de la Administración Central, 1808-1931*, Madrid 1982, cap. 3.

lando dicha dirección en él hasta 1855, tras haber pasado por el ministerio de gracia y justicia ⁽¹⁸⁾ . Esta sede más pasajera se defendió expresamente por la conveniencia de situar la educación junto a la iglesia y la magistratura. No es inocente así el trasiego, pero el estado decide respecto a todo el negociado y se hace cargo más completo del universitario ⁽¹⁹⁾.

A este nivel central también se establecieron unos organismos colegiados de asesoramiento político y control económico, para la formación de unas decisiones realmente centralizadas. Fueron de nombramiento gubernativo entre determinadas categorías con una representación normalmente minoritaria de la académica, la de catedráticos. El principal era el consejo de instrucción pública. Y en 1845 incluso el escalón siguiente de la estructura universitaria seguía siendo gubernativo, el de los jefes políticos o gobernadores delegados en las provincias, pero esta intervención se suprimió pronto, como consecuencia de la pérdida referida de competencia del ministerio de gobernación. Nada de esto desde luego reduce la dependencia de la universidad respecto al gobierno.

En las universidades, la máxima autoridad, el rector, resulta de carácter igualmente político; en 1845 también se concibe como delegado del gobierno central sin requerirse la condición de catedrático, esto hasta 1868, y sin reducirse su competencia al ámbito universitario. Paladina es la base décima de la ley de habilitación del plan Moyano: «El Jefe superior de instrucción pública en todos los ramos, dentro del orden civil, es el Ministro de Fomento. Su administración central corre a cargo de la Dirección general de Instrucción pública, y la local está encomendada a los Rectores de la Universidades, Jefes de sus respectivos distritos universitarios». Este, con todas sus mayúsculas, era el régimen.

(18) M.J. GARIJO AYESTARAN, *El Ministerio de la Gobernación. Materiales para un estudio de su evolución histórica hasta 1937*, Madrid 1977, ep. 4.1-2; J. F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica, 1714-1981*, Madrid 1984, cap. 2; A. GUAITA, *El Ministerio de Fomento, 1832-1931*, Madrid 1984, cap. 6.

(19) M. BELTRAN, *Ideologías y gasto público 1814-1860*, Madrid 1977, ep. V.4; M. y J.L. PESET, *Los gastos públicos de enseñanza en España, 1842-1875. Una rectificación de datos anteriores*, en *Hispania. Revista Española de Historia*, 143, 1979, pp. 671-683; N. DE GABRIEL, *Financiación de la escuela pública en la España. del siglo XIX. El caso gallego*, en *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 7, 1988, pp. 163-178.

1.1.2. Función docente.

Era regla general que los cargos universitarios se cubrieran, no mediante elección corporativa, sino por designación gubernamental, en casos ya a propuesta de la universidad. De esta índole viene a ser la fórmula prevista para la misma provisión de las cátedras; debía hacerse de ordinario mediante examen público u oposición ante tribunal, pero habiéndose entonces de proponer a la dirección general una terna de candidatos para que ésta, la instancia política, elija y nombre en definitiva. El mismo tribunal era de designación ministerial, no siempre entre catedráticos. El principio categórico se proclamaba en 1857, en la tercera base del plan Moyano como ya hemos visto. Y estos profesores universitarios resultaban funcionarios, bien que especiales, con garantías particulares, si no de independencia, al menos, sobre todo en términos comparativos con el resto del empleo público, de estabilidad en la función ⁽²⁰⁾.

Los catedráticos enseñan y no gobiernan. Forman cuerpo funcional, pero no, ni solos ni acompañados, corporación universitaria. No puede decirse que haya estructura corporativa en la universidad que aquí se funda en el siglo XIX. Existe claustro a efectos poco menos que ceremoniales. El desapoderamiento del profesorado llega a aplicarse a la docencia. Según el diseño de 1845, ni colectiva ni individualmente gobernarían sobre la propia enseñanza. El plan fija los currículos, establece las materias de los cursos y supone la existencia de listas oficiales de textos de estudio limitándose así al máximo la capacidad de elección por los catedráticos. En esto no cabía libertad ni en primer grado; así de taxativa era en 1857 la base cuarta de la ley de habilitación del plan Moyano: «Unos mismos libros de textos, señalados por el Real Consejo de Instrucción pública, regirán en todas las escuelas».

Es un dirigismo que, aun con oscilaciones sobre todo para la universidad y con algún episodio como hemos dicho de libertad de cátedra, se resistirá a ceder durante buena parte de aquel siglo. Así funciona, si no siempre el régimen rígido de listas, un nihil obstat, una aprobación de textos, por el consejo de instrucción pública; para la universidad, intentará incluso resistir bajo la forma de

⁽²⁰⁾ M. y J. L. PESET, *La Universidad española* (n. 4), cap. 19.

apreciación y recomendación científicas. El estado decide qué es la universidad a efectos tanto orgánicos como operativos, tanto en lo que toca a la institución como en lo que interesa a la función, la docencia, con resultados tan tangibles como el de la falta de entidad intelectual del profesorado universitario medio en la España del siglo XIX. No hacen falta estadísticas para asegurarlo (21).

Esta es la universidad, ésta la institución universitaria, que entra aquí en el XX. Si se concede que el siglo comienza en el mismo 1900, en este año cero, su inauguración en España se produce con la creación de un ministerio de instrucción pública y bellas artes que viene además con iniciativas como la de capacitación para la universidad (22). El departamento ministerial específico podrá centrarse en su objeto, comenzando por documentarse seguramente mejor que la dirección general de instrucción pública del ministerio de fomento (23). Pudo haber novedades (24), con una iniciativa social además creciente (25). Y algo se mueve por nuestro campo; se discute la incorporación de las universidades o dotación de personalidad corporativa; algunas de ellas tienen iniciativas propias de apertura social o extensión cultural fuera de los programas de grado. Mas nada fue a mayores. Hubo confesión de pecado con tanto

(21) M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía contemporánea española del Derecho y de la Política [1800-1896]. Guía de los juristas y políticos*, Madrid 1883-1897.

(22) J. SEAGE y P. DE BLAS, *La Administración Educativa en España, 1900-1971*, en *Revista de Educación*, 240, 1975, pp. 99-113; J.M. GARCIA MADARIA, *Estructura de la Administración* (n. 17), ep. V.B.b.

(23) M.A. CARMONA DE LOS SANTOS, *Guía del Archivo Central del Ministerio de Educación y Ciencia*, Madrid 1978; M.C. CONTEL BAREA y M.B. IBANEZ ORTEGA, *Catálogo de obras antiguas sobre educación, 1759-1940*, Madrid 1981.

(24) Y. TURIN, *La educación y la escuela en España de 1874 a 1902. Liberalismo y tradición*, Madrid 1967; A. MAYORDOMO PEREZ, *Iglesia, Estado, Educación. El debate sobre la secularización escolar en España, 1900-1913*, Valencia 1982; T. GARCIA REGIDOR, *La polémica sobre la secularización de la enseñanza en España, 1902-1914*, Madrid 1985; E. DIAZ DE LA GUARDIA, *Evolución y desarrollo de la enseñanza media en España de 1875 a 1930. Un conflicto político-pedagógico*, Madrid 1988; *Historia de la Educación* (n. 2), III, M. PUELLES BENITEZ (ed.), *De la Restauración a la II República*.

(25) J.L. GUERENA, *Hacia una historiografía socio-cultural de las clases populares en España, 1840-1920*, en *Historia social*, 11, 1991, pp. 147-164.

propósito de enmienda como escaso cumplimiento de penitencia, lo que resultará recurrente ⁽²⁶⁾.

El replanteamiento ni siquiera alcanzaba inicialmente a la docencia; se preveía la cesión de alguna competencia, pero los planes seguirían siendo de decisión ministerial; incluso se quiso al tiempo potenciar de nuevo la intervención sobre programas y textos por parte del consejo de instrucción pública, de este órgano colegiado cuya dependencia del propio ministerio tampoco quería soltarse. Fueron proyectos fracasados ⁽²⁷⁾. Un decreto de reforma universitaria de 1919 quedó en suspenso en 1922 con el argumento de que contradecía el plan Moyano, el cual, considerándose ley como sabemos, constituiría norma de rango superior, aún por lo visto vigente ⁽²⁸⁾. Un planteamiento más decidido pocos años después también constituyó un paréntesis ⁽²⁹⁾. Lo que se da puede quitarse, aun costando a veces sangre ⁽³⁰⁾.

El estado decide qué es la universidad y también qué universi-

⁽²⁶⁾ J.L. PESET, M. PESET J. GUTIERREZ CUADRADO, E. HERNANDEZ SANDOICA, J. PUERTO SARMIENTO, J. SALA CATALA, D. NUNEZ RUIZ, A. LAFUENTE GARCÍA, F. VILLACORTA BANOS Y M.F. MANCEBO ALONSO, *Historia y actualidad de la Universidad española*, dactiloscrito en la Biblioteca de la Fundación Juan March, que divulgó algún resultado: *Pasado, presente y futuro de la Universidad española*, Madrid 1985.

⁽²⁷⁾ A. REYNA, *Reforma Silió de autonomía universitaria*, en *Revista de Educación*, 227-228, 1973, pp. 54-80; C. SAURAS HERRERA, *Estatutos autonómicos de las Universidades españolas (1919)*, en *Historia de la Educación, Revista interuniversitaria*, 3, 1984, pp. 127-133; E. GONZALEZ RODRÍGUEZ, *Sociedad y educación en la España de Alfonso XIII*, Madrid 1988, ep. 4.4 y cap. 7.

⁽²⁸⁾ M. DÍE Y MAS, *Compilación legislativa de Universidades e Institutos desde el año 1857 hasta 1º de Marzo de 1890*, Madrid 1890; J.A. UBIERNA Y EUSA, *De la función docente del Estado. Legislación vigente en España*, Madrid 1917; Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, *El nuevo régimen de autonomía universitaria. Extracto de documentos*, Madrid 1919; M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 6ª ed., Madrid 1914-1933, IX (1920), voz *Instrucción Pública*.

⁽²⁹⁾ A. RIBAS I MASSANA, *La Universitat Autònoma de Barcelona, 1931-1939*, Barcelona 1979; M.F. MANCEBO ALONSO, *La Universidad de Valencia y la Federación Universitaria Escolar*, en AA.VV., *València, capital cultural de la República, 1936-1937. Antología de textos i documents*, Valencia 1986, pp. 319-423; *Historia de la Educación* (n. 2) IV, A. MOLERO PINTADO (ed.), *La educación durante la Segunda República a la Guerra Civil, 1931-1939*.

⁽³⁰⁾ *Historia de la Educación* (n. 2), V., A. MAYORDOMO PEREZ (ed.), *Nacional-catholicismo y educación en la España de posguerra*.

dades son, cuántas y cómo tendrán existencia. Su número, que ya venía reduciéndose, se estabiliza en 1845. Será una decena, que sólo se ampliará a la docena durante más de un siglo. Se trata originalmente, con el orden alfabético que adopta el plan Pidal, de las universidades de Barcelona, Granada, Madrid, Oviedo, Salamanca, Santiago, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza. El par que se suma es la de Murcia, que se crea en 1914, y la de La Laguna en Canarias, que ha comenzado el curso anterior, todo esto aparte de unos conatos de universidad en islas que se independizaron en 1898, en Cuba, La Habana, y en Filipinas, Manila.

Y todas las universidades serán de nivel similar, salvo Madrid. La centralización conlleva no sólo la imposición de una uniformidad, sino también la salvedad de una capitalidad, con la distinción del centro. El orden de hecho no es alfabético. Es menos inocente. Todas las universidades impartirán enseñanzas para la colación de unos grados de bachillerato y licenciatura; el grado superior de doctorado se reserva en cambio para Madrid, la universidad central que se ha fundado con los restos de la complutense, la extinta de Alcalá, apropiándose igualmente una imagen pasada ⁽³¹⁾. Ahí se cursa el doctorado que se precisa para el mismo acceso a la categoría profesoral superior, la cátedra de universidad, de cualquier universidad, con lo cual la carrera académica, esta profesión, también así se centraliza ⁽³²⁾. Pero los títulos, igual que los nombramientos, los confiere, no la universidad, sino el ministerio, este centro. En esto resulta una formalidad, pues los exámenes corresponden a la universidad.

Madrid es además sede de reales academias, instituciones que se entienden científicas y superiores, ahora similarmente nacionalizadas ⁽³³⁾, con una de jurisprudencia y legislación que entre otras cosas se singulariza por admitir, no sólo juristas consagrados, sino también estudiantes universitarios, complementándose la complutense ⁽³⁴⁾;

⁽³¹⁾ J.E. RUIZ DOMENECH, *Alcalá de Henares*, en F. CARDINI y M.T. FUMAGALLI BEONIO-BROCCHIERI (eds.), *Universidad de Europa* (n. 15), pp. 192-199.

⁽³²⁾ E. HERNANDEZ SANDOICA y J.L. PESET, *Universidad, poder académico y cambio social (Alcalá de Henares, 1508 - Madrid, 1874)*, Madrid 1990, parte II.

⁽³³⁾ A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad* (n. 4), ep. II. F.

⁽³⁴⁾ J.M. CORDERO TORRES, *El régimen de las Reales Academias (con especial*

pero de los estudios jurídicos hablaremos ahora. Y Madrid era la sede del gobierno, del ministerio, de la dirección general y del consejo de instrucción, todo ello también universidad, o igualmente al contrario, la universidad todo ello. Conforme al régimen puede que fuera la función. Véamoslo en derecho, que es lo nuestro.

1.2. *Facultad de derecho.*

Los planes centrales determinan los estudios que se cursan y los centros que consiguientemente se instituyen en cada universidad, en lo cual no hay una planta uniforme. Sólo una facultad existirá en las diez universidades establecidas y en el par que venga a sumarse, en todas ellas, y es precisamente la de jurisprudencia, luego derecho. Es el estudio más presente y constante de esta universidad de estado. Todo el interés estatal que estamos viendo por hacerse con la universidad parece particularmente vivo respecto a esta concreta facultad de unos estudios jurídicos. También habrá de explicarse.

La facultad de derecho que es facultad de estado ha quedado establecida en 1842 con la desaparición de unas facultades diferenciadas de leyes y de cánones ⁽³⁵⁾. Es la «Facultad de Jurisprudencia» que pasa a denominarse «Facultad de Derecho» con el plan Moyano, en 1857, pegándosele el nombre. Son años en los que definitivamente se arrumban unos estudios de *ius commune* cristiano y romano por otros de derecho español, mas con cierta suavidad. El plan de 1845 traza un perfil de la enseñanza en buena parte todavía muy vinculado a una idea de fusión de unos estudios tradicionales, los de derecho romano y los de derecho canónico, pero con unas características que podrán permanecer resultando también fundacionales.

Los nuevos estudios se conciben con una carga desactivada y reactivable de derecho histórico y cultura pretérita, de una historia y una filosofía que flanquearán la enseñanza del ordenamiento

referencia a la de Ciencias Morales y Políticas), en *Revista de Administración Pública*, 66, 1971, pp. 35-56, ep. IV.A; J L. JORDANA DE POZAS, *Historia, realidad y futuro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 1974.

⁽³⁵⁾ M. PESET, *Universidades y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II. 1833-1843*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 39, 1969, pp. 481-544.

pudiendo mirar a sus necesidades y hacerse cargo de sus conveniencias. No estamos ante una facultad de derecho positivo en el sentido de que deba tan sólo consagrarse a la comunicación e imposición del ordenamiento establecido; no se entiende que su misión estribe directa y exclusivamente en esto. Hay una ambición mayor de inculturación, de inoculación de una cultura. Tampoco nos encontramos ante un fenómeno de continuidad con planteamientos jurisprudenciales anteriores. Asistimos a un cambio de universidad también en este orden.

Los estudios de derecho quedan concebidos en 1845 con una primera base literaria y anticuaria, una segunda ya jurídica, más bien mixta de historia todavía y ordenamiento, por la cual se consigue un grado de bachillerato, y una tercera de carácter práctico, de práctica forense, con la cual se logra la licenciatura. Este fue el grado importante, el que realmente se vio que facultaba para unas profesiones jurídicas; el de bachiller en derecho tuvo menos relevancia, acabando por desaparecer en 1883 ⁽³⁶⁾.

Los retoques al plan de estudios a lo largo del siglo fueron varios, pero siempre se mantuvo el componente que podemos decir no positivo en un lugar nada secundario, operando incluso, pese a unos códigos, en el mismo interior de las materias positivas. Ni siquiera en efecto con el progreso de la codificación vino a modificarse diseño ni alterarse trazado. La adopción de un modelo napoleónico como fuera el de derecho codificado no alcanza en España una incidencia cultural de clausura del pensamiento jurídico y contención de la enseñanza facultativa dentro de sus moldes ⁽³⁷⁾. La misma historia jurídica, incluso la que cabe decir especializada ⁽³⁸⁾, podía tener aquí por entonces fácilmente un papel de concurrencia

⁽³⁶⁾ M. PESET, *El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las Facultades de Derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, 1970, pp. 613-651.

⁽³⁷⁾ J.J. GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona 1969; A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad* (n. 4), ep. II. D. 2 d; F. TOMAS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, ep. 7, en M. ARTOLA (ed.), *Diccionario de Historia de España*, 3, *Iglesia. Pensamiento. Cultura*, Madrid 1988, pp. 327-408.

⁽³⁸⁾ R. DE URENA Y SMENJAUD, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español*, Madrid 1906.

a la conformación del derecho ⁽³⁹⁾ Llegaba a tenerlo la historia sin más ⁽⁴⁰⁾. Ahí estaba.

La facultad jurídica conoce algunas divisiones interiores o especialidades ya internas. También existieron escuelas interesantes al derecho al margen de la facultad. En su interior hubo una suerte de guadiana, la especialidad de cánones, que aparece y desaparece. En el exterior tenemos escuelas como unas de comercio o que más nos interesen, a partir de las antiguas de escribanos, unas notariales y, como proyecto nuevo del XIX, unas administrativas. Estas de administración se plantean en 1841, se intentan instituir dentro de la facultad de filosofía en 1850 y constituir con entidad propia como centro independiente de ciencias políticas y administrativas en 1855, mas nunca entonces y en ninguna forma por separado cuajó el proyecto. Será cosa posterior ⁽⁴¹⁾. Aunque se mantuvo durante algunos años, entre 1857 y 1883, como sección interna, la especialidad administrativa recaló en la facultad jurídica así como se acabaron también realizando en ella, desde 1883, los estudios notariales, desapareciendo finalmente sus escuelas ⁽⁴²⁾.

En 1883 es cuando se llega efectivamente a un plan más integrado de la licenciatura de derecho, desapareciendo el grado de bachiller, concluyéndose con la diferencia de la sección administrativa y reduciéndose los estudios notariales a cursos del propio plan. Pero no se renuevan sustancialmente tampoco ni diseño ni trazado. El mismo decreto que establece en 1883 el nuevo plan de la licenciatura para todas las facultades y el del doctorado para Ma-

⁽³⁹⁾ B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979, pp. 5-58.

⁽⁴⁰⁾ M. MORENO ALONSO, *Historiografía romántica española. Introducción al estudio de la historia en el siglo XIX*, Sevilla 1979, cap. II. 1; P. CIRUJANO, T. ELORRIAGA y J. S. PÉREZ GARZÓN, *Historiografía y nacionalismo español 1834-1868*, Madrid 1985; G. PASAMAR e I. PEIRO, *Historiografía y práctica social en España*, Zaragoza 1987, ep. 1.3; J. FONTANA, *La historiografía española del siglo XIX*, en S. CASTILLO (ed.), *La historia social en España Actualidad y perspectivas*, Madrid 1991, pp. 325-335.

⁽⁴¹⁾ J. SARRION I GUALDA, *Historia de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1912-1939*, Barcelona 1983; M.J. RODRIGUEZ VINES, *Cuaderno sobre el Instituto Nacional de Administración Pública, 1957-1986*, Madrid 1986.

⁽⁴²⁾ A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad* (n. 4), ep. II.D.3; M. y J.L. PESET, *La Universidad española* (n. 4), ep. 25.1.

drid, reconoce de forma expresa que mantiene unos planteamientos anteriores. Con algunos retoques inmediatos en 1884 y otros sucesivos desde 1900, son los planteamientos que entran en el siglo XX. Siguen respondiendo a un mismo programa. Es el que preside un desenvolvimiento ⁽⁴³⁾.

El plan de estudios de 1883 en primer término nos ofrece asignaturas más inespecíficas, cursándose algunas en la facultad de filosofía; así figuran una «Ampliación de la Psicología y nociones de Ontología y Cosmología» y una «Reseña histórica de las principales transformaciones sociales y políticas de los Pueblos Europeos» que en 1884 se simplifican y nacionalizan: «Metafísica» e «Historia crítica de España»; a su lado aparecen una «Economía» y una «Literatura», ésta ya en 1883 con «nociones de Bibliografía y Literatura jurídica de España». La entrada en materia también se produce con un «Derecho natural», una «Historia general del Derecho», desde 1884 «español», un «Derecho Romano», unos «Elementos de Derecho eclesiástico general y particular de España» o, desnacionalizándose en cambio esto en 1884, «Instituciones de Derecho canónico», y otros «Elementos de Hacienda pública».

Vienen también asignaturas que podemos decir positivas, en todo caso tampoco recluidas dentro del ordenamiento estatal. Así tenemos en varios cursos un «Derecho civil español, común y foral», esto es, particularmente por el calificativo segundo, que se extiende también al orden consuetudinario o en general no legislativo. Se le une un «Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América», como se ve similarmente extensivo, con un derbordamiento de fronteras que de hecho conduce, no sólo a otras geografías, sino también a la filosofía y a la historia, a una filosofía de la historia de la inspiración mercantil del caso.

No faltan un «Derecho procesal», un «Derecho penal» y un «Derecho administrativo y político», con estrambotes no extensivos, pero con estilos de extensión, sobre todo los dos últimos,

⁽⁴³⁾ M. PESET, *Cuestiones sobre la investigación de las Facultades de Derecho durante la segunda mitad del siglo XIX*, en J. CERDA RUIZ FUNES Y P. SALVADOR CODERCH (eds.), *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona 1985, pp. 328-396.

hacia los terrenos también de la historia y la filosofía. En 1900 se produce la división entre el «Derecho administrativo» y un «Derecho político español comparado con el extranjero». Hay además un «Derecho internacional público» y otro «privado». También existe en 1883 una «Medicina legal» a cursarse en la facultad de medicina que desaparece enseguida, en 1884, como asignatura de derecho; queda en su medio⁽⁴⁴⁾. Y la licenciatura se completaba con estudios prácticos de orientación forense. Es ahora, se dice en 1883, cuando «se discutirán temas de Derecho positivo, deducidos de cualquiera de las enseñanzas de esta carrera» así como «se celebrarán juicios orales, vistas de negocios civiles y demás ejercicios de oratoria y práctica forense». En 1884 también esto se simplifica y facilita como «Teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos».

Los estudios de doctorado que se centralizan en Madrid y que resultan en particular importantes para la formación del profesorado siguen sin presentar tampoco una factura que pueda decirse positivista. Sus asignaturas obligadas en el plan de 1883 son «Filosofía del Derecho», «Historia y examen crítico de los más importantes Tratados de España con otras Potencias», «Instituciones civiles y políticas de los principales Estados de Europa y América» y «Derecho público eclesiástico e Historia particular de la Iglesia española». Los retoques de 1884 interesan particularmente al doctorado, ampliándose para elección del alumno una oferta de materias filosóficas, históricas y comparatistas, aun con mayores previsiones que realizaciones. Se concluye en todo caso como se comienza, de una forma inespecífica.

En esta línea la facultad de Madrid, facultad con doctorado, es desde 1900 «Facultad de Derecho y Ciencias Sociales» por la ampliación de estudios de licenciatura que también ahora experimenta; para un título distinto de ciencias sociales, que no cuajará en esta sede jurídica, se suman materias como una «Ética» y una «Sociología», que deben cursarse en la facultad de filosofía, una «Antropología» general, que ha de estudiarse en la de ciencias, y otra «criminal», ya en la propia facultad, una «Historia de las

⁽⁴⁴⁾ J.M. JIMENEZ MUNOZ, *Historia legislativa del Cuerpo de Médicos Forenses*, Valladolid 1974.

doctrinas económicas» y unas «Asociaciones mercantiles e industriales». Para el doctorado en general se requiere desde 1901, además de las asignaturas, un «trabajo inédito de investigación propia», la tesis doctoral.

Durante décadas no habrá variaciones tan significativas. Aunque también se plantean por la primera mitad del siglo unas novedades de diverso orden como la aparición de un «Derecho del Trabajo» en la licenciatura jurídica, la formación independiente de unas facultades de ciencias que pueden decirse sociales, la pérdida del monopolio doctoral complutense, la multiplicación de universidades con facultades de derecho y capacidad de formación de su propio profesorado, o el viraje final de una autonomía universitaria que pudiera alcanzar con libertad de cátedra al mismo terreno docente, son cosas de la segunda mitad de este siglo, ya el nuestro. A este panorama algo cambiado, ya el mío, sólo vendré más tarde. De momento conviene seguirse fijando en el transfondo constitutivo.

A nuestros efectos docentes seguía siendo el de una formación básica nada específica, humanista en el sentido de genérica, sin un fundamento jurídico común de las materias positivas. Cada una de ellas podrá cultivar su propia filosofía y su propia historia, sus propios principios, sobre unos cimientos y unas cubiertas que nunca sostienen ni albergan la construcción del conjunto. No hay un derecho constitucional que pueda hacerlo; uno político se forma junto a otro administrativo, así desgajado y distinto, como historia, filosofía y orden precisamente políticos, no exactamente jurídicos, que se acaba a su vez desgajando y distinguiendo; un derecho natural o una historia del derecho son asignaturas particulares que no se destinan a una misión fundacional de este tipo; cuando son en este plan realmente generales, ni la filosofía ni la historia tampoco resultan jurídicas. Y la falta de fundamento común no lo remedia ni siquiera el último grado, el doctorado, para la formación de quienes habían de gestionar la empresa, hacerse cargo del servicio, los profesores.

Como la universidad de estado, la facultad de derecho ha quedado así fundada en el siglo XIX. Así queda su servicio. Dentro de la pertenencia política y la dependencia administrativa de la universidad, la facultad no dejaba de contar con unas ciertas competencias por parte tanto de un decano que debía ser catedrático

como de una junta de centro más capacitada a su nivel que el claustro universitario al suyo. Pero, en lo que toca a la docencia, tenían las funciones delegadas y dependientes de velar precisamente porque se atendiesen planes, se cubriesen programas y se respetasen textos.

En esto, lo que más importa en el ámbito facultativo, la docencia, costaba especialmente incluso como hemos visto el pensamiento de una autonomía. Ni los intentos de reforma miraban seriamente a un apoderamiento del profesorado en su propio terreno, en su propia facultad. La enseñanza universitaria venía a ser una economía planificada, nada de mercado, ni libertad ni otra cosa. Las facultades de derecho no podían estar precisamente entonces sino para que el plan se cumpliera. Si régimen político y función docente imponían, no sólo un centro, sino también un norte, todo ello valía muy particularmente para esta facultad, la que manejaba el derecho. Era la imprescindible en toda universidad.

«Facultad de Derecho» es la denominación aquí definitiva que ya estaba en uso desde el plan Moyano, desde 1857. De una facultad a otra, de facultad de jurisprudencia a facultad de derecho, de una actividad cultural a un objeto normativo según resulta, el cambio de nombre no ha cambiado la cosa. Ni cultivo de disciplina ni profesión de ordenamiento, la criatura resulta híbrida. Pero es de progenitor conocido. El ser, todo él, se lo debe al estado. La universidad antigua ya había perecido. Y la nueva puede verse que no es arbitraria.

Ella [la Universidad] es quien educa a toda nuestra clase gobernante, especialmente por medio de la Facultad de Derecho (fenómeno tan común en los pueblos latinos), el tipo de cuya enseñanza se refleja, con sus bienes y sus inconvenientes, en nuestro Parlamento y en todos los órdenes civiles del Estado.

F. GINER DE LOS RÍOS, 1902

2. ESTADO DE PUBLICO Y DERECHO DE PRIVADO

Si nuestro mundo es la universidad y la facultad, nuestro universo es el estado y el derecho. Las unas son de los otros, satélites suyos. Con lo que no vamos ahora a distraernos es con las posibilidades científicas de unas instituciones docentes. No parece que

proceda. A tenor de lo visto hasta el momento sería simplemente presunción. La historia ha comenzado por desengañarnos. Pertenencia estatal y dependencia administrativa, nuestra nación, nuestra nacionalidad jurídica, no es la ciencia. Veamos cuál sea nuestra patria, nuestra paternidad efectiva, si puede al menos que el derecho entonces lo resulte.

2.1. *Estado de público.*

El establecimiento de la universidad es un aspecto de la constitución del estado español o más en concreto de la construcción de la administración española que se produce en estos lares por estos mismos años, de forma más continua a partir de la década de los treinta del siglo XIX ⁽⁴⁵⁾. Según resulta de su propia concepción como pertenencia estatal y dependencia gubernativa, el capítulo universitario no es en efecto sino uno más. No tiene por qué tratarse como algo distinto respecto a la simple historia administrativa. Y viceversa. En la estructura de aquella administración no hay razón para no incluir a la universidad, con sus profesores.

No hemos dado con una universidad que pudiera distinguirse de la administración y del gobierno que la rige ni siquiera respecto a sus funciones más específicas. El estado que habrá de precisar entro otros medios los personales, un contingente de individuos a su servicio, se hace con una universidad que podría formarlos. La propia legitimación de carácter constitucional parece requerir que esta formación sea de derecho. Y en todo caso el ordenamiento jurídico aparecía como la herramienta del estado, su primer medio impersonal ⁽⁴⁶⁾.

Mas no va la historia a conducirse exactamente de este modo, aprovechándose el estado tan directamente de una facultad ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid 1989, cap. 3.

⁽⁴⁶⁾ J. LALINDE ABADÍA, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, Madrid 1970.

⁽⁴⁷⁾ M. PESET, *Estudios de derecho y profesiones jurídicas (siglos XIX y XX)*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, en prensa, para este año de 1992.

Puede resultar sorprendente, pero habremos de buscar siempre la explicación. Ya han empezado las cosas a transcurrir de otra forma. Lo reflejan unas biografías (48). Los planes fundacionales vistos llevan el nombre de unos ministros, Pedro José Pidal y Claudio Moyano, dos políticos nacidos en la primera década del siglo y que en la plenitud de su edad vivieron dicha enorme fundación de todo un estado, de su administración y universidad. Ambos se habían graduado en la antigua facultad de leyes; tenían su formación jurídica (49). El plan de 1883, que también se ha visto, es el plan Gamazo, por Germán Gamazo, ministro del ramo a la sazón y licenciado antes en derecho, otro más. Con estos personajes también se produce alguna otra coincidencia precisamente jurídica; lo tres fueron presidentes de la academia de jurisprudencia y legislación de Madrid.

Pero el artífice de la criatura, el demiurgo de esta enseñanza, el *almus pater* de aquella alma mater, no es ninguno de ellos. Fue Antonio Gil y Zárate, luego Gil de Zárate, señor de la materia (50), educado de joven en Francia, poeta y dramaturgo de argumentos pretéritos e imaginación romántica, profesor de lengua francesa, periodista de política y economía, historiador, oficial subteniente de la milicia nacional, empleado del ministerio de la gobernación desde 1836, jefe de la sección de instrucción pública, primer director general del negociado al elevarse de categoría con el plan Pidal, sin estudios jurídicos. Es esto último, esta falta de cualificación, una tónica que se mantendrá en esta administración pública durante largo tiempo, de momento a lo largo, a todo lo largo, del siglo XIX (51). El político cabe que sea jurista, pero el funcionario que

(48) M. ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, 4, *Diccionario biográfico*, Madrid 1991, voces de apellidos, Pidal, Moyano, Gamazo y Gil de Zárate, debidas a J.I. MARCUELLO BENEDICTO, J.M. IGLESIAS GALA, J.L. IBÁÑEZ SALAS y M.A. SELLES GARCÍA.

(49) M. PESET, *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII y XIX*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 120, 1971, pp. 605-672; J.M. SCHOLZ, *Amt als Belohnung. Eine spanische Justizkarriere am Ende des Ancien Régime*, en *Ius Commune*, 18, 1991, pp. 51-147.

(50) A. GIL DE ZARATE, *De la Instrucción Pública en España*, Madrid 1855.

(51) R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la Función Pública española, 1808-1978*, Madrid 1989.

puede realmente llevar el asunto, precisamente éste, cabe que no lo sea.

El estado que pone tanto interés en el dominio de la universidad en general y de su facultad jurídica en particular parece que no lo aprovecha exactamente a dicho efecto de la propia ordenación y capacitación. Un signo de identidad de aquel sector público español, una constante de todo el siglo, pudo realmente serlo su carácter no facultativo; para un empleo cualificado en la administración general del estado, para la dirección y gestión y no sólo la mecánica y manejo de una burocracia, no hubo principio de exigencia de licenciatura jurídica ⁽⁵²⁾.

La vía común de un ingreso directo no eran los estudios de derecho ni otros universitarios equivalentes. Primaban otras cosas como la que se puede adivinar en el mismo currículo del Gil y Zárate, la del paso por una función de armas, por la milicia nacional como por el ejército, pues ésta del excedente militar sin formación universitaria fue vía primordial y cauce caudaloso de acceso a la administración civil en España a lo ancho, a todo lo ancho prácticamente, del siglo. No era más exigente la política de empleo público, aunque tampoco habrá de despreciarse para entonces, para el sistema que se nos va a revelar, la experiencia e incluso la adecuación de un personal como el militar ⁽⁵³⁾.

La misma política podía ofrecer el tránsito. El acceso a un puesto permanente de la administración a partir del desempeño temporal de algún cargo político hubo de ser también algo no insólito puesto que durante la segunda mitad del siglo llegó a contemplarse y regularse, estableciéndose condiciones. Sin otra facultad universitaria de ciencias políticas, económicas ni sociales que la de derecho, la formación de los políticos solía ser jurídica ⁽⁵⁴⁾, pero esto no estuvo entre dichos condicionamientos para un paso ulterior

⁽⁵²⁾ A. NIETO, *La retribución de los funcionarios públicos en España. Historia y actualidad*, Madrid 1967, caps. 2-5; C. CARRASCO CANALS, *La burocracia en la España del siglo XIX*, Madrid 1975, eps. VII. 2 y VIII.3.

⁽⁵³⁾ E. CHRISTIANSEN, *Los orígenes del poder militar en la España contemporánea, 1800-1854*, Madrid 1974; F. FERNANDEZ BASTARRECHE, *El Ejército español en el siglo XIX*, Madrid 1978; M. BALLBE, *Orden público y militarismo en la España contemporánea, 1812-1983*, Madrid 1983.

⁽⁵⁴⁾ M. y J.L. PESET, *La Universidad española* (n. 4), ep. 25.2.

a puesto de la administración; los requisitos fueron también políticos, de rango que se ha ocupado, o temporales, de edad propia o de tiempo en el cargo, pero no facultativos; puede haber un trasiego de ida y vuelta sin este tipo de exigencia ⁽⁵⁵⁾. Aunque pudiera considerarse que la licenciatura jurídica resultaba conveniente para la carrera política, seguía sin juzgársele en sí precisa para el empleo administrativo, para la función pública.

Dentro del estado y dentro incluso de la administración no dejaban de existir sectores facultativos de derecho; así, primordialmente, la función judicial o la justicia en este sentido, en posición entonces análoga a la de la universidad, como un cuerpo diferenciado del propio estado, como una dependencia cualificada de la misma administración, con garantías teóricas de estabilidad los jueces análogas a las de los catedráticos ⁽⁵⁶⁾. Y en lo que ahora interesa, igual que éstos debían ser doctores, aquellos habrían regularmente de ser licenciados en derecho. Con más o menos exigencias, pudo ser también una constante ⁽⁵⁷⁾. Unos estudios jurídicos inferiores podrían requerírseles a otros, como los notarios, también así facultados y con esto corporativizados dentro de un sector latamente público ⁽⁵⁸⁾.

Y no eran los únicos cuerpos facultativos, así entonces especiales, que la España del XIX produce y la del XX cosecha ⁽⁵⁹⁾, pero

⁽⁵⁵⁾ M. MARTINEZ SOSPEDRA, *Incompatibilidades parlamentarias en España, 1810-1936*, Valencia 1974, ep. II. C.; R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección* (n. 51), ep. I. 2. C. 3.

⁽⁵⁶⁾ F. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XX, 1890-1923*, Madrid 1989, eps. 2.2.2 y 4.1.1.1; J. MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del Juez*, Madrid 1990, ep. 3.A; A. SERRANO, *Der Richter als administrative Kategorie. Zur Semantik des Staates in Spanien. 19. Jahrhundert*, en *Ius Commune*, 17, 1990, pp. 113-135.

⁽⁵⁷⁾ J. PAREDES, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial, 1834-1870*, Madrid 1991.

⁽⁵⁸⁾ J. BONO HUERTA y otros, *La Ley del Notariado de 1862*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección I, *Estudios históricos*, I, Madrid 1964, pp. 513-712; F. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas* (n. 56), eps. 2.2.1 y 4.1.2.2; T.R. FERNANDEZ y E. SAINZ MORENO, *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Madrid 1990, cap. 2.

⁽⁵⁹⁾ M.A. PERNAUTE MONREAL, *El poder de los cuerpos de burócratas en la organización administrativa española*, Madrid 1978; M. BAENA DEL ALCAZAR, *Estructura de la*

la cuestión a nuestros efectos sigue siendo que por término general la administración del estado, del mismo estado que se ha hecho con la universidad y la misma administración a la que pertenece la facultad, despreciaba por entonces los estudios jurídicos como licencia de habilitación propia. Hay cuerpos especiales y no lo hay general de funcionarios facultados. En esto, cada ministerio constituía un espacio cuyo ticket de entrada no era el grado universitario. Sólo en el siglo XX comenzará realmente a serlo, tardando además en generalizarse ⁽⁶⁰⁾. La taquilla no estaba antes en la universidad ni era tampoco de título.

La administración, estrictamente ella, tampoco deja de dotarse de letrados, de personal facultado en derecho. Mas la composición no se altera; sigue siendo una misma. Dicha dotación no se hace por principio, sino por necesidad, porque la administración se ve arrastrada por los ciudadanos a pleitos con asuntos tan litigiosos como el de la desamortización, la expropiación y privatización de propiedades corporativas ⁽⁶¹⁾; parece un factor clave para una toma de conciencia administrativa a favor del título de derecho en su propio campo, en el suyo mismo. Toda la materia financiera, y muy en particular la tributaria, con todos sus litigios, le abriría entonces los ojos ⁽⁶²⁾.

Unos letrados serán abogados del estado, esto es, funcionarios destinados, no al asesoramiento jurídico del funcionamiento regular de una administración no facultada, sino a su asistencia frente a los privados, frente a sus pretensiones de derecho; y formarán cuerpo

función pública y burocracia en España, Oñati 1984; E. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas* (n. 56), ep. 3.2.

⁽⁶⁰⁾ M. PELAEZ DEL ROSAL (ed.), *Profesiones judiciales y jurídicas*, Córdoba 1988; R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección* (n. 51), cap. II. C.

⁽⁶¹⁾ F. TOMAS Y VALIENTE y otros, *Jurisprudencia administrativa sobre bienes sujetos a desamortización*, en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1974, pp. 25-144; A. FIESTAS LOZA, *La protección registral de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados, 1863-1869*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 53, 1983, pp. 333-363; F.J. JIMENEZ DE CISNEROS, *Desamortización y Jurisdicción de Hacienda*, en el mismo anuario, 54, 1984, pp. 449-475.

⁽⁶²⁾ E. ESTAPE RODRIGUEZ, *La reforma tributaria de 1845. Estudio preliminar y consideración de sus precedentes inmediatos*, Madrid 1971; E. SIMON SEGURA, *La desamortización española del siglo XIX*, Madrid 1973; J. FONTANA, *La Revolución Liberal (Política y Hacienda, 1833-1845)*, Madrid 1977; M. ARTOLA, *La Hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Madrid 1986.

especial, no administración general ⁽⁶³⁾. Tampoco ha de olvidarse el dato de que el estado ya contaba con defensa en juicio, con procuradores que por él abogaban, los fiscales, función y cuerpo facultativos, pero, dada su incardinación judicial, más difícil de someter a dependencia política ⁽⁶⁴⁾. Se dará también la circunstancia, ya entrándose en el siglo XX, de que el mismo poder central creará un cuerpo estatal para el funcionamiento ordinario de las administraciones locales, con el correspondiente control en teoría de legalidad, cuando no lo tenía equivalente, en tal grado, para sí mismo ⁽⁶⁵⁾. Un consejo de estado tampoco estaba exactamente para esto ⁽⁶⁶⁾.

Se trataba con todo de generar un campo propio de ordenamiento distinto al derecho y de manejo de las interferencias entre uno y otro ⁽⁶⁷⁾. Ni parlamento ni justicia, es la misma administración la que se organiza su propio orden ⁽⁶⁸⁾, sus propios controles ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶³⁾ S. MARTIN RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del Cuerpo de Abogados del Estado*, Madrid 1986.

⁽⁶⁴⁾ M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid 1977, ep. 2.5; S. MARTIN RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado* (n. 63), ep. 1.3.1; S. GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Madrid 1989, ep. 3.A.

⁽⁶⁵⁾ A. BULLON RAMÍREZ, *Historia del Secretariado de Administración local*, Madrid 1968; J. M. CASTELLS, *La Euskadi autónoma y los funcionarios públicos*, San Sebastián 1980, ep. II.C.1.

⁽⁶⁶⁾ J. M. CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid 1944; L. JORDANA DE POZAS, *El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*, en sus *Estudios de Administración local y general*, Madrid 1961, pp. 71-90; A. NIETO, «Del Consejo Real como elemento del Gobierno constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 84, 1977, pp. 537-552.

⁽⁶⁷⁾ P. L. SERRERA CONTRERAS, *Lo económico-administrativo. Historia y ámbito*, Sevilla 1966, cap. 1; S. MUÑOZ MACHADO, *Expropiación y jurisdicción (Sobre la impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación)*, Madrid 1976, cap. 3; P. L. GALAN URBANO, *Privilegios del Estado en el proceso civil de declaración español*, Salamanca 1979, ep. 1.1; J. RODRIGUEZ ARANA, *La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el Derecho español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 697-736; F. LOPEZ MENUENDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid 1988, cap. 3.

⁽⁶⁸⁾ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX, 1812-1845*, Sevilla 1973, cap. 4, *Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa*, en *Revista de Administración Pública*, 77, 1975, pp. 81-138, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1988, cap. II.IV.

⁽⁶⁹⁾ R. MENDIZABAL ALLENDE, *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la administración contemporánea*, en *Revista de Administración Pública*, 49, 1966, pp.

También así es como se creaba una jurisdicción administrativa distinta a la justicia ordinaria, primero fuertemente retenida ⁽⁷⁰⁾, luego progresivamente conferida ⁽⁷¹⁾, siempre entonces de título originario propio. Es la línea de intersección entre público y privado, y no lo público intrínseco, lo que así podía mejor cubrirse sujetándose a derecho. Así, lateralmente, se juridificaba, si no un gobierno, al menos su administración; así, como exención del derecho, podía producirse el propio nacimiento de un orden administrativo o en general del ordenamiento público dicho también derecho ⁽⁷²⁾.

Era una administración de gobierno que tenía su cabida y encerraba su lógica dentro de un sistema constitutivamente monárquico; era un poder administrativo de entidad política que, mediante aquella especie de constitución, podía escapar perfectamente a su misma concepción de principio como poder ejecutivo, poder que ejecuta derecho, que se habilita por ley y controla por justicia ⁽⁷³⁾. El poder político no contaba propiamente por entonces

101-141; E. LOPEZ ESCOBAR, *Los orígenes del Derecho Presupuestario Español*, Madrid 1971; A. RAQUEJO ALONSO, *La Intervención General de la Administración del Estado 1808-1974*, en AA.VV., *Itinerario histórico de la Intervención General de Estado*, Madrid 1976, parte II; F. ESCRIBANO LOPEZ, *Presupuestos del Estado y Constitución*, Madrid 1981, cap. 2.

⁽⁷⁰⁾ A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, 50, 1966, pp. 27-50; J.R. PARADA Vázquez, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en la misma revista, 55, 1968, pp. 65- 112; A. NIETO, *Sobre la tesis de Parada en relación a los orígenes de lo contencioso-administrativo*, *ibidem*, 57, 1968, pp. 9-33; J.R. PARADA VAZQUEZ, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, igualmente, 59, 1969, pp. 41-70; A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid 1986, cap. 3.

⁽⁷¹⁾ L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid 1975; A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal*, 1894-1983, Madrid 1985, cap. 1.

⁽⁷²⁾ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Administración española*, Madrid 1961, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid 1972, *La formación histórica del principio de autotutela de la Administración*, en *Moneda y Crédito. Revista de Economía*, 128, 1974, pp. 57-87, con T.R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid 1981, eps. XXIV. 1-3.

⁽⁷³⁾ P. GONZALEZ MARINAS, *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros en España, 1800-1875*, Madrid 1974; A. MENENDEZ REXACH, *La Jefatura del*

con ninguna de dichas coberturas, ni la legal ni la judicial; no las necesitaba (74).

2.2. *Derecho de privado.*

Los facultativos más genuinos del propio estado no son de su administración directa. Los primeros y principales eran los jueces, los cuales no tenían competencia respecto en general al estado ni en particular a la administración; era la zona exenta. Los jueces entendían sustancialmente en asuntos entre privados. No estaban en una posición muy distinta a la de los notarios, facultados inferiores, a la de esta otra función en sustancia también pública y no menos importante entonces para la ordenación de tal sector en definitiva no público, de tal campo no político ni administrativo, el de los privados (75). Es el espacio común también de los abogados, a quienes se les exige igualmente, como a los jueces, la licenciatura; hay un orden corporativo que lo controla (76). Es el terreno fértil, el de valor y provecho, el de cultivo y explotación, de un título como el de derecho.

Es el terreno propio del título jurídico, aunque fuera más ancho el de la facultad de derecho. En lo sustancial, hemos visto que venía a impartirse en una sola licenciatura un doble tipo de enseñanza, una generalista o más teórica de formación política y otra especializada o más práctica de orientación forense. Con sus historias y sus

Estado en el Derecho público español, Madrid 1979, eps. 6.a-b; F. CANOVAS SANCHEZ, *El partido moderado*, Madrid 1982; J.I. MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid 1986; B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional* (n. 45), cap. 5.

(74) T.R. FERNANDEZ y J.A. SANTAMARIA PASTOR (eds.), *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid 1977; R. RICO (ed.), *Constituciones históricas, Ediciones oficiales*, Sevilla 1989.

(75) J.M. SCHOLZ, *El notariado catalán y la transformación del campo jurídico en el siglo XIX*, en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, pp. 209-270, original en *Ius Commune*, 15, 1988, pp. 135-197.

(76) M. BAENA DEL ALCAZAR, *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid 1968; A. BERMUDEZ AZNAR, *Contribución al estudio del corporativismo curial. El Colegio de Abogados de Murcia*, Murcia 1969; AMPARO BASTERRA y otros, *El Colegio de Abogados de Alava. 150 años de historia*, Vitoria 1989; E. VILLACORTA BAÑOS, *Profesionales y burócratas* (n. 56), eps. 1.2. y 4.1.2.1.

filosofías, las externas y las internas al orden positivo, la facultad no sólo consideraba entonces el derecho constituido, sino también el que se decía constituyente, el porvenir, durante una época que tenía conciencia de estar efectivamente constituyendo; miraba así en efecto a la filosofía y a la historia que pudieran y a su entender debieran inspirar y animar, alentar y arropar el derecho; con esto formaba políticos, no funcionarios. Y la facultad atendía el ordenamiento establecido con las miras prácticas de formación de abogados, fiscales y jueces, luego también de notarios, tampoco y nunca entonces de administradores públicos. A la justicia y a la abogacía en especial miraba el grado intermedio que resultaba el principal, la licenciatura.

La misma frustración bajo cualquier forma de un centro de enseñanza de administración pública puede constituir un síntoma de la disolución del derecho en el campo del estado y su gobierno, de esta exención, de tal especie de cancelación. Puede realmente decirse que en esta zona no lo hay, derecho. No se entiende entonces que debiera haberlo en igual sentido y con igual alcance, en el tenor y con el rigor, que hubiera de suponer para los privados. Para aquella administración de estado hemos visto también que servían medios personales como los excedentes militares, con su experiencia administrativa, no de ordenamiento jurídico, de primacía del derecho, sino de orden político, de primado de la jerarquía, de eficacia del poder ⁽⁷⁷⁾.

¿No servía el derecho? No, por lo que se ve, en campo propio. El interés del estado por el adueñamiento de una facultad encierra un sentido que no es el del dominio de la propia ordenación. Con esto ya cuenta. Para esto no necesita entonces de la universidad. Los mismos licenciados que ingresan en el sector público pueden hacerlo por vía política y en todo caso lo hacen encontrándose su formación jurídica mediada por el entendido siempre político de la exención estatal respecto al derecho y la justicia; seguramente, aun no faltando otros casos, éstos tenderían a ocupar los niveles superiores de la administración quedando los inferiores para personal de otra formación como la militar. La universidad y su facultad no es para

(77) R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección* (n. 51), eps.1. C. . c. 2 y II. C. b. 1. 5.

nada de esto para lo que directamente sirven. Su área genuina es otra, que también puede explicar el empecinamiento del estado. Es sustancialmente la privada. Conviene dar, no sólo nombre, sino también identidad.

Estamos en la época de la más profunda alteración del derecho entre privados por determinación política que se ha producido en la historia y de una transformación que, aunque se hace en nombre de la libertad, no deja el propio derecho ni sustantiva ni procesalmente a la disposición o en manos de los interesados, dichos privados ⁽⁷⁸⁾. La vertiente más específica de la formación jurídica, la de abogados, fiscales, jueces y notarios, podía realmente constituir un cauce principal de inoculación de un orden, mediante su asunción por unos profesionales, con esta profesión, para y entre los individuos rasos, tales privados.

La enseñanza más genérica, la de los políticos, también podía concurrir a la inoculación, a este disciplinamiento, a una gestación y digestión, asimilación e imposición, de la nueva cultura de un derecho que no acababa de ser libertad. No es cosa que pudiera hacerse por procedimiento político, por vías de acción directa, y lo es que se hizo dejándosele libres las manos, no tanto precisamente la cabeza, al poder político. A sus efectos, no sólo se trataría de la conveniencia de contarse con unos estudios universitarios generalistas como los de parte de la licenciatura jurídica, sino también de disciplinarse con alguna materia suya ya más específica un orden político y administrativo planteado a espaldas y desarrollado con independencia del propio derecho. El mismo acercamiento relativo del ordenamiento de la administración a un campo jurídico tiene la secuela del divorcio respecto al que, usurpándose siempre el sustantivo, se sigue diciendo derecho político. El derecho mismo ya también siempre se aprendería que era cosa de privados.

La vertiente de transformación cultural tanto práctica de vida como teórica de mentalidad podía ser entonces esencial para todos. Podía ser toda una inculturación, algo más que una política, lo que estaba produciéndose. No sólo de un poder se vivía, sino también de una cultura. El sistema tenía sus complejidades. Había principios y

⁽⁷⁸⁾ B. CLAVERO, *Razón de Estado, Razón de Individuo. Razón de Historia*, Madrid 1991, cap. 2 (= *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145)

existían realidades. No constituían mundos distintos, aunque tampoco iguales. Ni eran estancos; tenían realidad los unos, los principios, como principio las otras, las realidades. Guardaban relación; no resultaban ajenos entre sí. Y había necesidades no sólo de ordenación, sino también de legitimación. Aun exento, el poder político no era indiferente al derecho. Habría razones para que no se desentendiese de una facultad jurídica ni se contentase con una enseñanza administrativa; las había para todo esto y para eludirse a un tiempo el ligamen del derecho.

El propio monopolio estatal de la universidad vino como sabemos por el compromiso constitucional con una cultura de libertad que habría de tener también un desenvolvimiento acorde con motivos y conforme con procedimientos de libertades, de acuerdo y conformidad todo ello con derecho. Así cuando menos inicialmente se legitimaba. Fue el comienzo como vimos, el principio que permitió la nacionalización, el monopolio. Unos arranques constitucionales más comprometidos tampoco es que sean gratuitos; porque fueran en falso, no fueron en vano. No se produjeron en balde. El estado pudo por lo pronto aprovecharse, hacerse con el asunto. Y mantuvo la exclusiva cancelando la inspiración, con independencia y al margen de compromisos tanto procesales, parlamentarios, como sustantivos, de libertades. Procede a espaldas del derecho sin volvérselas a su facultad.

Si la facultad de un derecho de privados no se dejó de la mano, si se mantuvo bajo la férula del estado, algún otro interés suyo estaría latente y acabaría operando; sería en definitiva el decisivo. Porque no lo fuera en cosa propia, no iba a serle completamente ajeno. Ya podía una cultura aquí efectivamente interesarle. La historia jurídica del XIX español lo es de un intento trabajoso y nunca plenamente logrado de adopción e implantación de un sistema legalista como el de la codificación de matriz napoleónica sin el acontecimiento previo de una revolución que, como la francesa, dejase socialmente expedito el terreno y culturalmente motivado el cambio ⁽⁷⁹⁾. La

⁽⁷⁹⁾ J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Madrid s. d., desde 1970; J. M. SCHOLZ, *Spanien*, en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, *Das 19. Jahrhundert*, vols. 1-2, Munich 1982, pp. 397-686 y 2403-2442 respectivamente.

legalidad estaría especialmente precisada de legitimidad; el derecho, de inculturación. Haría falta la facultad jurídica, esta universidad, como algo más que una correa de transmisión; el mismo estado la necesitaría no sólo a los efectos de impartir ley e inculcar ordenamiento. Está en danza algo más, una cultura.

Se requería el cultivo de un determinado entendimiento del derecho que la universidad y su facultad no parece que dejaran en efecto de brindar. Satisficieron por lo que parece su función. La misma codificación pudo, si no completarse ni redondearse, al menos establecerse e implantarse, con promoción suficiente y cobertura pasable de la misma parte universitaria. Tampoco es que hubiera aquí un género cerradamente exegético, como hemos constatado que no hubo una enseñanza de esta clase, pero se produjo la literatura oportuna no mucho para prepararse y algo más para allanarse los caminos de los codificación⁽⁸⁰⁾.

La cultura jurídica distaba en todo caso mucho de resultar aquí monolítica. En la propia época, en el mismo siglo XIX español, hacia sus postrimerías, logra incluso predicamento social y presencia universitaria una posición adversa a los códigos, no sólo en principio, sino también en su versión más ligera española. Tanto el modelo napoleónico como la aplicación doméstica de la codificación llegaron entonces justamente a considerarse la forma en derecho de sustracción de libertades presupuestas por el propio orden constitucional, el modo de privación de una libertad civil, de los individuos llanos en su vida privada, más importante incluso que la libertad política, de los ciudadanos activos a los efectos públicos⁽⁸¹⁾.

Interesan las razones de aquella impugnación en toda regla de la

⁽⁸⁰⁾ M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía del Derecho y de la Política* (n. 21), parte especial, III-VI; J. M. SCHOLZ y P. DEL POZO, *Spanien*, en F. RANIERI (ed.) *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa, 1800-1945*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 901-952.

⁽⁸¹⁾ B. CLAVERO, *El Método entre infieles o el Código en España*, en la entrega de estos *Quaderni* dedicada a François Gény, respecto esencialmente a W. (G. DE AZCARATE), *Minuta de un testamento*, Madrid 1876 (ed. E. DÍAZ, Barcelona 1967); E. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, Madrid 1898 (*Obras completas del primero*, vols. XIII-XIV, Madrid 1926); y J. COSTA, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid 1901 y ss. (G.J.G. CHEYNE, *Estudio bibliográfico de la obra de Joaquín Costa*, Zaragoza 1981, entrada 52).

codificación. Al representar la imposición general de la ley de determinación política sobre la costumbre de autonomía social y al significar también la concreta imposición de un orden determinado de familia y propiedad por encima de la libertad y disposición de los individuos, pudo entenderse que la codificación implicaba dicha precisa sustracción, una tal privación. Encerraba un derecho que privaba del derecho. Con este grado de conciencia, ya también existía una cultura jurídica que, escapando al control estatal de la universidad y a la censura de la iglesia, pudo acusar estas cosas interesantes para nuestra propia comprensión.

Existía una cultura alternativa en el mismo terreno jurídico del campo constitucional que había podido eclosionar entre 1868 y 1873, años de libertades, de aquella revolución constitucionalista que dije ⁽⁸²⁾. Pudo entonces plantearse la misma constitución política sobre unos principios ajenos al modelo napoleónico en boga, así por ejemplo, de administración representativa, de articulación comunitaria, de justicia ciudadana, de libertad civil o de la procesal de defensa; son principios que luego sintomáticamente no sabrán ni siquiera identificarse, cuanto menos apreciarse, ni en su aspecto de justicia ⁽⁸³⁾, ni en el de administración ⁽⁸⁴⁾. Fueron momentos que también dijimos de una libertad de enseñanza más fructífera cultural que institucionalmente. En los años consecutivos toda esta otra cultura, aun frente a enemigas, no cejó y siguió pujando. Ahora interesa por cuanto explica.

Con áreas descontroladas, será doblemente comprensible el

⁽⁸²⁾ B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional* (n. 45) caps .7-8, *Razón de Estado, Razón de Individuo* (n. 78) , cap. 3.

⁽⁸³⁾ V. FAIREN GUILLEN, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en sus *Temas del Ordenamiento Procesal*, II, *Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, Madrid 1969, cap. IV.2; J.A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid 1981; R. COVOS GAVALA, *El Juez de Paz en el Ordenamiento Jurisdiccional Español*, Madrid 1989, caps. 2-3.

⁽⁸⁴⁾ M. GARCÍA CANALES, *La teoría de la representación en la España del siglo XX. De la crisis de la Restauración a 1936*, Murcia 1977; A. MARTINEZ MARIN, *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*, Murcia 1989; M. SANTANA MOLINA, *La Diputación Provincial en la España decimonónica*, Madrid 1989; A.L. ALONSO DE ANTONIO, *La Diputación Permanente de las Cortes en la historia constitucional española*, Madrid 1991.

afán de dominio estatal de la facultad jurídica. Pero basta con la única razón primaria del establecimiento de un derecho de privados que no se les confiaba. A ellos sustancialmente afectaba, pero no por ello había de ser indiferente al propio estado. Era centro de formación la facultad ante todo de jueces, fiscales, abogados y finalmente también de notarios, cuyas mismas funciones, las de todos ellos, tampoco se concebían realmente en forma pasiva de cara a los privados, a disposición suya.

Ya constituían actividades facultativas y profesionales porque inculturaban y ordenaban. Eran vías de inoculación de orden a los privados en su propio campo; éstos podían encontrarse con un control de legalidad similar, por comparar, al que la administración estatal acabó aplicando a la municipal y nunca se aplicó a sí misma. Para que jueces o notarios ejerciesen con eficacia la función, habían de conocer un ordenamiento y además creer en él, tener una profesión que era además confesión. Lo conseguía, debería conseguirlo, la facultad.

Y la facultad también interesaba a la formación de un personal político, para lo que puede decirse lo propio. Para propugnarse y promocionarse un ordenamiento como el que podía representar la codificación, este modelo, había de tenerse antes y más una creencia que unos conocimientos. Era sobre todo confesión lo que a este efecto se precisaba. Lo conseguía, debería conseguirlo, la universidad, con sus asignaturas de historia y filosofía además o en el interior incluso de las de derecho, dentro todo de su licenciatura.

Con las necesidades del caso, de legalidad y no sólo de legitimidad, igualmente precisaba de la inculturación dicho personal político, tanto el de parlamento como el de gobierno o, por generalizar, el legislador, pues legisladores eran entonces ambos. Pero no todos los agentes necesitaban del cultivo. Por lo visto, quien no lo precisaba era precisamente un servicio civil, un medio personal, el funcionario.

El derecho no es ni exclusiva ni primordialmente política; resulta ante todo cultura. No se pierda esto de vista cuando nos encontramos ante un cambio de fondo como el que se produce en el XIX. Antes que político, en lo que toca al propio derecho, fue cultural. La universidad y su facultad jurídica, estos centros de estado, podían entonces constituir unos elementos claves, no para la

formación de los funcionarios de un poder suficiente y exento, sino para la conformación de los ciudadanos de una sociedad civil y política, no digo para la deformación. Con las dificultades afrontadas por la codificación, la reducción del ordenamiento de derecho a ley de estado, una función universitaria, dicha misión, pudo resultar aquí doblemente precisa.

Tal podía ser el caso. Topándose con serias resistencias, la misma suerte del sistema podía librarse en el envite de una cultura que para los privados al fin y al cabo era de predicación y privación de libertad, todo a un tiempo. Tal era la cuestión. La universidad y su facultad, reflejándose en todos los órdenes, parece que sirvieron.

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

Constitución española, 1978

3. UN DESVIO Y UN LASTRE

La historia parece condenarnos a un papel servil de inyección de disciplina con ilusión de cultura. Pero no solamente somos, por fortuna, historiadores. Además de la historia existe el derecho; la primera sólo es vía, mientras que el segundo puede ser meta, nuestro objeto. ¿Puede ser el derecho finalmente para nosotros, no sólo mundo, sino también universo? ¿Defecionamos entonces de la historiografía? ¿No puede mantenerse en pie nuestro complejo? ¿No se sostiene ni para la parte que más nos toca, la del derecho actual, la de su propia y concreta historia?

3.1. *Desvío de historia.*

La historia es historiografía. No cabe del pasado experiencia directa, sino una mediada por este género en parte documental y en parte literario, en parte también ilusionista e imaginativo, esto es,

por las representaciones históricas que se formen y las publicaciones historiográficas que las conformen. Si se está acudiendo a unas lecturas, podrá venirse comprobando un estado problemático de esta historia, irregular de esta historiografía. Pero tal no es, no creo que deba ser, nuestra cuestión ahora ⁽⁸⁵⁾. Lo citado nos rinde, si no copia de noticias ni satisfacción de análisis, suficiencia de indicios y dibujo de líneas. Y no me gustaría además ofender la inteligencia del lector con la impertinencia de mi lectura. En esto seré, por discreto, sumario.

La historiografía está presente desde un primer momento haciéndose cargo por ejemplo, sin ir más lejos, del estado, y no sólo de su imagen, sino también de su orden ⁽⁸⁶⁾, aunque no siempre se advierta ⁽⁸⁷⁾. Con la historiografía mediante, una cosa y la otra, la exención del derecho en suma, pudo imponerse ⁽⁸⁸⁾. La cobertura ya sabemos que no era ni legal ni judicial; podía ser ante todo historiográfica. Tampoco voy a descubrir a esta alturas el mediterráneo de una historiografía jurídica que, extendiéndose tan profusa como profundamente por el pasado, pudo servir durante el XIX a una inculturación, la cual, igual que juridificaba, escindiéndolo, el mundo de los privados, ordenaba, eximiéndola, el área del estado. Para unos correspondía el derecho; para el otro, un ordenamiento diverso.

Viniéndose de una sociedad de otra base bien distinta, ni de composición jurídica ni de ordenación política, la historia del derecho tuvo

⁽⁸⁵⁾ De todo lo citado, las páginas especialmente valiosas para mis cuestiones, de las que no podría hacer gracia, son las de Mariano PESET (nn. 43 y 47), Rafael JIMENEZ ASENSIO (n. 51), FRANCISCO VILLACORTA (n. 56) y Johannes Michael SCHOLZ (n. 75).

⁽⁸⁶⁾ F. COS GAYON, *Historia de la Administración Pública de España en sus diferentes ramos de Derecho Politico, Diplomacia, Organización Administrativa y Hacienda, desde la dominación romana hasta nuestros días. Seguida de un indice alfabético de libros originales de autores españoles sobre las diversas materias de la Administración*, Madrid 1851; M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía del Derecho y de la Política* (n. 21) parte especial, I-II.

⁽⁸⁷⁾ R. CALLE SAIZ, *La Hacienda Pública Española. Un análisis de la literatura financiera*, Madrid 1978, caps. 9-10; A. NIETO, *Apuntes para una historia de los autores de Derecho administrativo general español, en 34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid 1983, pp. 17-67.

⁽⁸⁸⁾ M. ARTOLA, *El Estado*, en M. Artola (ed.), *Diccionario de Historia de España*, 2, *Instituciones Políticas. Imperio*, Madrid 1998, pp. 93-163.

en ello sus méritos, por no decir sus virtudes. Con solvencia y eficacia concurrió a la imposición de la naturalidad, a la superación de la contingencia, de una cultura presente mediante no sólo su proyección pretérita, sino también su construcción intemporal. Inculturó. Lo cual, todo lo cual, pues resiste bastante todavía dicha imagen de naturaleza y dicha ficción de historia, conviene que se subraye. Pero no es cosa como digo que aquí ahora se descubra y traiga a la luz ni vaya por lo tanto a argumentarse ni probarse. Sólo se recuerda.

Los tiempos son ahora también otros y la historiografía no cesa, con su propio modo de abordar y entender las cosas. Sin ir tampoco más lejos, por ejemplo, puja fuerte en el capítulo universitario cuya imagen y cuyo orden pueden más afectarnos ⁽⁸⁹⁾; ni en esto estamos tan distantes de periodos más demiúrgicos de las almae matres ⁽⁹⁰⁾. Pero ya sólo trato de la historia contemporánea, la que incide de modo directo sobre cuestiones presentes. Otra historiografía jurídica, la que se ocupa de otros tiempos, aun pudiendo también importar al nuestro sus planteamientos, está quedando fuera de juego a todos estos efectos ⁽⁹¹⁾. La historia que tenemos es la del derecho que hemos tenido ⁽⁹²⁾, pero ahora la que nos interesa no es tanto de historiadores del derecho como de los propios juristas. Es historia de juristas y no raramente de administrativistas, los especialistas de la exención precisamente ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ R. GIBERT, *Espagne*, en *Bibliographie internationale de l'histoire des Universités*, I, Ginebra 1973, pp. 1-100; A. GARCIA Y GARCIA, *Bibliografía de historia de las universidades españolas*, en *Repertorio de Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España*, 7, Salamanca 1979, pp. 599- 627, anunciando prosecución que se ha efectuado en otras sedes de historia universitaria.

⁽⁹⁰⁾ A. MARTIN VILLA (rector de la universidad sevillana entre 1854 y 1868), *Reseña histórica de la Universidad de Sevilla y descripción de su Iglesia*, ed. F. COLLANTES DE TERAN, Sevilla (Sociedad de Bibliófilos Andaluces) 1886; facsímil de la parte de historia universitaria, Sevilla (Universidad) 1976.

⁽⁹¹⁾ *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 bis, 1982, *Historia e Índices*, no sólo por los segundos, obra de A.M. BARRERO GARCÍA, sino también por la primera, versión de A. GARCIA GALLO.

⁽⁹²⁾ B. CLAVERO, P. GROSSI, F. TOMAS Y VALIENTE (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990.

⁽⁹³⁾ Es circunstancia de la historiografía institucional española de la edad contemporánea, con una historia general tan osada como insegura, una especial de la educación no menos crecida por más bisoña, la jurídica vocacionalmente inhibida, un

Esta historia considera la situación de su campo como producto sustancialmente de unas deficiencias, de la falta de una distinción entre Gobierno y Administración, con mayúsculas suyas, y de las carencias por lo visto consiguientes de legalización y profesionalización de la segunda ⁽⁹⁴⁾. Otros términos de progresión ni se conciben. A esta visión se suma otra no menos generalizada tanto entre juristas historiadores como entre historiadores juristas. Me refiero a aquella que contempla la codificación legislativa y la misma profesionalidad jurídica, comenzándose por la judicial, como exponentes indiscutibles de libertad y conquistas inequívocas de derecho, todo lo cual habría podido en consecuencia plantearse y establecerse por sus virtudes culturales y demás méritos intrínsecos.

Es la visión según la cual los códigos serían compañeros naturales de las constituciones guardándose la debida distinción ⁽⁹⁵⁾; puede brillar con la separación entre las historiografías de las unas y de los otros, la de las constituciones y la de los códigos, y apagarse con el choque de una zona de intersección, la de la justicia por ejemplo ⁽⁹⁶⁾. Sobre supuestos tales, el acuse de la época, aquella contrariedad que vimos tanto respecto al sistema como a su práctica, ha caído en saco roto ⁽⁹⁷⁾. Entonces, sufriendose, es cuando se acusa; hoy, soportándose, ni siquiera se diagnostica. Ya por haberse frustrado un sistema distinto, aquel otro, por ejemplo, de administración representativa, justicia ciudadana y libertad civil, sólo es el actual el que sabe observarse; si antes hay diferencias, serán por lo visto variantes; serán por lo común carencias, esto es, aquellos fallos que hoy se estarían salvando.

género constitucionalista empeñadamente ensayístico, otro procesualista ciegamente positivista y, en fin o así con todo lo primero, el administrativista de una preocupación genética que le hace historicista. El conjunto de mis referencias ha debido servir no sólo para reflejar pautas, sino también para salvar excepciones.

⁽⁹⁴⁾ *Documentación Administrativa. Índice general 1-200, 1958-1984*, Madrid 1984, por los trabajos históricos de apoyo a reforma administrativa en su órgano oficial, ahorrándome así siempre confrontaciones, aligerando el desvío.

⁽⁹⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid 1989.

⁽⁹⁶⁾ J.M. SCHOLZ, *Projekt: Spanische Justiz im 19. Jabrhundert*, en *Ius Commune*, 15, 1988, pp. 209-229; A. SERRANO, *Paradoxe Justiz als Thema. Zu Diskussion und Forschungsstand in Spanien*, en el mismo órgano, 16, 1989, pp. 314-337.

⁽⁹⁷⁾ E. DIAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid 1973.

No es la historia, sino la historiografía, la que puede hoy constituir un problema para el derecho; aún anida en su seno y no es indiferente a su cultura. ¿Renunciamos entonces a ella, quiero decir a la única que podemos, a la segunda, a la obra no sólo de los historiadores juristas, sino también y muy especialmente ahora a la de los operadores inversos, los juristas historiadores? Facilitaría la conclusión de mi discurso, pero no se puede ser tan anarquista ⁽⁹⁸⁾. Esta historia de matriz jurídica, de cordón umbilical con el derecho actual, esta historiografía contemporánea, la que nos atañe, se ha reputado imposible, pero tampoco se puede ser tan cómodo ⁽⁹⁹⁾. Existir, existe. Puede ser la única historia jurídica que a estas alturas goce de esta vitalidad, de esta forma no gratuita y este grado contrastable de existencia.

Estamos con una historiografía que trata directamente de nosotros; la fábula no habla de otros. Se ocupa del presente desde su mismo punto de partida convirtiéndolo en premisa; otra no conoce. Su objeto es nuestro estado, nuestra administración, nuestro ordenamiento, nuestra universidad, nosotros mismos, nuestra condición, nuestros derechos, nuestra libertad. Debemos vérnosla y habérsela con ella, con la historiografía jurídica de la edad que decimos y sentimos contemporánea. No es posible sortearla.

3.2. *Lastre de derecho.*

La evidencia rendida de la situación del XIX no responde con exactitud, directamente, a las presunciones de entonces de un estado de constitución ni tampoco exactamente, con anticipación, a las suposiciones de ahora, las de hoy, de un estado de derecho. En primer lugar, nos encontramos ante una administración de gobierno, un poder administrativo de entidad política que podía escapar efectivamente a sus propios principios constitutivos mas sin dejar de responder por ello al sistema de constitución establecido. En se-

⁽⁹⁸⁾ B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991, ep. 2.4.

⁽⁹⁹⁾ A. IGLESIA FERREIROS, “*Doctrinas e instituciones civiles: Familia, patrimonio, sucesiones*”. *La situación de los estudios de Historia del Derecho Privado en España*, en eds. vv. , *Hispania* (n. 92), I, pp. 205-314.

gundo lugar, nos hallamos ante un entendimiento del derecho y la justicia que no dejaba tampoco de corresponderse con el sistema; eran sustancialmente de privados sin quedar por esto a su disposición. En tercer lugar, nos encontramos con una historiografía que nos tiene acostumbrados a una visiones, cuando no contrarias, distintas. Y no tanto en cuarto lugar como en la fila cero, tenemos hoy un ordenamiento, otro sistema, con unas perspectivas en cambio de libertad que así no sólo pueden distorsionarse, sino también pervertirse.

Estamos asentados sobre un estrato ya bien sólido, el del sistema precedente. Puede que operemos, si no con su mentalidad, también sobre ella. No nos decidimos a tomar en serio la misma posibilidad de alternativa. Tomada al menos en consideración, hecha la puntualización, podré arriesgar posiciones que de otra forma se malinterpretarían. Tampoco es que sea un riesgo personal. Al fin y al cabo, llegados a conclusiones, no es que yo piense lo que sigue, sino que pienso que esto es lo consecuente.

Y he aquí la cuestión; no es otra que ésta: la historia jurídica de la edad contemporánea, la historiografía que es más obra de juristas, la que resulta realmente beligerante en el campo del derecho, esto era en suma, la que importa, ¿no está hoy sirviendo para prestar cobertura al establecimiento y conservación de un sistema incongruente, de un sistema que no responde llanamente a sus principios, que sencillamente los defrauda? El pasado de la historia tal vez sea el presente del derecho y no por su propio peso, sino por mediación siempre de la historiografía. Ya sería una hipoteca. Ya puede que sea un lastre.

3.2.1. Historia desviada y derecho lastrado.

El presente del derecho es el pasado de la historia, de la que tenemos, de la historiografía. Vamos a la reflexión. ¿No será también la inversa? En el siglo XX por una parte hemos venido visiblemente a la misma inspiración de libertad que la alternativa fracasada del XIX y, por otra, no se han extraído palpablemente sus mismas consecuencias de principios. El sistema de recambio no ha venido a identificarse exactamente con las previsiones efectuadas durante

unos tiempos más fundacionales. No se ha ido a un ordenamiento tan fundado en libertades ⁽¹⁰⁰⁾.

Se ha legalizado y profesionalizado la administración; se ha profesoralizado y corporativizado la universidad, pues sería mucho decir que ahora sea autónoma y esté en trance de socializarse o que como entidad de estado quepa todo esto ni siquiera ⁽¹⁰¹⁾; pero se ha reducido una exención, la de un poder, y se ha relajado una dependencia, la de una cultura ⁽¹⁰²⁾. Se ha abierto un espacio de libertad, mas no se ha vuelto al entendimiento de que su postulación como principio requeriría todo un replanteamiento, una refundación, del propio sistema, de una administración y una universidad por lo pronto, de una justicia y un derecho en definitiva.

Hoy estamos empeñados más bien en otra cosa, en el acoplamiento entre la exención decreciente del estado y la extensión creciente del derecho con una contribución señalada de la historia, quiero decir así de la historiografía, y de la que más sirve a tal efecto, la contemporánea, la de tiempo constitucional que maneja los elementos. ¿Mas no se predica otra cosa por los propios principios expresos del constitucionalismo nuestro? ¿No entronizan el derecho en su sentido como principio, no de estado, sino de libertad? ¿No ha de ser función suya, de este principio, todo el resto? Si así fuera, la cuestión radicaría, no en aquella ponderación, no en aquel ajuste, sino en el puro desempleo del estado y en el pleno empleo del derecho, con desahucio en fin de la historia. Dónde queda entonces una profesión o incluso una cultura, ya dependerá de ellas mismas.

Del derecho depende el derecho. Y hay paro. Existe un lastre que no se está achicando. No es de historia, sino de historiografía; no es de pasado, sino de presente. Y no es de constitución, sino de cultura. No somos pacientes de secuelas, sino agentes de distorsio-

⁽¹⁰⁰⁾ B. CLAVERO, *De un derecho, la constitución, y de un revés, la historia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60, 1990, sección de *Historiografía*.

⁽¹⁰¹⁾ Consejo de Universidades, *Las enseñanzas universitarias en España y en la Comunidad Económica Europea*, Madrid 1986.

⁽¹⁰²⁾ J. DAMIAN TRAVERSO (ed.), *Educación y Constitución*, Madrid 1978; J.M. MARAVALL HERRERO, *La reforma de la enseñanza*, Barcelona 1984; A. NIETO, *El futuro de una Universidad en crisis*, en *Fundación Juan March, Pasado, presente y futuro* (n. 26), pp. 117-140; M. PUELLES BENITEZ, *Educación e ideología* (n. 1), apéndice de la segunda edición, 1986; L. MARTÍN RETORTILLO, *A vueltas con la Universidad*, Madrid 1990.

nes. Con el tratamiento de lo primero, la secuencia histórica, se puede estar tratando de lo segundo, la desvirtuación jurídica. La historiografía puede ser disciplina; la historia administrativa, derecho administrativo. Es la misma profesión y no es el mismo derecho. Sigue escindido. ¿Mas no tenemos ahora unos principios integrales? Son también hoy paladinos.

Por ejemplo, sin ir nunca más lejos, estos principios pueden proclamar incluso cosas como una igualdad básica de acceso a funciones públicas con determinados requerimientos de justificación constitucional y formalidad legislativa de las cualificaciones concretas, universitarias eventualmente, con el éxito a la vista no sólo de imposibilidad de un régimen sin miramientos para con una especie tal de requisitos, sino también de presunción de bondad en todo ello. Así sigue construyéndose imagen y disciplina, historia y ordenamiento. A lo que ahora nos importa, resulta el equívoco de un pasado deficiente que progresa hacia su suficiencia como presente nuestro o como porvenir también propio y que sólo además de esta forma se aborda y entiende; tenemos el malentendido de una historia que, si no se hace ordenamiento, está encubriéndolo.

Si hay un problema constitucional en la España del XIX, no era la falta de profesión, sino la exención de derecho. Y esto tampoco tenía por qué ser una anomalía o alguna incongruencia si se contempla, no a partir de presuposiciones nuestras, sino en su propio momento, dentro de aquel estrato de un constitucionalismo que en su misma posición estatal, con la asistencia monárquica, podía encerrar la excepción. Lo ocasional podía ser constitutivo ⁽¹⁰³⁾. El problema existe si las composiciones no se depuran por completo en un orden constitucional que como tal ya no conoce, aunque no repudie, un principio de exención ⁽¹⁰⁴⁾. Con su secuencia, con el nexo, ya sólo con esto, la historiografía, si no es cómplice, actúa de encubridora.

La historia no es coartada, pero lo resulta. La comunicación entre los estratos, esta confusión entre el historiador y el jurista, no

⁽¹⁰³⁾ P. CRUZ VILLALON, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado, 1789-1878*, Madrid 1980.

⁽¹⁰⁴⁾ P. CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987.

es contrabando, pero lo organiza. Aun cuando desde un comienzo de la propia historia pueda tratarse de la vertiente más constitucional para nuestras mismas perspectivas ⁽¹⁰⁵⁾, las piezas que marcan diferencias siempre son claves, cuando no las claves mismas ⁽¹⁰⁶⁾. Aunque pueda presumirse una virtud positiva en la recuperación histórica no insensible ⁽¹⁰⁷⁾, no deja de existir lastre, lo más pesado ⁽¹⁰⁸⁾, ni de gravitar su peso todavía, lo más persistente ⁽¹⁰⁹⁾. Entre historia y presente, con estas confusiones, ni la punta del iceberg, ni lo más visible siquiera, consigue dar con sus coordenadas ⁽¹¹⁰⁾.

Son aspectos de aquel derecho de privados que no servía a su propia libertad; son cuestiones que no acaban de saber situarse en su propio sistema. La existencia colonial de esclavitud, el estado doméstico de la mujer y la situación de hecho del trabajo, los extremos a los que se ha hecho referencia, se ven retrospectivamente en

⁽¹⁰⁵⁾ M. LORENTE SARINENA, *Las infracciones de la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid 1988; C. ALVAREZ ALONSO, *El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 283- 350; A. FIESTAS LOZA, *La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español*, en este mismo número, pp. 351-490.

⁽¹⁰⁶⁾ C. PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en ib. ed., *Derecho privado y revolución burguesa* (n. 75), pp. 87-122.

⁽¹⁰⁷⁾ J.M. ROMERO MORENO, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid 1983.

⁽¹⁰⁸⁾ A.F. CORWIN, *Spain and the Abolition of Slavery in Cuba, 1817-1886*, Austin 1967; F. SOLANO (ed.), *Estudios sobre la abolición de la esclavitud*, Madrid 1986; C. NAVARRO AZCUE, *La abolición de la esclavitud negra en la legislación, española, 1870-1886*, Madrid 1987.

⁽¹⁰⁹⁾ G.M. SCANLON, *La polémica feminista en la España contemporánea, 1868-1974*, Madrid 1976; G.A. FRANCO RUBIO, *La incorporación de la mujer a la administración del estado, municipios y diputaciones, 1918-1936*, Madrid 1981; R.M. CAPEL MARTÍNEZ, *El trabajo y la educación de la mujer en España, 1900-1930*, Madrid 1982; C. FAGOAGA, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España, 1877-1931*, Barcelona 1985.

⁽¹¹⁰⁾ M.R. ALARCON CARACUEL, *El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900*, Madrid 1975; A. MARTÍN VALVERDE, *La formación del Derecho del Trabajo en España*, en eds. vv., *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid 1987; J.I. PALACIO MORENA, *La institucionalización de la reforma social en España 1883-1924. La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid 1988; A. SOTO CARMONA, *El trabajo industrial en la España contemporánea, 1874-1936*, Madrid 1989.

términos de abolición, superación y jurifidificación, y no introspectivamente, con consistencia propia, para su mismo tiempo.

¿Qué le va al sistema actual en todo esto? Unos dirán que el simple mantenimiento del estado civil sigue afectando negativamente a la mujer; otros podrán hablar de secuelas no menos negativas de la formación separada de un derecho del trabajo; algunos también se referirán a las discriminaciones hoy achacables a un pasado de esclavitud. Pero el problema radica precisamente en la imputación a la historia, en el puente que entonces conecta con el derecho. Problema es entonces la historiografía jurídica, exactamente ella.

Un sistema que podía incluir perfectamente cosas como la condición servil, la sujeción femenina y la discriminación laboral no podía reponder a un principio de libertad individual, pero el hecho es que ya lo conocía, sólo que como medio para el propio establecimiento. Unas constituciones política y doméstica de poderes podían también integrar en su mecanismo la de carácter jurídico que, si no se basaba ni parece entonces que pudiera hacerlo en unos principios de determinación y responsabilidad personales, tampoco es que desconociera libertades. Todo aquello producía su lógica de estados tantos civiles como políticos y de otras ramificaciones y compartimentaciones del propio ordenamiento que concebía y condicionaba, comprendía y determinaba, derechos individuales. Si viene un sistema profeso de las libertades como principios, del derecho como ordenamiento, tenerlo por puro desenvolvimiento, considerar que no rompe tracto, ¿no es la forma precisamente de lastrarlo?

No lo hace materialmente la historia del derecho, sino culturalmente la historiografía que le es interna, esta debilidad de los juristas, de todos ellos y no sola, necesaria ni primordialmente de los historiadores. Dicho sea entonces sin personalizar, ¿no es determinación y elemento del sistema, más que servidumbre ni residuo del pasado, la imposición todavía de cosas como unos estados civiles, unos derechos escindidos y unas discriminaciones sociales? Si así fuere, la responsabilidad no compete a los predicados constitucionales, sino a los intérpretes culturales, juristas que no saben prescindir ni pasar de la historia, historiadores que no sabemos colocarla

ni mantenerla en su sitio ⁽¹¹¹⁾ . Son determinaciones, son elementos, que ahora contradicen principios, unos principios de integridad, la integridad de la libertad. Un sistema íntegro, ¿no es responsable de sí mismo? Unos sujetos libres, ¿no lo somos de nosotros mismos?

Qué le va al sistema actual quería decir qué debe irle. ¿Qué le aprovecha la historia por muy propia que sea? ¿No debieran bastarle sus principios precisamente por íntegros? ¿No precisa una cultura ya libre de tales lastres, que comience realmente por ignorarlos, que así se libere radicalmente de ellos? La posición científica de la historia del derecho ya tampoco es comparable con la clásica del XIX. La jurisprudencia, la prudencia jurídica, puede prescindir perfectamente de la historiografía cuando el orden está constituido sobre principios propios de predicación integral; debe incluso hacerlo cuando corre el riesgo aunque sólo fuera de amortiguar, tanto más si es de desvirtuar, ya sin excusa si puede ser de neutralizar, los susodichos principios. Ya no hay, no debe haber, disciplina que inculturar, sino libertad que aculturar. La diferencia está hecha. No es un juego de palabras. Se incultura por encima y en contra de la libertad; se acultura con el fin y por medio de ella.

3.2.2. Facultad universitaria y constitución jurídica.

Estamos hoy también enfrascados en el acoplamiento entre una universidad originariamente de estado y unos principios constitucionales de autonomía orgánica. Tampoco es que el régimen institucional se deduzca del predicado jurídico, sino que se trata precisamente de un ajuste con la estructura ya establecida ⁽¹¹²⁾; porque se llegue al punto de que un texto constitucional, como el español, considere la autonomía corporativa de la universidad un derecho fundamental a la altura de los individuales y de que una jurisdicción igualmente constitucional, como la española, quiera tomárselo en

⁽¹¹¹⁾ F. GALINDO AYUDA, *Notas sobre la dogmática del derecho de familia (Un estudio de manuales)*, en *Revista de Derecho Privado*, 1983, 7, pp. 643-670; B. CLAVERO, *Institución de la reforma social y constitución del derecho del trabajo*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 859-884, sección de *Historiografía* también.

⁽¹¹²⁾ J.M. SOUVIRON MORENILLA, *La Universidad Española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Valladolid 1988.

serio, la base constitutiva de estado, que ahora además se extiende y comunica a organismos políticos regionales, no parece que por todo esto, por nada de esto, sufra mucho ni se resienta demasiado ⁽¹¹³⁾. Y hay otras novedades corporativas de proliferación y capacitación de centros que ya también recordaba. Pero en todo caso nada de ello parece lo primordial para nosotros, historiadores y profesores de derecho.

A los mismos efectos del establecimiento constitucional, del sistema que hoy se predica, puede resultar más importante una cuestión interna, la de posición cultural y cometido docente de nuestra facultad jurídica primero y nuestra materia histórica enseñada. Nos importa ante todo, debe importarnos, más que el ordenamiento institucional y la capacidad corporativa de la universidad, el derecho en ella, la estructura y el despliegue de unos estudios jurídicos que pueden interesar a la misma suerte del sistema establecido. Conforman su cultura. No es cuestión ciertamente a la que se le dé aquí una significación y un relieve. Sigue estando confiada a decretos ⁽¹¹⁴⁾, a unas disposiciones de rango gubernativo que para esto, estrictamente para esto, no se encuentran particularmente vinculadas por ley ni se sienten especialmente comprometidas por constitución.

El texto constitucional español no ha dejado de traer otras cosas que pudieran interesar más a nuestro asunto. Ha reconocido unas libertades de pensamiento y expresión, de conciencia y enseñanza, e incluso la especificación expresa de una libertad de cátedra como si dichas libertades generales no fueran ya hoy suficientes ⁽¹¹⁵⁾. Mas

⁽¹¹³⁾ A. EMBID IRUJO, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 1985, pp. 181-203; J.B. LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental. La construcción del Tribunal Constitucional*, Madrid 1991.

⁽¹¹⁴⁾ *Decreto por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel*, en *Boletín Oficial del Estado*, 1990, 278 (20 de noviembre) pp. 34. 355-34. 357.

⁽¹¹⁵⁾ A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza* Madrid 1982, cap. VI; J. NICOLAS MUNIZ, *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, ep. II.a, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 1983, pp. 335-356; J. BARNES VAZQUEZ, *La educación en la Constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)*, ep. 3.3, en la misma revista, 12, 1984, pp. 23-65.

aquí está, un reforzamiento al fin y al cabo de nuestra libertad que conlleva una responsabilidad profesional. Con ella ahora quizá, al menos, el replanteamiento cupiera dentro de nuestro ámbito corporativo pese a la subsistente sustracción política de las directrices o el tronco de unos planes de estudios. Siguen siendo competentes los decretos, pero unos decretos que ya también se forman mediante procedimientos corporativos ⁽¹¹⁶⁾. Los universitarios podrían contar tal vez, por lo menos, con un margen de maniobra para una revisión del propio objeto, el derecho, que comenzara por el arreglo de sus piezas, las ramas del ordenamiento. Las averías de algunos mecanismos automóviles es así como se reparan. Al menos y por lo menos, quizá y tal vez, son, quieren ser, avisos de prudencia para un tráfico como el nuestro.

El derecho tiene ante todo pendiente su propia depuración en unos términos de reintegración, esto es para nosotros de superación de unas escisiones constituidas con principios privativos y consagradas con asignaturas estancas, comenzándose con el derecho administrativo y acabándose con la historia jurídica. No hay reivindicaciones que valgan ⁽¹¹⁷⁾, aunque alcancen eco ⁽¹¹⁸⁾; y si lo tienen, si no caen completamente en el vacío, es porque el medio las alimenta y sostiene. Los planes de estudios se basan en las divisiones de la materia; los que tienden a entenderse renovadores no sólo es que tampoco apunten a la integración, es que se lanzan en contramano ⁽¹¹⁹⁾, en la dirección contraria de una especialización interior que comienza por acentuar la escisión entre público y privado, entre realidad de poderes y posibilidad de libertades.

⁽¹¹⁶⁾ Consejo de Universidades, *Reforma de las enseñanzas universitarias. Título: Licenciatura en Derecho. Propuestas alternativas, observaciones y sugerencias formuladas al Informe Técnico durante el periodo de información y debate públicos*, Madrid 1988.

⁽¹¹⁷⁾ *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*, 1987, 6, *En defensa del Derecho Romano*, 1988, 2, *En defensa de la Historia del Derecho*.

⁽¹¹⁸⁾ R. PANERO, *El Derecho Romano y la formación del jurista (Experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)*, Barcelona 1988; F. DE ARVIZU, *La enseñanza de la Historia del Derecho: Reflexiones en busca de una polémica*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1988, pp. 491-498.

⁽¹¹⁹⁾ A. MERCHAN ALVAREZ, *Cuatro lustros de estudios jurídicos hispalenses (Consideraciones sobre los planes de estudios ensayados o proyectados en la Facultad de Derecho de Sevilla, 1964-1983)*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11, 1984, pp. 157-196.

También se tiene ahora la experiencia, puede tenerse, de que la fundación constitucional común por motivo de libertad para todo el ordenamiento jurídico suscita cuando menos la coordinación de especialidades, debiendo revisarse una historia contemporánea de ignorancias mutuas mirándose si es preciso a otras tradiciones que la propia ⁽¹²⁰⁾, pero ésta no es cosa que se traiga al terreno, que se lleve al extremo, de la propia definición profesional y del propio ejercicio docente ⁽¹²¹⁾.

¿Cómo va ni siquiera a plantearse tal tarea depuradora cuando las mismas directrices heteromóviles de planes de estudios se basan en las divisiones y cuando para la propios profesores la misma especialidad escindida constituye el factor definitorio de su profesionalidad? ¿Quién se presenta hoy sencillamente como jurista? ¿Qué facultad imparte una licenciatura que se inicie por unas bases comunes y capaces del entero sistema, por un derecho constitucional en este sentido constitutivo real? ¿Qué plan de estudio la concibe? ¿Cuántos profesores de materia positiva no comiezan hoy todavía la exposición docente, sus cursos, por unos principios, no reconocida y actualmente constitucionales, sino abierta o solapadamente históricos, de la propia historia constitucional? ¿Qué texto constitucional vigente no da incluso pie?

Y todo esto, si no lo provocamos ni decidimos, lo padecemos y abonamos. Lo que puede sobrnarnos de conciencia, nos falta de experiencia. Como juristas no sólo historiadores, sino también profesores, podemos formarnos buena idea del valor de una cultura de derecho, pero no conseguimos experimentarla ni siquiera en nuestro propio medio. A la luz de los principios, nuestra función es de aculturación; a las resultas de la experiencia, el asunto es más que problemático. Y no creo ser el único perplejo ⁽¹²²⁾. Desaparecido el

⁽¹²⁰⁾ P. SALVADOR CODERCH (dir.), M.T. CASTINEIRA PALOU, F. IGARTUA ARREGUI, M. MARTÍN CASALS, J. SANTDIUMENGE FARRE Y J. CIVIL ESPONA (ed.), *El mercado de las ideas*, Madrid 1990.

⁽¹²¹⁾ J.J. FERREIRO, J. MIQUEL, S. MIR Y P. SALVADOR CODERCH (eds.), *La enseñanza del derecho en España*, Madrid 1987, con capítulo, el octavo, de *Historia del Derecho* de A. IGLESIA FERREIROS; el de C. PETIT, *Asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial en la Universidad española (Algunas reflexiones ante la reforma de los estudios jurídicos)*, acabó en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 789-803.

⁽¹²²⁾ C. PETIT, *El Romano de Pompeyo o "Hic sunt leones"*, en *Anuario de Historia*

control ministerial de la prestación docente en la universidad de estado, no es una responsabilidad profesoral, este ejercicio de libertad, lo que ha aparecido.

Los profesores explican unos programas porque se han explicado, con su transfondo de historia. Adoptan una disciplina antes de impartirla, con su peso de historia. Asumen una profesión antes de imponerla, con su presunción de historia. Usan un título antes de conferirlo, con su beneficio de historia. Ejercen una autoridad antes de compartirla, con su respaldo de historia. Este es el tracto. Así es de hecho la experiencia. El propio medio no permite ni siquiera plantearse seriamente la consecuencia con la idea, no de inculturamiento, sino de aculturación. Sin amparo de historia, esta misma pretensión basta con que sustente autoridad, realce título, apunte profesión y solape disciplina.

El caso es que nos movemos todavía en un campo de disciplinas profesionales que ni formal ni sustantivamente responden al principio constitucional de igualdad y justificación. Y no hay razón para excluirse nuestra profesión, la profesoral que tiene asegurada una clientela, no por méritos propios, no por virtud de la oferta, sino por el mismo régimen de cualificaciones establecido, hoy en gran parte sustentado por la misma profesionalización pública, por su exigencia de títulos sin relación directa con capacidades. Nuestra enseñanza sigue siendo una economía planificada; por no tener libertad, no tiene ni la de mercado. Son tales las reglas de tráfico que hacen heteromóvil nuestro automóvil. Y me temo que las incongruencias, comenzando por esta nuestra, la universitaria, estamos encubriéndolas en efecto con historia, que lo estamos haciendo todos los juristas y no sólo por enviciamiento los historiadores.

Hágase un repaso, por ejemplo y sin ir más lejos, a la historiografía de la universidad, a la Historia de la Universidad, comenzándose por las mayúsculas identificativas de actividad y materia, siguiéndose con la continuidad distintiva entre universidades corporativas de iglesia y universidades administrativas de estado, entre instituciones, por una parte, de autonomía gubernativa y dependencia cultural y, por otra, de lo segundo para lo primero y de incógnita,

del Derecho Español, 60, 1990, sección siempre de *Historiografía* a falta precisamente de una de *Docencia*.

con sus posibilidades, para el resto. No sólo Salamanca y Alcalá se desfiguran. Y no digamos si repasásemos la historiografía de otras cosas, como la de unos cuerpos o la de unas profesiones. Ya no digo si fuéramos a mayores, como la de una iglesia o la de un estado. Sería ir lejos.

Y no estamos ante una forma inocente de hacerse ilusiones, de crearse imagen. Es un modo también de sostener una posición y de procurar un reforzamiento, entendiéndose como recuperación, sin tener que confrontarse su misma justificación. ¿Cuánta historia universitaria, cuánta historiografía corporativa, se hace por no hacerse el derecho correspondiente, por rehacerse una constitución de la universidad o cualquier otro ordenamiento corporativo hoy difícilmente justificables, no digo injustificables? ¿Cuánta historia sin más, incluida desde luego la no jurídica, no sigue hoy haciéndose así como disciplina? Por lo menos antes se sabía y reconocía. Ahora comprometen unos principios.

Hoy ni siquiera sabemos, incluida la profesión entre privados, si nuestro empleo es ya de derecho o todavía de estado. Ignoramos qué podemos. La misma facultad de derecho ahora, como abarca menos, aprieta más o al menos lo puede. Puede más. Existen otras facultades de ciencias políticas, económicas y sociales, pero a la jurídica le compete no sólo el derecho de privado, sino también el ordenamiento de público y bajo un principio éste igualmente de derecho, de uno constitucional que debiera ser base común, principio de integración. ¿En qué punto realmente nos encontramos? ¿Hacia dónde miramos? ¿Qué terreno estamos realmente pisando?

Y no son indiferentes ni dirección que miremos ni terreno que pisemos tan sólo para nosotros, sino también para otros, para todos, también para la ciudadanía llana. Si el cambio pendiente es el dicho, bajo esta condición se entiende siempre, no debe ni en realidad puede ser entonces político, de política del derecho, sino que habrá de ser cultural, de cultura jurídica. El sistema que hoy tenemos, que debemos tener, no es en rigor uno democrático, es decir, uno que haya de responder primordialmente a determinaciones mayoritarias, sino que es jurídico, esto es, que debe hacerlo ante todo a unos principios de libertades, a una cultura de derechos.

Existe hoy la posibilidad de una constitución jurídica y no política, de derecho y no de poder, aunque se encuentra de frente

con el problema, más que de una historia diversa, de una cultura adversa. Debe afrontarlo. Y en esto entramos, parece que debemos entrar, nosotros, los profesores. ¿Qué hacemos? ¿Qué podemos hacer? Cuestión peliaguda es la de si estamos culturalmente capacitados para la inducción endógena, por no decir la provocación automóvil, del cambio, mas la prejudicial se interpone: el medio no se presta. Dudo que esto sirva para lavarnos las manos. Para librarnos de responsabilidad por supuesto que no basta. Con la libertad que tenemos, nosotros somos hoy el medio.

Nuestro empleo digamos que es de historia, lo que tampoco nos salva. No hay forma de dar la espalda. Podemos engañarnos, pero escapatoria no existe. Estamos en la encrucijada y hay que elegir el camino. Ha de comenzar por evitarse el equívoco. No es vía la historia para el derecho; no debiera ser acceso; puede serlo para un ordenamiento, pero no para una constitución jurídica. El mismo orden vigente ya no precisa de la historia para prevenirse y curarse de la constitución política. Tiene principios.

La historia no constitucional, la que trata de otros tiempos, nos es extraña. De la historia constitucional, la contemporánea, debemos también extrañarnos. ¿Qué nos queda entonces a los historiadores si no queremos reducirnos al negocio de la literatura venal ni al ocio de la profesión subvencionada? ¿Qué hacemos unos profesores como nosotros en una facultad como la de derecho?

Las enseñanzas conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho deberán proporcionar una formación científica adecuada en los aspectos básicos y aplicados del Derecho.

Decreto español, 1990

IV. UNA ARQUEOLOGIA

Unos sistemas constitucionales, el pasado y el presente, resulta que son distintos y parece que la distinción es saludable; así, bien separados, procede que se conciban, coloquen y mantengan. No hay deficiencia en el pasado que explicar por el presente ni debe haber la viceversa. No interesa ni aprovecha la presuposición de un sistema continuo y perfectible ni siquiera para nuestra época de constituciones, para este tiempo del derecho. El que dentro de él hemos visto, el constitucional pasado, puede que fuera realmente distinto.

Que ya sea arqueología. Que aquella facultad de estado y aquel derecho de privados resulten tan sólo un yacimiento.

Si existe posibilidad de comunicación entre un estrato y otro, entre aquel y el nuestro, no parece que resulte lo más prudente establecerla, tanto menos en la docencia, por medio de la historiografía; al contrario, tal vez lo sea, lo más sensato, comenzar por cancelarla. Convendrá cegarla no sólo en vistas del progreso del derecho, que es asunto principal, sino también con miras del conocimiento de la historia, que es cuestión secundaria. La recuperación de ésta, de una ciencia histórica, puede suponer la recuperación de aquel, de un sistema jurídico, pero con la condición de que ambas recuperaciones corran parejas, sin unirse hasta el infinito como en una definición de paralelas.

Porque sea uno mismo el objetivo, no es una misma la empresa. Ni son equiparables. Ciencia de la alteridad por una parte, la historia, y conocimiento de lo propio por la otra, el derecho, es de diversa manera como pueden y deben mirar a la formación de una cultura que faculte para la libertad, principio y base del derecho mismo. La propia presencia de la historiografía en una facultad jurídica sólo puede entenderse hoy y justificarse ahora con esta contención y este respeto, con esta forma de coexistencia pacífica que así, exactamente así, puede que acabe en convivencia feliz. Y así, precisamente así, no sólo se entiende, sino que también se justifica, una actividad que soltera y por sí sola, en facultad de historia, tampoco es que hoy y ahora alcance ni entendimiento ni justificación. El mismo argumento le toca porque no es cosa distinta.

La misma historia contemporánea, cuánto más cualquier otra, habrá de hacerse arqueología antigua. Si se abre la excavación, si se mantiene abierto el yacimiento, habrá de ser por él mismo y no por otros miramientos. Ya se sabe que en este trabajo de campo arqueológico puede aparecer de todo; puede darse no sólo con ajuares exóticos, sino también con cadáveres humanos. Pero no resulta un buen procedimiento descuidarse de los unos por cuidarse de los otros. No es buena arqueología. Podemos sentirnos cercanos de toda humanidad pretérita, nuestro prójimo, pero por ello no estaremos más cerca de su realidad histórica, nuestra ciencia. Para esto es el ajuar lo que conviene observarse. El mismo cadáver no es sino una pieza más, tristemente desde luego, para la mirada arqueolo-

lógica. Puede que estos restos sean también ajuar, humanidad extraña.

Pero tampoco el derecho es que respete hoy sepulturas. Reavivando los cadáveres, ocupando los precedentes, preocupando las secuelas, reduciéndose en fin ella misma a dudosa palingenesia, una historia jurídica, una tarea de juristas, ha conseguido eclipsar todo un estrato constitucional que aún puede así efectivamente pesar. Los mismos alumnos pueden hoy recibir de un modo más operativo y eficaz una historia virulenta y pervertida en las materias positivas, por sus profesores juristas, que en las de tipo histórico, por parte de nosotros, inocentes historiadores.

No es por supuesto cosa mala la espeleología; no lo es ponerse en antecedentes, siempre que realmente lo sean, esto es, no sólo que pertenezcan a la propia historia, a la constitucional y no a otra, sino también que se ubiquen y comprendan en ella, en su propio estrato y no en otro. Ha de abordarse como tal la arqueología aun cuando pueda ser todavía prehistoria viva, historia nuestra. Sólo parece que podamos hacerlo nosotros, obligados arqueólogos, siempre también desde luego que así nos limitemos, que no seamos ilusos con nuestra profesión.

Que los muertos entierren a los muertos, que los historiadores inhumemos los cadáveres. Que el terreno se despeje. Otro sería el panorama de la historia. Otro resultaría también el horizonte de nuestro sistema si por fin lo contemplásemos, no desde un pasado, sino desde unos principios.

P.D. - Animado por Aldo Mazzacane, he presentado un resumen de la parte menos deprimente de esta memoria a las jornadas inaugurales de *Unistoria. Centro Studi per la Storia dell'Università* (Nápoles, 28-30 de abril, 1992), dedicadas precisamente a *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*.