

NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES Y DEL DERECHO. LOS APORTESES DE ANTONIO HESPAÑA.

*Inés Sanjurjo de Driollet **

Resumen

En los años 70 la Historia política, institucional y jurídica había quedado relegada, considerada como el ámbito del hecho aislado, del documento y del formalismo. Pero a partir de los 80, comenzó a dársele un tratamiento semejante al que recibían los restantes campos historiográficos. Entre los autores que transitan estas líneas de investigación, nos interesa Antonio M. Hespanha, sobre todo en lo relativo a sus desarrollos sobre las instituciones de gobierno y de la administración. Éstos son valiosos porque “desenmascaran” las interpretaciones propias del racionalismo y del constitucionalismo liberal, para intentar una comprensión más profunda de la dinámica institucional.

Abstract

In the 70's the political, institutional and juridical History had been relegated. It was considered as an area of the isolated fact, of the document and of the formalism. But starting the 80's, a similar treatment to the remaining historiographic specialities began. Among the authors that analyze these investigation lines, Antonio M. Hespanha interests us, mainly for his knowledge on government's institutions and administration. These are valuable because they expose the interpretations which are characteristic of the rationalism and of the liberal constitutionalism in order to attempt a deeper understanding of the institutional dynamics.

* CONICET-Universidad Nacional de Cuyo. isanjurjo@lab.crcyt.edu.ar

Introducción

Como es sabido, a partir de los años 70 se hizo sentir en la historiografía argentina el creciente peso que las cuestiones económicas y sociales habían alcanzado desde la década anterior en el extranjero. La Historia política, institucional y jurídica quedó relegada, considerada como el campo del hecho aislado, del documento y del formalismo. Se criticaba que lo político fuera sólo lo referido a la “alta política” y que ésta por lo general sólo se dedicara a las personalidades destacadas. No despertaba, por ejemplo, ningún interés la actividad político-administrativa, porque se desconocía su papel de instancia autónoma en la distribución del poder, y el Derecho equivalía al mundo de las normas jurídicas formales, las expresamente establecidas por los poderes formalizados de acuerdo con el paradigma positivista, y por esa razón era ignorado. A partir de los años 80, sin embargo, comenzó un movimiento en el campo de la Historia, que impulsó un tratamiento para la Historia política, jurídica e institucional, semejante al que reciben los restantes campos historiográficos, desde nuevas miradas, como las introducidas por la Historia social y la Antropología.

Esa renovación se enlaza con los cambios que se produjeron en el ámbito de la Historia del Derecho, que hasta entonces había seguido su propio camino; cambios en los que tuvieron que ver no sólo las influencias provenientes de la Historia, la Política y la Antropología, sino también la renovación que afectó a la ciencia jurídica en los últimos años y en la que ha mediado la proclamada crisis del Estado. Los planteos surgidos de tal problemática han contribuido, en efecto, a cuestionar una visión de la historia jurídico política impuesta por el liberalismo decimonónico (carácter generalizante y abstracto de la norma, absolutismo legal, sometimiento del jurista al texto de la ley, etc.).

La Historia del Derecho indiano fue una de las ramas en las que se produjo una importante recepción de estos planteos, mediante la incorporación del perfil consuetudinario, las normativas de orden local, la jurisprudencia de los autores y el estilo de los tribunales; el estudio de las mentalidades como sustento del derecho; la relación entre las distintas esferas de poder; y un análisis global de la cultura jurídica de la época que deja de lado la visión legalista propia del racionalismo¹.

Entre los autores que transitan estos lineamientos, nos interesa detenernos en la obra de Antonio M. Hespanha, que en nuestro caso particular ha sido orientadora para el estudio de las instituciones político administrativas

¹ Tau Anzoátegui, V., 1977: 44 y ss.

de la provincia de Mendoza en el siglo XIX en el tránsito del antiguo régimen al orden liberal². Como ya se ha dicho, seguramente es superfluo presentar entre los iushistoriadores a este reconocido intelectual lusitano³, pero creemos que puede ser una contribución para los historiadores en general el análisis de sus propuestas, particularmente para el estudio de las instituciones de gobierno y de la administración. Entre sus múltiples publicaciones, nos ocuparemos en especial de sus libros. En 1989 publicó la versión en castellano de su tesis sobre los orígenes del Estado moderno en Portugal, **Vísperas del Leviatán, Instituciones y poder político. Portugal, siglo XVIII.** Luego apareció **La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna**, consistente en una compilación de artículos dada a conocer en castellano en 1993. Este libro, que es considerado por su autor una verdadera biografía intelectual, resulta un manual pleno de erudición, explicativo de las nuevas perspectivas y metodologías que aplica a sus investigaciones. Por otra parte, su obra **Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un Milenio**, aparecida en 1998 y publicada en España en 2002, más allá de consistir en un excelente compendio de la historia de las ideas jurídicas de los últimos mil años, tiene el interés, para nuestro objetivo, de explayarse en las notas que debe tener una nueva Historia del Derecho.

El camino de la Historia del Derecho

Si bien ya el iusnaturalismo clásico había reconocido en el derecho lo que hay de contingente e histórico aunque sostuviese la fundamental existencia de un orden jurídico natural, anterior y superior al humano positivo, es sabido que con la Escuela Histórica del Derecho fundada por Savigny (1779-1871) y su creencia en que el derecho se forma en el tiempo por obra del inconsciente de la nación histórica, ya no cupo duda sobre la historicidad del fenómeno jurídico. Esta corriente, dominada por el historicismo y dado su esencial relativismo y desconocimiento de la existencia de un Derecho Natural, se oponía al iusnaturalismo clásico⁴. Y no obstante su antilegalismo, tuvo como una de sus

² Sanjurjo, I., 2004.

³ Tau Anzoátegui, V., 1996a: 542.

⁴ Ya antes, el derecho natural racionalista (o iusnaturalismo racionalista), con Hobbes, Puffendorf, Locke, etc., había contribuido a desligar el derecho positivo de todo orden trascendente: el ordenamiento jurídico se inscribe para esta corriente en un orden racional inmanente. Esta línea de pensamiento se desarrolló dentro de un ambiente filosófico propicio como el del idealismo cartesiano, que a su vez reconocía un

derivaciones a la Pandectística, que puso su acento en la codificación, es decir, en la necesidad de un derecho objetivo y neutro proveniente del Estado (combinación de legalismo con el “pathos” estatalista); un derecho separado de la sociedad y sólo atento al rigor constructivo. A este positivismo jurídico se opuso el positivismo sociológico, inspirado en Augusto Comte (1789-1857) y de gran influencia en nuestro país a finales del siglo XIX. Para esta teoría, debía explicarse todo lo referente a la sociedad mediante las Ciencias Sociales. El individuo aislado, objeto de la Pandectística, deja de ser lo central del conocimiento social; lo real y positivo, es la sociedad como conjunto de relaciones entre individuos. Hay un abandono del esfuerzo por conocer los orígenes o las finalidades últimas de la sociedad y del hombre, dirigiéndose la atención a los fenómenos sociales bajo una visión determinista de los actos humanos. En cuanto al derecho, hay un rechazo de la primacía de la norma general y abstracta sobre la solución concreta. Esto dio origen a ciencias nuevas, como la Antropología jurídica.

En la Argentina, la Historia del Derecho tuvo, como centro de discusión, su ubicación, en tanto que se apoya en dos disciplinas “matrices”, la Historia y el Derecho. De acuerdo con la síntesis que realiza Tau Anzoátegui⁵, podemos decir que, durante la primera mitad del siglo XX, se perciben dos enfoques principales en la especialidad: el sociológico y el dogmático.

En el primero, de tendencia historicista, sobresalen las figuras de Juan Agustín García y Ricardo Levene. García produjo, entre fines del siglo XIX y principios de XX, una verdadera *revolución intelectual*⁶, ya que, frente a la consolidación del sistema de códigos, que inclinaba a los juristas hacia el absolutismo legal, impulsó, desde el positivismo sociológico, el abordaje del Derecho a partir de las perspectivas de las Ciencias Sociales y la Historia.

El otro enfoque, tuvo su origen en la Dogmática jurídica, cuya labor constructiva en la legislación y en la ciencia del Derecho del Siglo XIX tuvo gran influencia en la etapa formativa de la Historia del Derecho en los países europeos y americanos. Así, un criterio dogmático primario se impuso con frecuencia en la labor monográfica histórico-jurídica y en los denominados

antecedente en la escolástica franciscana de la Baja Edad Media, con el nominalismo de Duns Scotto y Guillermo de Ockham (Touchard, J., 1996: 254-55 y 294-96).

⁵ Tau Anzoátegui, V., 2003. Entre otros trabajos dedicados a estos temas, pueden citarse: Tau Anzoátegui, V., 1977; Tau Anzoátegui, V., 1993; Tau Anzoátegui, V., 1996b; Martiré, E., 1970; Levene, R., 1945; Díaz Couselo, J., 1998.

⁶ Palabras de Narciso Binayán, en el *Prólogo a las Obras Completas* de Juan Agustín García, cit. por Tau Anzoátegui, V., 1996b: 295.

“antecedentes históricos” de los tratados de los juristas del derecho positivo. Ante la declinación de la línea historicista y sociológica que se produjo en gran parte por la recepción de las ideas de Hans Kelsen a partir de 1935, fue de gran importancia la crítica realizada por Ricardo Levene, quien se opuso a aquellos que sostenían, como Enrique Martínez Paz, la necesidad de abordar la Historia del Derecho con un criterio estrictamente jurídico, y al derecho en el pasado desde un modelo dogmático actual. Para Levene, la Historia del Derecho no se circunscribía a la dogmática jurídica, pues abarcaba el horizonte de lo económico y espiritual conexos⁷.

En la segunda mitad del siglo XX, dos nuevas perspectivas adquirieron fuerza intelectual en la Historia del Derecho. Una es la institucional, que se difundió en la Argentina en los años 60, y contó con la influencia del eminentísimo profesor español Alfonso García Gallo. Para apartarse de los institutos jurídicos fijados por la Dogmática, el propio historiador debía construir un esquema, a partir de la observación de los problemas y soluciones de índole jurídica de cada época y lugar. Para él, la historia jurídica debía *estudiar la evolución del Derecho en el pasado*, debiendo aislar *lo jurídico de lo que no lo es, para ocuparse sólo de aquello y tratarlo con técnica jurídica*, es decir, como lo hacen el legislador y el jurista; postura a la que no es ajena a la influencia de Kelsen, y un positivismo aplicado al derecho histórico presente en las instituciones. El estudio debe partir de las instituciones por separado, no para estudiarlas en todos sus elementos, sino atendiendo sólo a su aspecto jurídico, y en cuanto *son las que determinan la existencia del Derecho y de sus normas*⁸. Esta orientación es recogida, por ejemplo, por Abelardo Levaggi, al explicar que *no hay que confundir a la historia del Derecho con la historia de las Instituciones*; ésta última estudia *las instituciones sociales en todos sus aspectos (políticos, sociales, económicos, morales)*, y los considera *en conjunto*, en tanto que *la Historia del Derecho estudia a uno solo de ellos, en forma exhaustiva: el jurídico, y lo hace conforme a su técnica peculiar de investigación y su método. Ambas disciplinas se complementan, no se confunden*⁹.

La segunda perspectiva, posterior en el tiempo, y que analizaremos en el siguiente apartado, podría denominarse sociocultural, según Tau Anzoátegui; *es de más compleja definición, porque si bien tiene algunas notas que le son comunes, engloba diferentes respuestas muy difíciles de unificar*¹⁰.

⁷ Tau Anzoátegui, V., 2003: 24-25.

⁸ Cit. por Tau Anzoátegui, V., 2003: 28-29.

⁹ Levaggi, A., 1986: 11.

¹⁰ Tau Anzoátegui, V., 2003: 17.

Nuevos enfoques provenientes de diversos campos del conocimiento

Hasta los años 80, como hemos señalado, la especialidad histórico-jurídica había tenido un itinerario propio, apartado de los seguidos por la Historia, afectada por el marxismo y los “Annales”. Aparecía, en efecto, como un saber afianzado luego de los debates teóricos que hemos reseñado sucintamente, y se mostraba como una ciencia con objetivo y método, con contenido y periodización “consensuados”, y con fuentes de investigación casi exclusivas. Pero el cambio se produjo por las nuevas miradas que convergieron en la disciplina, provenientes de la renovación teórica producida en la Historia, el Derecho, la Política, la Sociología y la Antropología.

En el terreno de la Historia, luego de años de desdén de lo que se denominaba Historia política e institucional, se suscitó hacia los 80 un gran interés por estas disciplinas a partir de la pulverización de su “núcleo duro”, el Estado y el derecho “oficial”. Y tras la acusación a la Historia del Derecho como una ciencia que se ocupaba sólo de aspectos formales con prescindencia de los hechos sociales, se produjo un gran interés por lo jurídico. Tau Anzoátegui realiza la salvedad de que a partir de ello, el estudio de los fenómenos jurídicos se ha realizado muchas veces tras un *redescubrimiento de materiales jurídicos* (testamentos, causas, literatura jurídica) y un manejo de ellos sin percibir la dimensión jurídica que los engloba, así como con desconocimiento de toda una actualizada bibliografía histórico-jurídica que ya ha abordado tales fuentes¹¹. Pero no se puede negar el Enriquecimiento acaecido en la Historia del Derecho por la recepción de las nuevas perspectivas provenientes de la Historia, como por ejemplo, la dedicada a las mentalidades bajo el impulso de Michael Vovelle y sus seguidores. Es destacable en este sentido, en la Argentina, la labor de Víctor Tau Anzoátegui, quien a principios de los 90 dio a conocer su obra **Casuismo y Sistema**, en la que sostenía la mirada legalista y dogmática de la historiografía jurídica sobre el derecho indiano, para penetrar en la realidad rica y compleja que ofrece la sociedad hispano-indiana en pos de conocer la mentalidad de sus juristas, el modo en que se concebía el Derecho, los criterios que presidían la elaboración y la aplicación normativas¹².

Por su parte, en el ámbito de la teoría Política y del Derecho, la influencia del neomarxismo desde los años 60 llevó a una nueva preocupación por comprender cómo el derecho crea sistemas de clasificación y de

¹¹ Tau Anzoátegui, V., 1997: 19.

¹² “Para descubrir el espíritu de determinado Derecho es preciso penetrar en capas profundas de la mentalidad y cultura de la sociedad” (Tau Anzoátegui, V., 1992: 9-10).

jerarquización que condicionan e incluso instituyen relaciones de poder en la sociedad. Se trata de las escuelas de “crítica del derecho”¹³, para las que puede encontrarse una inspiración específica en el pensamiento de la Escuela de Frankfurt y en los posestructuralistas. Con ella se comenzó la tarea de “desmontar” de modo bastante sistemático, a partir de lo que se ha llamado la “filosofía de la sospecha”, los presupuestos ideológicos de la cultura del mundo occidental, tratando de identificar sus raíces más profundas de relaciones de poder (tales como los modos de “producción” del saber, la “geometría” de los afectos, la organización familiar, el sistema escolar). La crítica del derecho se ha propuesto descubrir los procesos por los que éste colabora con la construcción de las relaciones de poder, o la manera de coerción jurídica y estatal, que oculta la violencia de las normas “suaves” de conducta como la familia, los círculos de amistades, el entorno afectivo, y finalmente, con Foucault, los procesos de marginalización. Gran parte de la teoría política actual, en particular la manejada por antropólogos y sociólogos, tiende, en fin, a identificar el poder con todo acto de dominación social, es decir con *todo fenómeno de imposición o inculcación de una determinada conducta*¹⁴.

Pero en el último cuarto del siglo XX se ha hecho sentir en las Ciencias Sociales, el posmodernismo, que, caracterizado por su eclecticismo y heterogeneidad, implica, como es sabido, una reacción contra las tendencias generalizadoras y racionalizadoras de la “modernidad”. Es una corriente que rechaza los “grandes relatos” o ideologías; que opone lo particular a lo general y la eficacia de la perspectiva micro a la de la perspectiva macro; que en el plano del conocimiento y de los valores impone un relativismo radical y comporta una lectura política de todos los “discursos”¹⁵, y en el existencial, se expresa bajo la forma de crítica irónica y valora lo lúdico; que rechaza los valores universales y los relaciona con los contextos culturales o discursivos “locales”, los cuales contienen en sí mismos sus sistemas de significación; que confronta la igualdad como objetivo político, con las pretensiones de garantía de la diferencia; que tiende a relegar el interés general ante los propósitos corporativos o particularistas; que opone el centralismo con diferentes formas de

¹³ Hespanha, A., 2002: 233.

¹⁴ Hespanha, A., 1993: 90. Así, en Foucault el poder se produce en todo momento y lugar, en tanto que, para Bourdieu, las formas culturales son formas de ejercicio del poder, de inculcación de categorías que introducen valores de los sectores que las crean.

¹⁵ De “todos” los discursos, en el sentido de que no excluye ninguno, porque ninguno posee prioridad o jerarquía “a priori”, la cual es dada por el intérprete como descodificador o desconstructor.

regionalismo¹⁶; y que, en el campo del Derecho, impugna el absolutismo legal y considera la dimensión jurídica no estatal de nuestras sociedades, sobre todo de aquellas en las que se ha manifestado con mayor fuerza la necesidad del reconocimiento de particularismos étnicos y regionales, acorde con lo cual, promueve un derecho surgido de las periferias. Premisas que en su mayoría develan la falsedad que anida tras el absolutismo jurídico estatal. Pero mientras se atacan estas falsas premisas, que cristalizaron en lo que suele llamarse historiográficamente “Modernidad Ilustrada” o “Iluminismo”, hay que reconocer que se dejan intactas otras, también propias de la modernidad, como los supuestos del idealismo que conducen al escepticismo y relativismo, y que ocupan, como se puede observar, un lugar privilegiado en esta corriente. Motivo éste por el cual algunos prefieren hablar de modernidad tardía en lugar de posmodernidad¹⁷.

Otra disciplina que ha acusado el impacto de las nuevas teorías políticas y sociales, y que ha contribuido a los cambios producidos en la Historia del Derecho, es la Antropología Jurídica, que constituye, según Terradas i Saborit, un replanteo de la Antropología Social, “centrado en estudiar los fenómenos sociales cuando están más estrechamente relacionados con problemas de justicia, obligaciones, derechos, sentimientos y razones que en cierta manera

¹⁶ Hespanha, A., 2002: 31.

¹⁷ Esta corriente ha recibido fuertes críticas desde el marxismo, desde el cual se ha afirmado, entre otros por Arturo Roig, que la llamada “filosofía de la sospecha” (*Nietzsche, Marx, Freud*) nos enseña que “detrás” de la lectura inmediata de un texto se encuentra escondido otro nivel de sentido, cuya lectura deberá ser mediatisada por la crítica. Y es justamente esta idea del “desenmascaramiento” la que ha dado sentido [por ejemplo] a la filosofía latinoamericana, interesada en mostrar los mecanismos ideológicos del “discurso opresor”. Renunciar a la sospecha, como pretenden los posmodernos, equivale a renunciar a la denuncia y, con ello, caer en la trampa de un “discurso justificador” proveniente de los grandes centros del poder mundial (en Castro Gómez, S., 1995: 79). En esta línea, Gabriel Vargas Lozano, presenta varias objeciones ante interpretaciones como las de J. F. Lyotard y G. Vattimo, quienes no obstante diferencias importantes de enfoques diagnostican del “fin de la modernidad”. Entre tales impugnaciones señala que en las concepciones filosóficas de la posmodernidad queda oculto su verdadero carácter, es decir, el de ser la lógica cultural del capitalismo en su actual etapa; que su crítica al marxismo implica la omisión de que Marx es el primer crítico de la modernidad capitalista; y que con el concepto de “grandes relatos” se pretende impugnar los contenidos gnoseológicos de la teoría social marxista, cuando frente a las transformaciones económicas, políticas y sociales operadas en las últimas décadas la propia teoría marxista contemporánea ha reaccionado puntualmente (Vargas Lozano, G., 2002: 64-66).

denotan y connotan el ámbito o la cultura de lo jurídico, aunque sin quedarse en los fenómenos del Derecho, sino abordándolos como una estrategia histórica para interrelacionar con los otros aspectos de la sociedad que eran los que exclusivamente tomaba en cuenta la Antropología: la economía, el parentesco, la religión¹⁸. Esta disciplina llegó a la idea de “pluralismo” o coexistencia de diversos órdenes jurídicos, legales o consuetudinarios dentro del mismo espacio social, tal el ámbito de las sociedades pluriétnicas. Trabajos como los del antropólogo norteamericano Clifford Geertz han colaborado para una interpretación que apunta a explicar los marcos “locales” sin dejar de lado los más amplios¹⁹. Este campo del conocimiento cuenta hoy con un vasto corpus de investigaciones, cuyos propósitos, hay que señalar, exceden por lo general el ámbito exclusivamente académico. Así, por ejemplo, Darío Barriera y Gabriela Dalla Corte, mencionan en una cuidada publicación sobre Historia y Antropología jurídicas, que mediante ese monográfico se procura contribuir a la construcción de nuevas relaciones en las que no esté excluida la posibilidad de un orden equitativo que supere las restricciones sobre la suerte de las urnas y que celebre los nuevos desafíos que nos depara el derecho para mostrarnos la capacidad de decisión sobre nuestra vida y nuestro entorno²⁰.

Este proceso se ha dado precisamente en un contexto de intersección o cruce de intereses entre disciplinas, señalado entre otros, por Geertz, quien alienta a *una penetración de la sensibilidad jurídica en la antropología o de una etnográfica en el derecho* como estrategia comprensiva²¹, aunque lo central de su pensamiento es la vecindad cada vez mayor que existe entre etnólogos e historiadores²². Lo cierto es que las nuevas miradas provenientes de las otras áreas del conocimiento redundaron en una mayor libertad metodológica para la Historia del Derecho, y en lograr como observatorio un universo normativo y

¹⁸ Dalla Corte Caballero, G., 2001: 15.

¹⁹ Barriera, D. y Dalla Corte, G., 2001a: 284.

²⁰ Barriera, D. y Dalla Corte, G., 2001b: 13.

²¹ Citado en referencia al libro de Geertz, **Conocimiento local, Ensayos sobre interpretación de las culturas** editado por Paidós en 1994, por Barriera, D. y Dalla Corte, G., 2001a: 284.

²² En sus **Reflexiones antropológicas sobre temas filosóficos**, Geertz destaca estas fluidas relaciones, estos préstamos y vínculos, que se dan hasta el punto de producirse una interacción densa entre ambas disciplinas. No extraña que hoy las investigaciones de los campos respectivos se califiquen empleando el adjetivo de la disciplina vecina o incluso rival. Por eso no es raro hablar de Sociología histórica o de Historia antropológica, o bien, muy estrechamente ligado al proceso que nos interesa recorrer en este trabajo, de Antropología jurídica (Pons, A. y Serna, J., 2004).

cultural del derecho más amplio, que exceda los límites del modelo estatal, tal como fue construido por la teoría política liberal. La lista de las diversas vertientes puede aumentarse con los estudios postcoloniales, que desentrañan el orden jurídico en la tensión opresión-liberación, centro-periferia, etc.; los estudios culturales, que encuentran en el derecho un producto particular de cada pueblo o lugar; la idea de la muerte de la ideología historicista con Popper, que acaba por liberar la pluralidad de sentido de lo histórico-jurídico; etc.

Las propuestas de Antonio Hespanha para una “nueva” Historia del Derecho

Profundo conocedor de la teoría política y jurídica desde los filósofos griegos hasta nuestros días, el pensamiento de Hespanha es afín a lo que denomina una Historia Crítica del Derecho. Ésta se nutre de las líneas de pensamiento que convergen en el big bang de la historia política y jurídica, que ha puesto en cuestión su elemento sustancial (el Estado y el derecho “oficial” tal como fue concebido por corrientes iusracionalistas que fueron profundizadas con la Ilustración y cuya institucionalización se produjo en el siglo XIX: es decir el Estado como centro de poder y una tecnología normativa basada en la generalidad y sistematicidad y como instrumento del “estatalismo”²³). El iushistoriador lusitano anuncia una serie de pautas a cumplir para actualizar la mirada del derecho en el pasado. Por empezar, en el aspecto de la formación de los juristas, al contrario de la mayoría de las disciplinas dogmáticas que se imparten en gran parte de los estudios jurídicos, y que tratan de implantar certezas, una Historia Crítica del Derecho debe *problematizar el presupuesto implícito y acrítico de aquellas materias, es decir el presupuesto de que el derecho de nuestros días es el racional, el necesario, el definitivo*²⁴.

²³ No se pueden, sin embargo, simplificar las connotaciones del siglo XVIII. La Ilustración no fue toda estatista o legal positivista. Si atendemos a la escolástica en España, tuvo algunas figuras que se mantuvieron encima de la medianía. Y en la esfera jurídica hubo fuertes pervivencias de una construcción armónica tradicional. Ante todo, la ley natural *no deja de ser invocada en las clasificaciones que se hacen de la ley, las cuales aunque en general tienen por sobreentendida la clasificación tomista de eterna, natural, divina y humana, presenta ciertas variantes*. Esta doctrina tuvo vigencia, a pesar de que pasado el medio siglo la escuela europea del derecho racional ya contaba con 100 años de producción (Puy Muñoz, F., 1962: 37). Y a mediados del siglo comenzó a abrirse camino la tendencia a una renovación, representada sobre todo por los jesuitas de Cervera, que constituirán un puente con la restauración escolástica del siglo XIX (Fraile, G., 1966: 1062).

²⁴ Hespanha, A., 2002: 15.

Por otro lado, debe subrayarse, según Hespanha, que el derecho sólo es posible *en sociedad* y que *las soluciones jurídicas son siempre contingentes en relación a determinado entorno (o ambiente)*, vale decir que su propuesta tiene afinidades con las corrientes historicistas que han influido anteriormente en la especialidad. La elección del derecho en sociedad como objeto de la historia jurídica, en la línea que domina a la historiografía desde la “École des Annales”, pero que ya hemos visto esbozado bajo la influencia del positivismo sociológico, lleva a una historia jurídica ligada íntimamente a los distintos contextos (cultura, tradiciones literarias, estructuras sociales, convicciones religiosas) y, de allí a un relativismo, en cuanto se piensa que los paradigmas culturales y epistemológicos tienen un carácter histórico y aleatorio, y están privados de cualquier soporte ontológico, con lo que descarta la universalidad de los valores de cualquier cultura y en particular de la cultura occidental²⁵. Acorde con ello, nuestro autor se niega a las interpretaciones que “descubren” a lo largo del “discurso” jurídico, categorías que proceden de la naturaleza de las cosas (con lo que se opone al iusnaturalismo clásico) o de la razón jurídica (con lo que se opone al iusnaturalismo racionalista). Sólo encuentra una continuidad terminológica, que a partir de un “análisis del discurso” muestra la divergencia radical en el sentido que en cada contexto se da a las palabras. Explica su posición de la siguiente manera: *de lo que aquí se trata es de un “relativismo metodológico”*, que se basa en *la imposibilidad de fundamentar los valores jurídicos en la “naturaleza” o en la “ciencia”*. Pero por otro lado, no parece estar totalmente de acuerdo con la *obsesiva intención de crítica desmitificadora* ligada al *cambio lingüístico* y llamada “desconstructivismo”, propia del posmodernismo²⁶, en obvia referencia a Jacques Derrida y sus discípulos.

Otra de las estrategias propuestas es la oposición a una mirada teleológica del pasado político-institucional. Considera que la historia jurídica, como la historia en general, no constituye una evolución lineal, necesaria, escatológica, en la que el presente resulta ser el apogeo de un pasado imperfecto. Para esta corriente, el pasado modela el presente, no por la imposición directa de valores y normas –ya que el historicismo no le permite reconocer la existencia de principios inmutables para el hombre– sino *por la disponibilidad de una gran parte de utensilios sociales e intelectuales con que se producen nuevos valores y nuevas normas*²⁷. En vinculación con ello, aunque sin caer expresamente en la provocativa declaración de la inexistencia del

²⁵ Ibidem: 249.

²⁶ Ibidem: 56 y 249.

²⁷ Ibidem: 26.

Estado en sociedades previas al período del Constitucionalismo liberal decimonónico que realiza Bartolomé Clavero, Hespanha se opone a las concepciones genealógicas, propias del liberalismo clásico, que encuentran en la Edad Moderna elementos imperfectos del Estado contemporáneo, tal el caso de las asambleas de estados, que desde finales del siglo XVIII fueron asimiladas por políticos e historiadores a los órganos representativos surgidos con la revolución²⁸.

Otra característica que no podía dejar de tener esta visión de la Historia jurídico institucional es una respuesta a la crisis del paradigma estatal y sus connotaciones, tales la separación rigurosa entre la sociedad política y la sociedad civil; la distinción entre la naturaleza de los poderes (públicos o privados); la institución de una serie de mecanismos de mediación, fundados en el concepto de representación mediante el cual los ciudadanos, al vivir en la sociedad civil, participan en la sociedad política; la identificación del derecho con la ley, concebida como la manera de expresar la voluntad general de los ciudadanos, cuyo demiurgo es el Estado; y la concepción de una justicia oficial como única instancia de resolución de los conflictos. Frente a este paradigma del imaginario *estatalista* en disolución, pues, considera necesario destacar los múltiples mecanismos de organización y disciplina social, como la organización del trabajo, la vida doméstica, las rutinas, los círculos de amistades, etc.

Estos desarrollos se inscriben en las corrientes de reflexión política contemporánea que hemos mencionado, y que se ocupan de esas formas no pertenecientes siempre a los estratos más altos, sino muchas veces al nivel más bajo de las relaciones cotidianas, a los modos informales del poder. (Foucault, Bourdieu, etc.). Se destaca la influencia de Foucault, a tono con los orígenes marxistas de su teoría de la revolución, en lo relativo a la actitud crítica del poder, de las instituciones y de los sistemas de opresión²⁹. Pero también el peso del posmodernismo en el campo del Derecho, por el valor que da al derecho de lo cotidiano, con lo que da sustento a una serie de sistemas jurídicos autónomos: el derecho de las etnias, el de las regiones, el de las localidades y, relacionado con ello, el pluralismo jurídico, con raíces en la Antropología cultural de principios del siglo XX –como bien explica el propio Hespanha en su **Cultura jurídica europea**– en contra de la idea de Estado como representante del derecho general y abstracto, legislado o codificado³⁰. Se rescata así, y esto es lo

²⁸ Hespanha, A., 1989: 21.

²⁹ Urdanoz, T., 1985: 315 y 320.

³⁰ Hespanha, A., 2002: 256-258. Según nuestro autor, en el plano jurídico los resultados entre cómicos y trágicos a que ha llevado el afán de implantación, fuera de Europa, del

que le interesa a nuestro autor, un universo político y jurídico que había quedado eclipsado, *compuesto de cuerpos y órganos no estatales, de jurisdicciones y derechos dependientes de otros órdenes normativos, como la costumbre u otras instancias de administración de justicia también no estatales, que ha influido en el enriquecimiento de las perspectivas del iushistoriador*, y que no es un fenómeno exclusivo del Antiguo Régimen o de las sociedades poscoloniales³¹.

Este reconocimiento de un pluralismo normativo, e incluso una lectura pluralista del poder, no es, sin embargo, nueva. En esa imagen de la sociedad como autoorganizada en un esquema plural de órdenes jurídicos Hespanha reconoce planteos de otras corrientes, como las ideas antirrevolucionarias del siglo XIX, continuadoras de las teorías del Antiguo Régimen, y el pensamiento antipositivista-legalista de autores pertenecientes a la primera mitad del siglo XX, como Carl Schmitt y Otto Brunner. Éstos destacaron el carácter “pluralista” de la distribución del poder y su radicación en “instituciones” autónomas en relación con el Estado. Por su parte, Max Weber puso de relieve la historicidad de la forma política Estado³².

modelo legalista han sido ya evaluados. Y los expertos más responsables son conscientes de que la transferencia de las técnicas del área europea hacia áreas culturales diferentes suscita problemas socioculturales (e incluso técnico jurídicos) muy complejos, debiendo ser precedida de *un atento estudio de las culturas jurídicas de los países destinatarios y de los efectos [...] de la exportación de modelos jurídicos occidentales, tanto en el plano de la normativa (legalismo) como en el de la resolución de los conflictos (justicia oficial)*. Por otra parte, *en las sociedades poscoloniales, el derecho de raíz europea convive con derechos indígenas, tanto si éstos han sido o no formalmente desconocidos*. En muchos países latinoamericanos, existe, por esta razón, un pluralismo jurídico real, que las nuevas construcciones teóricas reconocen (Hespanha, A., 2002: 257-258). Esto, en afinidad con la teoría de la pluralidad de los sistemas culturales generados por la humanidad, que da lugar a concebir la existencia un pluralismo jurídico en cualquier sociedad.

³¹ Hespanha, A., 2002: 258.

³² Hespanha también cita a Maurice Hauriou (1856-1929), en tanto elabora una teoría de la institución que otorga a los cuerpos sociales una vitalidad que trasciende sus manifestaciones actuales. Se trata de una teoría que en algunos de sus aspectos se acerca al espiritualismo neotomista *que vendrá a seducir a algunas corrientes antipositivistas, sobre todo al iusnaturalismo católico y al pensamiento corporativista*. Hespanha considera a este pensador como dentro de un primer movimiento de *crítica antipositivista* legalista (Hespanha, A., 2002: 218-219 y Hespanha, A., 1989: 25). Consideramos que no debe olvidarse que entre las corrientes antilegalistas está la doctrina católica sobre un orden establecido por Dios al crear la naturaleza y el hombre,

Un párrafo aparte merece, en nuestro concepto, la precursora tarea historiográfica de Otto Brunner, y que rescata Hespanha. Se trata de un austriaco con una visión “tradicional” sobre las edades Media y Moderna, que perteneció a un grupo que sentó las bases de una nueva historia social a fines de los años 30. Hespanha destaca sus afirmaciones sobre las continuidades entre los sistemas políticos de aquellos períodos, y la pervivencia en los niveles “inferiores” del sistema político –sobre todo en el mundo campesino– de resistentes estructuras tradicionales de vinculación política, relativamente poco afectadas por la teoría política y la voluntad del monarca. Los desarrollos de este autor poco conocido en el mucho de habla hispana, recién tuvieron impacto en los 70 y en la historiografía italiana, esta vez de izquierda. Ellos constituyen un básico precedente sobre la no pertinencia de la aplicación de categorías y precomprensiones contemporáneas a la historia del poder en el período medieval y moderno³³. Brunner se pregunta por los principios que rigen la alteridad y autonomía de la historia política europea anterior al principio de separación de Estado y sociedad civil, así como por el lenguaje apegado a las fuentes que describa positivamente su funcionamiento. Criticó los estudios del Derecho histórico que mantenían conceptos originados en los dogmas jurídicos, con categorías deformadoras de la realidad jurídico-política medieval y moderna, la cual no deriva, como en el constitucionalismo contemporáneo, de un texto legal, de una norma suprema, presentándose en cambio como constitución material, como una organizada coexistencia de poderes autógenos y autónomos, de titulares de derecho originarios, no delegados. Aludía a varios forzamientos conceptuales³⁴, que respondían a posturas dogmáticas que –

al cual éste debe subordinarse, debiéndole estar sujeto, por lo tanto, también el derecho positivo.

³³ Hespanha, A., 1989: 25 y Hespanha, A., 2002: 35. La publicación en 1991 en España, de su libro **Estructura interna de Occidente**, habría significado “el punto de partida para la recepción de Brunner” en este país (Alonso Troncoso, V., 1993: 1). Es destacable la edición realizada en nuestro país en 1977, de su obra **Nuevos caminos de la historia social y constitucional**, por la editorial bonaerense Alfa, que la incluyó en una edición de escritos alemanes, aunque se trataba de una selección reducida del texto original.

³⁴ Entre tales forzamientos conceptuales, mencionaba la atribución al gobernante medieval del principio absolutista de la soberanía estatal, la contraposición de derecho público y derecho privado a la hora de diferenciar los poderes del rey o del príncipe territorial frente a los detentados por las corporaciones e individuos, la aplicación del concepto restrictivo y legal de constitución –en el sentido decimonónico de carta constitucional limitadora del absolutismo real– como modelo explicativo del equilibrio

podemos decir que aún hoy—se vinculan con una sistemática de juristas, no de historiadores, convirtiendo la Historia Constitucional en una Historia del Derecho Constitucional³⁵. Era inevitable en esta reflexión citar al alemán Carl Schmitt, por su crítica de los conceptos del Derecho político moderno, de su validez histórico-relativa y su peculiaridad específica. Lo que se debe buscar en es la comprensión de la concepción del derecho y de la justicia que fundamenta el orden jurídico-político vigente en un determinado período, porque es esa idea la que determina el ejercicio del poder y legitima el empleo de la fuerza en defensa de la justicia.

Lineamientos señalados por Hespanha para una Historia de las instituciones del gobierno y la administración

Desde la postura que sostiene la existencia de un orden anterior a las leyes derivado de la ley divina al que debe supeditarse el ordenamiento legal, no concordamos obviamente con las posiciones relativistas de tanta vigencia en la posmodernidad. Y, a partir de la teoría del conocimiento proveniente del realismo clásico³⁶, disentimos con el escepticismo epistemológico³⁷, que en

de poderes entre el príncipe y los estamentos, la consiguiente negación a las instancias y comunidades locales (comunidad de marca, señorío, ciudad, linaje, casa) de su condición autógena y constitucional, la consideración de estas instancias como actoras de la sociedad civil y a lo sumo como entes de administración delegada por el soberano o como meras usurpadoras de la soberanía estatal, la presunción de anomia jurídica en la amplia fenomenología de la autoprotección, la insistencia de ubicar funcional e institucionalmente la estamentalidad en el esquema bipolar de Estado y sociedad, la remisión al derecho civil y a la doctrina iusprivatista al analizar el conjunto de atribuciones del linaje o del jefe de la casa, y así sucesivamente (Alonso Troncoso, V., 1993: 7).

³⁵ En su estudio sobre la institución medieval de la *Fehde*, Brunner advierte que desde una posición racional normativa se tuvo a este derecho a la represalia —es decir, a la declaración de enemistad y la venganza privada contra los particulares— como un residuo de barbarie germánica que vencer por las fuerzas centrípetas del Estado soberano. Indaga la razón profunda de su arraigo, descubriendo su plena congruencia con la estructura del poder y la concepción cristiana del derecho desde las postrimerías del imperio romano y el nacimiento de los reinos germánicos hasta la plena Edad Moderna. Dicha institución encarna *un principio constitutivo fundamental* en la historia política y jurídica de Occidente. Lejos de ser una mera práctica primitiva, su aplicación estaba sujeta a límites dados por el respeto a determinadas condiciones y a los ámbitos cualificados de paz (Alonso Troncoso, V., 1993: 16 y ss.).

³⁶ Etienne Gilson (1884-1978) ha sido de filósofos que se ubica dentro del realismo que llama “crítico” y, en oposición a la teoría de Descartes, sostiene que todo conocer parte

nuestro autor queda de manifiesto cuando afirma que lo que el historiador cree descubrir en sus investigaciones es en realidad sólo la *interpretación* que él hace del fenómeno jurídico en el pasado, *influido por sus creencias y preconceptos*. Hespanha sostiene, en consecuencia con ello, el exclusivo carácter creador de la actividad intelectual del historiador, y por lo tanto, la imposibilidad de adecuar la labor a la realidad externa. La historia vendría a ser un género literario, como Hayden White lo había sostenido en los años de 1970, y el rigor histórico residiría sólo en la coherencia interna del discurso³⁸.

Frente a esta posición, nos permitimos una digresión. “La historia es el conocimiento del pasado humano”, noción que es posible encontrar como punto de partida de la reflexión epistemológica sobre la Historia en autores de diversas vertientes, como Raymond Aron³⁹ y Henri Marrou⁴⁰. La Historia constituye, por cierto, un tipo de conocimiento especial, ya que tiene un carácter “mediato”, porque el historiador accede y ahonda en el conocimiento de su objeto de manera indirecta, a través del documento histórico, es decir, a través de todo aquello que puede revelarnos el pasado humano. En este aspecto, hay que atribuir a la “Nouvelle histoire” el que haya contribuido a ampliar el campo del documento histórico (a una fotografía, un utensilio, un film, etc.). Pero el documento es el nexo objetivo entre el pasado humano, objeto del historiador, y el presente, desde el cual éste interroga a su objeto que es el pasado humano, con una metodología rigurosa. El historiador constituye su objeto, por cuanto encuentra los inteligibles históricos en potencia, en una realidad que es objetivamente independiente de él; no inventa o crea los hechos que estudia sino que los constituye actualmente a partir del documento, a través de la “operación historiográfica u histórica”, que es distinta de una pura construcción. A través de un manejo riguroso de las fuentes, es decir del documento histórico, es posible, por lo tanto, alcanzar un cierto grado de certeza en el conocimiento

de las cosas mismas, se dirige directamente a los objetos exteriores, presentándose el mundo exterior u objetivo como realidad independiente al que la inteligencia puede acceder (Urdanoz, T., 1985: 458).

³⁷ Este rechazo hacia el escepticismo posmoderno lo tenemos hoy, por ejemplo, en el afamado microhistoriador Carlo Ginzburg, quien al hablar de microhistoria, corriente historiográfica que sin dudas es fruto de la posmodernidad, pone un reparo básico a toda forma de relativismo epistemológico; Ginzburg manifiesta una gran preocupación por la prueba, esto es, por el documento que remite al pasado bajo determinadas condiciones (Ginzburg, C., 2004: 174).

³⁸ Hespanha, A., 2002: 22.

³⁹ Pons, A. y Serna, J., 2004: 269.

⁴⁰ Ahumada Durán, R., 2000: 17.

del pasado, por más que se reconozcan los límites de la objetividad histórica, que nadie puede negar. En relación con esto último, Maritain decía que el valor de la labor histórica estará en relación con la riqueza humana del historiador. Por otra parte, la historia es un conocimiento con una inestabilidad que proviene, además de las cualidades del historiador, de los nuevos enfoques y perspectivas que derivan de su presente, así como de la aparición de nuevos documentos desconocidos⁴¹.

Hecha esta salvedad, queremos destacar los aportes de Hespanha para una historia en materia de gobierno y administración, tanto desde el punto de vista teórico como metodológico⁴². Esta temática, que constituye su “fuerte”, es abordada por él a propósito de la reconstitución del sistema de poder de la sociedad del antiguo régimen, y advierte que está casi silenciada por la tratadística especializada (que se había centrado preferentemente en la justicia).

Concretamente, lo que se propuso a través de sus estudios sobre Portugal en el siglo XVII, es plantear de nuevo, y desde las nuevas perspectivas, la cuestión del advenimiento del sistema de poder *al que se le suele llamar “Estado moderno”*⁴³, o lo que ha significado, en la historiografía desde el siglo XIX, la cuestión de la “centralización del poder” en la Edad Moderna, estimulada por la doctrina y las políticas de las monarquías. Se trataba de un mecanismo, el del *discurso de la centralización*, destinado a la imposición del

⁴¹ En este sentido podemos decir, con Benedetto Crocce, que toda historia es historia contemporánea. Los elementos mencionados sintetizan el paso de *lo fáctico* a *lo interpretativo*, pero determinan una inestabilidad que hay que situar dentro de *ciertos límites objetivos* (Cf. Ahumada Durán, R., 2000: 125). Esta tarea de reflexión sobre aquello que nos entrega el pasado se vincula con lo que Gadamer llama *interpretación* para descubrir el “verdadero” significado oculto de los vestigios de épocas pretéritas, esto es, la *hermenéutica*, en la que inciden tanto las posibilidades como los límites de la realidad personal del intérprete (Gadamer, H., 1993: 44). Sobre *lo histórico* y el *conocer histórico* puede verse Millán Puelles, A., 1955.

⁴² Entre tales desarrollos, en los que no nos extenderemos, se cuentan el de las tensiones entre el derecho *informal* y el derecho *oficial*; la decisiva función que desempeñó lo que llama la *violencia dulce* propia de la racionalidad del sistema jurídico letrado establecido en la Edad Moderna, tras la cual se ocultaban *formas subliminares de sugerir jerarquías y modelos institucionales*, así como la idea de que *el saber* [de los juristas] *construye poder*; el análisis de modelos normativos *que antes eran ajenos a las tecnologías disciplinarias del derecho*, como la ética y la teología moral, y actos tan gratuitos y libres como el amor, la amistad, que llegaban a crear lazos *a veces de naturaleza casi jurídica*; etc. (Hespanha, A., 1993: 12).

⁴³ Hespanha, A., 1989: 9.

poder del rey y de sus funcionarios a todo el reino. Esto implicaba lograr un territorio unificado e integrado desde el punto de vista administrativo mediante dispositivos tales como la organización de una red de oficiales periféricos de la administración real, unidos al centro por relaciones jerárquicas y con poder de control sobre la administración local, así como la implementación de medios de comunicación tendidos entre el centro y la periferia, como la escritura. En ese contexto, el iushistoriador lusitano trata de descubrir cuáles eran en realidad los equilibrios del poder político, siempre en la acepción clásica del término, ya que la *pampolitización* producida respecto de las relaciones sociales a partir de teorías como la de Foucault, tiene, en su concepto, consecuencias trágicas a la hora de restringir el campo de investigación.

Realiza esa indagación a través no sólo de las fuentes doctrinales o legales, sino de otras que le permiten conocer cuáles eran las prácticas institucionales, con lo que trata de ver en los “intersticios” de las instituciones de gobierno cómo funcionaban éstas en realidad. Acude a fuentes que pueden ofrecer marcos generales sobre la situación social, política y administrativa del país y que permiten un tratamiento estadístico que brinda un panorama global aproximativo sobre el número, distribución en el territorio y medios materiales con que contaban los agentes del gobierno, de modo de comprobar si la doctrina sobre la centralización se cumplía de acuerdo con los presupuestos teóricos de la historiografía “clásica”. Mediante una lectura *densa* de las fuentes –según la metodología aplicada por el florentino Paolo Grossi y su discípulo Pietro Costa, que evita abordarlas a través de categorías del presente, y busca comprender la lógica propia del texto, para así intentar identificar las disposiciones espirituales allí incrustadas, el origen de los sentidos auténticos de las prácticas⁴⁴–, llega a resultados novedosos: que los oficiales reales de la periferia disfrutaban de un estatuto que los protegía, tanto en la práctica como en la teoría, de las imposiciones venidas desde “arriba”; y que, por otra parte, los concejos (cabildos) gozaban de una independencia práctica en relación con la supervisión de los oficiales de la administración periférica que pone en tela de juicio la supuesta “centralización”.

Para lograr su objetivo, enfrenta el análisis de las condiciones materiales de producción de los efectos político-administrativos. Advierte que el ejercicio cotidiano del poder político –al que se llama administración– es una práctica que depende de *cosas*, como el espacio, los equipamientos (medios de movilidad y de defensa) y procesos administrativos, como las estructuras humanas de administración (personal, medios financieros), el saber

⁴⁴ Ibidem, 2002: 42-43.

administrativo. A partir de esta afirmación comprueba, mediante métodos cuantitativos, la pobreza numérica de los oficiales de la administración periférica y de los medios con que contaban. También tiene en cuenta la capacidad de control de los oficiales, que considera limitada por diversos factores: desde el punto de vista del espacio geográfico, por la accesibilidad, concretamente por las distancias; desde el punto de vista demográfico, dicha capacidad de control varía en razón inversa a la densidad de población. El grado de eficacia de su intervención sobre las comunidades locales puede sospecharse si se considera que en la mayor parte del territorio del norte de Portugal el corregidor debía visitar más de 50 comarcas al año. Teniendo en cuenta el ritmo que imponía el sistema de transportes de la época, esto significaba que únicamente disponía de cuatro o cinco días por zona para realizar todas las tareas que la ley confería⁴⁵. Este nivel de análisis le permite descubrir impensadas continuidades, ya que tales factores oponían fuertes resistencias a las reformas administrativas, produciendo a la larga una dinámica propia.

La conclusión es que, si se quiere centralizar, pero no se cuenta con los medios, los órganos autónomos continúan con su poder. Bien mirado, sostiene Hespanha, es una deformación idealista suponer que la administración, incluso la de hoy en día, constituye un sistema unificado y coherente. Esto lo lleva a revisar las relaciones entre lo político y lo administrativo: comprueba que la falta de control sobre los oficiales o funcionarios, generalmente debido a las distancias, la estabilidad en los cargos, y las múltiples funciones que ejercían, solían hacer de ellos instancias autónomas de poder. Así pues, en desacuerdo con lo sostenido por el liberalismo clásico acerca del papel secundario de la administración, termina afirmando que ésta no constituye algo neutro y subordinado al poder político, sino una instancia autónoma dentro del poder en todas las épocas⁴⁶.

⁴⁵ Ibidem, 1993: 137.

⁴⁶ El liberalismo clásico, en efecto, ha dividido la función de gobierno en actividad política y administración; por ejemplo en Constant y en los liberales doctrinarios es clara esta tesis. Entre nosotros, Alberdi desarrolló esta doctrina propia del liberalismo decimonónico aplicándola a los cabildos indianos. Sostenía, en efecto, que éstos tenían sólo funciones administrativas, sin percibirse de la dimensión política de la actividad realizada por estos órganos en defensa de los intereses de las ciudades y de las burguesías locales, fenómeno que se advierte muy claramente en los prolegómenos de la revolución. En sus *Elementos de Derecho Públco Provincial* manifiesta que las funciones administrativas eran las que debían pasar a la municipalidad, en tanto que esta institución debía estar apartada de la actividad política (Cf. Sanjurjo de Driollet, I., 2004: 92-94).

Entre las variables de análisis que utiliza, nos interesa detenernos en el manejo que hace del espacio geográfico, poco trajinado por los estudios histórico-jurídicos por más que la teoría política clásica señale al territorio como uno de los elementos del Estado. Con contactos con la Geografía humana (Paul Claval⁴⁷), y con teóricos sobre la distribución del poder sobre el espacio, como Foucault, Hespanha sostiene que el espacio geográfico es un instrumento de poder, un *aparato político* que tanto sirve para organizar y estabilizar el poder de determinados grupos sociales como para desvalijar políticamente a otros. *Esta lección es importante a la hora de calibrar la repercusión de una modificación de las dimensiones de las circunscripciones político-administrativas sobre la distribución del poder político así como la funcionalidad de dicho cambio en el marco de las luchas por el poder*⁴⁸.

Hespanha advierte sobre la correlación entre la organización política del espacio geográfico con la práctica política, es decir que tal organización se corresponde con el modo por el cual se produce en la sociedad el efecto de poder. Complementa esta afirmación con la aplicación al modo de organizar el espacio, de las categorías que distingue Weber en lo relativo a las estructuras de dominación según el modo de formularse la idea de la legitimidad del poder y el deber de la obediencia en el espíritu de los dominados. Así, al sistema legal racional de dominación adscribe una organización del territorio compatible con los principios del espacio territorial moderno: unidad, polarización y homogeneidad. Se trata de una situación en la que *no se reconoce más que un único centro de poder, que a su vez funda el poder de todos los centros políticos periféricos, los cuales se encuentran sometidos a un orden jerárquico estricto y se ven funcionalmente limitados a desarrollar y aplicar órdenes desde el centro*, mediante una estructura burocrática también jerárquica. Respecto del espacio interior, un espacio político racional homogeniza la división político administrativa, buscando que las superficies de las unidades territoriales internas guarden un equilibrio, y sean equidistantes del centro (la división administrativa de la Francia revolucionaria constituye un clásico ejemplo de estructuración político espacial de este tipo)⁴⁹.

La organización del espacio en los sistemas de poder basados en una estructura de legitimación de tipo tradicional es completamente distinta; es la propia del Antiguo Régimen. Entonces se constataba la coincidencia entre circunscripciones territoriales tradicionales y comunidades de vida y de cultura.

⁴⁷ Claval, P., 1978.

⁴⁸ Hespanha, A., 1993: 89.

⁴⁹ Ibidem: 96.

La división político-administrativa del espacio se caracterizaba por dos connotaciones: su *miniaturización* e *indisponibilidad*. La primera se daba en virtud de que el espacio era el de las pequeñas comunidades, dotadas de una vida económica y social común; pero también porque existía la patrimonialización de los cargos administrativos, y los dominios jurisdiccionales de los poderes inferiores mantenían su autonomía, pudiéndose expresar territorialmente de un modo también autónomo. La segunda, es decir, la rigidez e indisponibilidad, era la resultante de la conexión entre el poder y la tradición: existe un contacto duradero entre gobernantes y gobernados y la relación entre el poder y el espacio se consolida con el transcurso del tiempo, oponiendo una sensible resistencia a cualquier intento de reforma político-administrativa del espacio. De aquí deriva la idea de que territorio y jurisdicción son realidades que se adhieren mutuamente, constituyendo la jurisdicción un atributo del territorio; hay una marcada impronta política del territorio que es efecto de la lenta calcificación de las relaciones entre el poder, la comunidad y el territorio⁵⁰.

La riqueza que adquiere el análisis de las estructuras administrativas y de su distribución en el espacio mediante el uso de estos marcos teóricos, con lo que busca obtener una comprensión cabal de los equilibrios de poder, se complementa con una gran rigurosidad con que aplica técnicas de investigación, tales como la reconstrucción cartográfica sobre la densidad de población por comarcas y la distribución de los distintos oficios, así como la elaboración de cuadros sobre los emolumentos con que contaban, la relación de oficiales con la densidad poblacional de las comarcas o el agrupamiento de oficiales de la administración periférica por grandes actividades del poder; todo lo cual tiende, ciertamente desdiciendo su escepticismo epistemológico, a alcanzar un alto grado de precisión sobre los sucesos del pasado.

Los resultados de la aplicación de tales planteos y metodologías a sus estudios le bastan para arrumbar cualquiera de los mitos de centralización del poder estatal, es decir la visión *estatalista* aplicada a la Edad Moderna. No obstante el proceso de centralización político-institucional que se produjo en los siglos XVIII y XIX, la *monopolización del poder por el Estado nunca se consumó*. Y extiende su conclusión aún más allá en el tiempo: considera que ello no ocurrió ni siquiera en el tercer cuarto de nuestro siglo, época del *Estado-Providencia. Junto al poder del Estado –a su sombra, bajo la amenaza de su intervención– permanecerán siempre extensas zonas reguladas por*

⁵⁰ Ibidem: 101-102.

*poderes informales, con los que pactaba el derecho oficial*⁵¹. Vale decir que el reconocimiento de distintos niveles normativos se da también para la actualidad, y este viene a ser un punto de convergencia al que han llegado durante los años 90, antropólogos, juristas e historiadores, los que, según Hespanha, eligieron indagar también las prácticas, con lo que se obtuvo imágenes más complejas acerca del universo jurídico y político que las que muestra una idea de mundo regido por una ley estatal uniformadora.

La aplicación a otros contextos. El caso de la provincia de Mendoza en el siglo XIX

Los desarrollos que emprende en su obra tienen el valor de ser aplicables al estudio de otros períodos y otros contextos geográficos y culturales, tal como pudimos hacerlo para el estudio de la organización político-administrativa dada a Mendoza, una ciudad periférica del imperio español en América, que en 1820 dio lugar a la actual provincia argentina del mismo nombre, y en 1854 se dio su carta fundamental acorde con lo estipulado por la Constitución Nacional de 1853. Dejando de lado una visión unilateral sobre el ejercicio del poder que haga de él un fenómeno necesariamente negativo o sospechoso, ajustamos la mira sobre la organización de las estructuras del gobierno rural desde la perspectiva dicotómica centro/periferia, en el tránsito del régimen colonial al orden liberal.

Provistos de varias de las herramientas conceptuales y metodológicas que despliega nuestro autor, y teniendo en cuenta que los modelos no se encuentran puros en la realidad, pudimos, a través de una exhaustiva compulsa de fuentes, comprobar que en la esfera del gobierno rural en Mendoza, el paso del antiguo régimen al orden liberal se trató de un proceso complejo, en el que se combinó lo anterior con lo nuevo, y en el que no faltaron las discordancias entre la doctrina y el derecho positivo por un lado, entre éstos y las prácticas, y aún entre el derecho positivo y la doctrina liberal en boga. Lo cierto es que existieron, no obstante las formas novedosas que irrumpieron en el ámbito de la campaña luego de la Revolución, vigorosas resistencias que evitaron una total ruptura en los mecanismos de poder. Esto ocurrió particularmente en torno a la figura de los “subdelegados”, funcionarios territoriales dependientes del gobernador. Estos agentes se caracterizaron por sus raíces en los antiguos jueces rurales indios por la “acumulación” del ejercicio de funciones ejecutivas y judiciales, algo que por cierto contrariaba la “doctrina de división de poderes” que campeaba en el horizonte de las ideas políticas. Llama la atención la

⁵¹ Ibidem, 1990: 40.

continuidad de esta figura, prácticamente a lo largo de todo el siglo, manteniendo en lo esencial sus connotaciones más allá de los distintos roles que prioritariamente se le acordó.

Por otra parte, constatamos que, pese al empeño del Estado en afianzar su potestad sobre el territorio, quedaron espacios en los que existieron otras formas de ejercicio de poder. La reconstrucción cartográfica ha permitido observar que la división político administrativa del territorio provincial se produjo con mayor intensidad en la zona núcleo del oasis norte mendocino, es decir donde existía una mayor densidad demográfica, lo cual significaba multiplicar las estructuras burocráticas, al tiempo que se aumentaban las funciones de los agentes territoriales. Pero al atender a los medios materiales con que contaron para su tarea de control sobre las localidades, encontramos que su poder no llegaba mucho más allá de la villa cabecera de la circunscripción que tenían a cargo. Existían amplios espacios a los que el poder del Estado no llegaba, produciéndose en la esfera de las prácticas una suerte de “pluralismo normativo”, como otra muestra de las barreras que encontró la aplicación de las nuevas doctrinas políticas.

Conclusión

Si la Historia del Derecho tuvo como centro de discusión su ubicación entre la Historia y el Derecho, hoy sigue vigente el debate, que se apoya en dos tendencias metodológicas. Una de ellas tiene que ver con *la apertura de la disciplina hacia fuentes del más diverso origen, mucho más allá de las limitaciones que la “cultura del código” había impuesto*; la otra, que podría denominarse una cierta contracorriente: *el intento de algunos juristas e historiadores de reivindicar un pasado jurídico común en virtud de un futuro común, una suerte de ‘Neopandectismo’, una visión a-histórica del derecho histórico, según los críticos*⁵². Como bien apunta Thomas Duve, se refleja aquí lo que Tau Anzoátegui llama los “extremos” de la visión de los historiadores y juristas sobre la Historia del Derecho: *hay quienes desde el campo de la Historia pretenden despojarla de todo normativismo y formalismo, y desde el ámbito del Derecho aspiran a convertirla en un mero auxiliar de la actual Dogmática jurídica*⁵³.

Pero si Hespanha es afín a la primera corriente, no deja de ser el centro de su atención lo normativo, sobre todo en sus desarrollos sobre las instituciones de gobierno y de la administración. Éstos son valiosos en cuanto

⁵² Duve, T., 2004, 527-528.

⁵³ Tau Anzoátegui, V., 2003: 13.

conducen al historiador del Derecho por caminos que llevan a una historia jurídico-institucional que corre el velo impuesto por las concepciones racionalistas y liberales triunfantes desde fines del siglo XVIII, de la cual es deudora mucha iushistoriografía aún hoy en día. Así, al alejarse de un estudio atenido exclusivamente a la letra de la ley y a la doctrina de la época, estimula una exploración en la esfera de las prácticas institucionales, a fin de descubrir cómo funcionaban en realidad las instituciones político-administrativas. Si bien el estudio de las prácticas ya había sido considerado necesario para conocer la vigencia o no del derecho positivo⁵⁴ y aún de la doctrina, la mirada que propone nuestro autor es mucho más profunda, ya que intenta comprender la lógica interna de las instituciones, y observar no sólo las rupturas, sino también las continuidades, que muchas veces se dan pertinazmente, sobre todo en las periferias, no obstante las doctrinas en boga. A la vez, permite desentrañar los equilibrios de poder que anidan en el juego de las instituciones políticas, y lleva a indagar qué otros espacios normativos o de poder existían fuera de los ámbitos “oficiales”, y aún dentro de las mismas esferas de la administración. De ese modo puede alcanzarse a vislumbrar, tal como se lo propuso Brunner en sus estudios sobre las edades Media y Moderna, la verdadera concepción en que apoya el orden jurídico-político vigente en una determinada sociedad; concepción que en definitiva es la que legitima el ejercicio del poder.

Bibliografía

- AHUMADA DURÁN, Rodrigo (2000), *Problemas y desafíos historiográficos a la epistemología de la historia*, 2º parte, en **Revista Communio**, Nº 3, Santiago, Chile, pp. 83-125, versión digital.
- ALONSO TRONCOSO, Víctor (1993), *Otto Brunner, en español, y los estudios clásicos*, en **Gerión**, Nº 11, Madrid, Editorial Complutense, 26 pág., versión digital.
- BARRIERA, Darío y DALLA CORTE, Gabriela (2001a), *El derecho y la justicia entre la historia y la antropología. Breviario de materiales y recursos seleccionados como introducción al tema*, en **Prohistoria**, Nº 5, Rosario, Argentina, pp. 273-293.
- (2001b), *La ventana indiscreta. La Historia y la Antropología Jurídicas a través de la emoción de los textos*, en **Prohistoria**, Nº 5, Rosario, Argentina, 11-15.
- CASTRO GÓMEZ, Santiago (1995), *Los desafíos de la posmodernidad a la filosofía latinoamericana*, en **Dissens**, Tübingen (Alemania), Nº 1, pp. 71-87, versión digital.
- CLAVAL, Paul (1978), **Espacio y poder**, México, Fondo de Cultura Económica.

⁵⁴ Por ejemplo, Abelardo Levaggi manifiesta que el estudiioso de la Historia del Derecho debe recurrir a fuentes no jurídicas que den cuenta de la *vigencia* del derecho (Levaggi, A., 1986: 10-11).

- DALLA CORTE CABALLERO, Gabriela (2001), *Realismo, Antropología Jurídica y derechos. Entrevista a Ignasi Terradas i Saborit*, en **Prohistoria**, N° 5, Rosario, Argentina, pp. 15-28.
- DÍAZ COUSELO, José María (1988), *Carlos Octavio Bunge y la Historia del Derecho*, en **Revista de Historia del Derecho**, N° 16, Buenos Aires, pp. 249-285.
- DUVE, Thomas (2004), *¿Dónde está el ius commune?*, en **Revista de Historia del Derecho**, N° 32, Buenos Aires, pp. 527-528.
- FRAILE, Guillermo (1966), **Historia de la Filosofía**, III: Del Humanismo a la Ilustración (siglos XVI-XVIII), Madrid, BAC.
- GADAMER, Hans-Georg (1993), **El problema de la conciencia histórica**, Traducción e Introducción de Agustín Domingo Moratalla, Madrid, Tecnos.
- GINZBURG, Carlo (2004), **Tentativas**, Rosario, Argentina, Prohistoria.
- HESPANHA, Antonio M. (1989), **Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)**, Madrid, Taurus.
- (1990), *La revolución y los mecanismos de poder (1820-1851), Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- (1993), *La gracia del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002), *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos.
- LEVAGGI, Abelardo (1986), **Manual de Historia del Derecho Argentino**, t. I: Parte General, Buenos Aires, Depalma.
- LEVENE, Ricardo (1945), **La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García**, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino.
- MARTIRÉ, Eduardo (1970), *La historia del Derecho, disciplina histórica*, **Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”**, N° 20, Buenos Aires, pp. 88-103.
- MILLÁN PUELLES, Antonio (1955), **Ontología de la existencia histórica**, Madrid, Rialp.
- PONS, Anacleto y SERNA, Justo (2004), *Nota sobre la microhistoria ¿No habrá llegado el momento de parar?*, en **Pasado y memoria**, N° 3, Alicante, 2004, 255-263 (versión digital).
- PUY MUÑOZ (1962), **Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)**, Granada, Universidad de Granada.
- SANJURJO DE DRIOLLET, Inés (2004), **La organización político administrativa de la campaña mendocina en el tránsito del antiguo régimen al orden liberal**, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1977), **Nuevos Horizontes en el Estudio Histórico del Derecho Indiano**, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- (1992), *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- (1993), *El tejido histórico del Derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García Gallo*, en **Revista de Historia del Derecho**, N° 21, Buenos Aires, pp. 9-72.

- (1996a), *Viejos temas bajo nuevas luces*, **Revista de Historia del Derecho**, N° 24, Buenos Aires, pp. 241-249.
- (1996b), *El Derecho en la visión de Juan Agustín García*, **Revista de Historia del Derecho**, N° 24, Buenos Aires, pp. 293-404.
- (2003), **El historiador ante el Derecho**, Buenos Aires, La Ley.
- TOUCHARD, Jean (1996), **Historia de las ideas políticas**, Madrid, Tecnos.
- URDANZOZ, Teófilo (1985), **Historia de la Filosofía**, VIII: Siglo XX, Madrid, BAC.
- VARGAS LOZANO, Gabriel (2002), *El fin de la historia*, en **Estudios**, Filosofía Práctica e Historia de las Ideas, N° 3, Mendoza, INCIHUSA.

*
* * *