

¿La cuestión es saber quién manda?

Historia política, historia del derecho y “punto de vista”

Por Carlos Garriga*

(Universidad del País Vasco)

Resumen

El trabajo aborda las relaciones entre la historiografía política y la historiografía jurídica que comparten un punto de vista *cultural*, conjugando las dicotomías *posterior/externo* y *externo/interno* respectivamente para definir la posición epistemológica del historiador y ensayar una caracterización del derecho como dimensión de la cultura, que lleva a estilizar su historia en la secuencia orden jurídico tradicional – orden jurídico legal, según cómo se relacionen *lo jurídico* y *lo político*, entiéndase, en atención al poder declarativo o constitutivo de la ley. Sobre esta base, se caracteriza globalmente el orden jurídico tradicional, esbozando los dispositivos que garantizaban la sumisión del poder político al derecho, y se plantean los problemas que en el ámbito hispano obstaculizaron su cancelación y el cambio hacia un orden jurídico legal a lo largo del siglo XIX.

Palabras clave: Historia política – Historia del derecho – Historia cultural – Orden jurídico – Tradición jurídica

Summary

This paper approaches the common ground political and juridical historiography share from a *cultural* point of view, bringing together the dichotomies *later/external* and *external/internal* respectively to define the epistemological position of the historian and to test a characterization of the law as a cultural dimension, that leads to stylizing its history in the traditional juridical order's sequence - juridical legal order, according to how *the juridical* and *the political* are related, it is understood, regarding the declarative or constitutive power of the law. From this point on, the juridical traditional order is globally characterized; outlining the devices that guaranteed the submission of the political power to the law, and it points the problems that prevented the cancellation and change towards a juridical legal order along the nineteenth century in the Hispanic area.

Key words: Political history – Law history – Cultural history – Juridical order – Juridical tradition

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (1989), se incorporó a la Autónoma de Madrid en 1993 como profesor titular de Historia del Derecho y desde el año 2004 es catedrático de esta disciplina en la Universidad del País Vasco. Pertenece desde su fundación al grupo de investigación HICOES, *Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América*. Sus publicaciones versan principalmente sobre historia de la justicia e historia del constitucionalismo hispanos. Ha coordinado recientemente el volumen *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, D. F., Instituto Mora *et al.*, 2010. Entre sus últimos trabajos, cabe destacar “*Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico*”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81 (2011), pp. 99-162.

DOSSIER
Historia Política e Historia del Derecho

Para A. V.

The question is, said Alice, whether you can make words mean so many different things.

The question is, said Humpty Dumpty, which is to be master..., that's all.

(Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass*, 1871).

Teniendo en cuenta que la he utilizado no menos de tres veces en letra impresa, seguramente no es muy sensato empezar estas páginas recurriendo de nuevo a aquella frase de Geertz que nos advierte de que no hay “puntos de vista desde ninguna parte”¹, pero lo cierto es que expresa muy bien la sensación que de entrada me causa la idea de escribir algo sobre las relaciones entre la historia política y la historia del derecho. Cuando esto se le pide a un estudioso de la segunda casi va implícita la sugerencia de que “aleccione” a los cultivadores de la primera en los saberes más o menos arcanos que profesa. Como me temo que esto sea lo que termine por ensayar, pero excuso decir que no tengo disposición ni la menor intención sermoneadora, bien está que empiece por dejar clara mi conciencia *situacionista...*, la conciencia de estar situado en *una parte*—una entre otras— del vasto espacio que comparten *lo jurídico* y *lo político*.²

1. ¿Qué parte? Si empezamos por lo más obvio (pero en absoluto banal), cualquier historiador (sin adjetivos) ocupa por definición un punto de vista *posterior* respecto a lo acontecido, que en atención a lo que aquí importa puede pertenecer al campo de *lo político* o/y de *lo jurídico*. No entraré a ponderar en qué medida lo uno y lo otro sean o dejen de ser dominios distintos de la *realidad histórica* e incluso da igual en este momento lo que entendamos por ésta, porque lo que aquí y ahora importa es su *representación historiadora*.³ Cuando hablamos de las relaciones entre historia política e historia del derecho, hablamos de las relaciones entre sus respectivas historiografías y comoquiera que distan mucho de ser uniformes, la pregunta introductoria relevante es ¿qué historiografía política y qué historiografía del derecho? Y la respuesta no me ofrece dudas: las que asumiendo la alteridad de su objeto de estudio, se sitúan (entiéndase, son conscientes de que están situadas) en un punto de vista *externo* respecto a lo acontecido (evocado también con la idea de *distancia*: Hollander *et al.*⁴) y se plantean el conocimiento histórico como problema. Pensar así el trabajo historiográfico implica dar entrada a la noción de *estructura*, bajo una forma u otra, todas las que consideran las constelaciones cognitivas y axiológicas que llamamos genéricamente “visiones del mundo” como modelos estructurados de acción. El *episteme* de Foucault, el *paradigma* de Kuhn, el *habitus* de Bourdieu, son categorías analíticas más o menos asimilables, pero la noción que a los efectos historiográficos del caso mejor corporeiza la idea es, o sigue siendo, en mi opinión, la noción de *cultura*, en el abierto sentido antropológico que, como *forma de vida* o *sentido común* (localizado), viene a identificarla con la conducta socialmente aprendida⁵. Con mayor o menor complejidad y uno u otro acento e implicaciones, se trata en todos los casos de admitir un *principio* que impone un orden a la acción, con el resultado de *descentrar* al sujeto.⁶ Sin ignorar los eventuales riesgos de escepticismo gnoseológico que esto comporta⁷, tampoco es cuestión de

¹ Geertz, C. (2000) *Reflexiones antropológicas sobre temas filosóficos*, Barcelona: Paidós, p. 107

² Hespanha, A. M. (1996) “Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna”, *Ivs fvgit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 3-4 (1996): 63-100.

³ Ricoeur, P. (2000) *La memoria, la historia, el olvido*, Madrid: Trotta, 2003. pp. 311-376

⁴ Hollander, J., H. Paul and R. Peters (2011) “Historical Distance: Reflections on a Metaphor”, *History and Theory, Theme Issue* 50.

Meccarelli, M. (2009) “Paradigmi dell’eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica”, *Quaderni storici*, 131 (*Sistemi di eccezione*) 493-521.

⁵ Geertz, C. (1983) *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Barcelona: Paidós, 1994. pp. 93-116; Kuper, A. (1999) *Cultura. La versión de los antropólogos*, Barcelona: Paidós, 2001.

⁶ Skinner, Q. (2001) *Dell’interpretazione*, Bologna: Il Mulino. pp. 59-81

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

olvidar que las categorías culturales no viven en una suerte de limbo axiológico, sino en el uso del lenguaje y están constantemente presentes en el juego social de los hablantes, que viven literalmente *contenidos* en realidades políticas y económicas, sociales e institucionales.⁸ Pero es claro que el *giro hacia el significado*⁹ implica concebir a los seres humanos como artefactos culturales y dar al trabajo del historiador una orientación decididamente hermenéutica.

La confluencia de estos dos puntos de vista, que sólo a efectos argumentativos pueden considerarse aisladamente, define el estatus epistemológico del historiador (otra vez sin adjetivos): un punto de vista posterior (del presente al pasado, que construye genealogías) y un punto de vista externo (de fuera hacia dentro, que construye “mundos”, marcos de significado); porque en efecto a nadie se le escapa que, al menos tendencialmente, uno y otro son coextensivos con las nociones de acontecimiento/estructura, que responden a otros tantos usos del tiempo histórico (dinámica/distancia; diacronía/sincronía) y su secuencia (evolución/revolución), en buena medida determinantes de una u otra *representación del pasado* (narrativa/analítica).¹⁰ Pero el historiador es la suma de ambos: sólo *puede* mirar desde después y *debe* mirar desde fuera.

Así planteadas, las relaciones de convergencia o divergencia historiográfica no debieran depender en primera instancia de especialidades académicas ni campos de estudio, sino del *punto de vista* que se adopte: sin desconocer el severo problema que plantea la armonización entre el lenguaje de las fuentes históricas y el lenguaje de las ciencias sociales¹¹, quienes por no apreciar la *distancia* ni asumir su propia alteridad desfiguran despreocupadamente la realidad pasada con categorías presentes es obvio –lo es para mí– que no se sitúan en la posición (externa) que epistemológicamente corresponde al historiador, con los resultados que a la vista están y que tan bien resume la expresión “invención de la tradición”. “El presente mira hacia el pasado y encuentra allí su imagen, como quien se ve en el espejo”¹² la polémica sobre la categoría “Estado moderno” es suficientemente ilustrativa de todo ello.¹³

Si se acepta lo dicho hasta aquí, nuestro campo de observación se reduce considerablemente y acota además un espacio historiográfico en constante ebullición, al calor de la cual la *cultura* ha desplazado a la *sociedad* como “the key organizing concept” del conocimiento histórico.¹⁴ Si algo caracteriza el desarrollo historiográfico de los últimos treinta años, a vueltas del zarandeado *giro lingüístico*¹⁵, es la interposición de la cultura entre el historiador y su objeto, en el doble sentido que *a un tiempo* considera la del historiador y la de los agentes historiados. Si es verdad que los seres humanos viven “suspendidos en redes de significado que ellos mismos han tejido”¹⁶, entonces el problema a resolver es cómo acceder a un punto de vista *interno* desde la posición *externa* congenial al historiador, uno y otra, culturalmente denotados.

⁷ Levi, G. (1985) “I pericoli del geertzismo”, *Quaderni Storici*, 58-I: 269-276.

⁸ Hespanha, A. M. (2003) “Categorías. Uma reflexão sobre a prática de classificar”, *Análise social*, 38 (168): 823-840.

⁹ Geertz (2000), *op. cit.* p. 39.

¹⁰ Pomian, K. (1984) *L'ordre du temps*, Paris: Gallimard.

¹¹ Fernández Albaladejo, P. (2003) “La historia política: de una encrucijada a otra”, en R. J. López y D. L. González Lopo, eds., *Balace de historiografía modernista, 1973-2001. Actas del VI Coloquio de Metodología Histórica Aplicada (Homenaje al profesor Dr. D. Antonio Eiras Roel)*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, p. 487

¹² Hespanha, A. M. (2012) *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra: Almedina. p. 63

¹³ Garriga, C. (2004) “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *Istor. Revista de historia internacional*, 16 (2004), pp. 13-44; Ruiz Torres, P. (2011) “Los límites del reformismo del siglo XVIII en España”, en J. Albareda Salvadó y M. Janué i Miret, eds., *El nacimiento y la construcción del Estado moderno. Homenaje a Jaume Vicens Vives*, Universitat de València: 111-150.

¹⁴ Evans, R. J. (2002) “From historicism to postmodernism: historiography in the twentieth century”, *History and Theory*, 41: 79-87.

¹⁵ Iggers, G. G. (1995): *La ciencia histórica en el siglo XX. Las tendencias actuales. Una visión panorámica y crítica del debate internacional*, Barcelona: Idea Books, 1998. pp. 96-104.

¹⁶ Geertz, C. (1973) *La interpretación de las culturas*, Barcelona: Gedisa, 2000. p. 20

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

Ante este reto se sitúa la historiografía política que asume consecuentemente que, por humana, la actividad política está *prima facie* determinada culturalmente, no sólo para estudiar la cultura política (sea desde la historia conceptual, sea analizando la “lucha de significados” consustancial a la confrontación política), sino también planteándose explícitamente el problema de la relación entre la capacidad de decidir y actuar y la estructura en que se decide y actúa. Todo sumado, el desarrollo de la historia política en las últimas tres décadas ha podido resumirse en el tránsito del “estudio del poder” a la “política como cultura”.¹⁷ Y otro tanto ha ocurrido con la historia del derecho, cuyos cultivadores estamos “divididos” en función de cómo ordenemos el par de términos definitorios de nuestra disciplina: frente a la historiografía *tradicional*, empeñada en calificar la historia por el derecho (sin cuestionarse lo que éste haya sido y partiendo por tanto de lo que al presente es), no ha dejado de desarrollarse desde los años ochenta una potente historiografía *crítica* del derecho, que intenta definir el derecho mediante su historia y tiene como principales artífices, en la estela de Paolo Grossi, a Bartolomé Clavero, Pietro Costa y António Manuel Hespanha.¹⁸ La etiqueta tiene su justificación: dado que realmente no cabe acceder a la historia sino a través de la historiografía, no hay más opciones que hacer historia *en* la tradición o hacer historia *de* la tradición¹⁹; pero entiendo por mi parte que igualmente podríamos llamarla historia *cultural* del derecho, dado que pone constantemente a prueba “la capacidad transhistórica de acceder a esos universos categoriales dadores de sentido”, privilegiando, sobre cualquier otra, la dimensión sincrónica.²⁰

Creo que es en este círculo, que gira alrededor del *punto de vista*, en el que mejor y más fructíferamente pueden plantearse las relaciones de convergencia/divergencia entre las historias política y jurídica, es decir, resumo, entre aquellas historiografías que, más allá de divisiones académicas, se perciben vinculadas por saberse en la misma posición (posterior y externa) ante igual pasado (jurídico-político), lo que para el caso significa –dando por supuesto, ahora sí, que la realidad histórica es y sólo es una realidad *textualizada*– ante los mismos textos. Aunque la variedad y vastedad de la producción historiográfica es abrumadora, puestos a arriesgar una opinión que vaya más allá de constatar el renovado interés de la historia política en la historia del derecho (que iniciativas como la de este dossier testimonian), yo diría que, al menos en nuestro ámbito y como línea de tendencia, la historia del derecho parece fungir hoy por hoy como suministradora de categorías, perspectivas y hasta completas antropologías²¹, pero no estoy tan seguro de que con ellas se asuma también efectiva y consecuentemente la comprensión del derecho como una dimensión de la cultura –que es el zócalo que las sostiene– en el momento de afrontar la *operación historiográfica*, como puede ilustrar la consideración del primer constitucionalismo y subsiguiente construcción del Estado –los Estados– y su derecho legal en el ámbito hispano.

Por ir a lo más grande, me parece significativo que obras señeras dedicadas a analizar y celebrar, en clave política, la pujanza de la *historia cultural* y sus *formas*²² o de la historia política culturalmente determinada²³, omitan casi (y salvo este último hasta sin casi) *toda* referencia al derecho, aun asumiendo expresamente una noción antropológica de cultura que obviamente comprende al derecho,

¹⁷ Gil Pujol, X. (2006) *Tiempo de política. Perspectivas historiográficas sobre la Europa moderna*, Universitat de Barcelona. pp. 73-111, 397-421

¹⁸ Hespanha (2012) *op. cit.* pp. 13-83

¹⁹ Costa, P. (1989) “Saperi, disciplina, disciplinamento: verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* (Università degli Studi di Macerata. Nuova serie). *Filosofia del Diritto e Teoria Politica*, 1989-II. pp. 993-1027.

²⁰ Clavero, B. (1986) *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid: Tecnos.

²¹ Como la *iurisdictio* de Costa, P. (1969) *Iurisdictio. Semántica del potere político nella iuspublicistica medievale (1100-1433)*, Milano: Giuffrè (rist., Milano, Giuffrè, 2002; la *periferia* de Hespanha, A. M. (1989) *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid: Taurus; y la *antidora* de Clavero, B. (1991) *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano: Giuffrè.

²² Burke, P. (1997) *Formas de historia cultural*, Madrid: Alianza, 1999 y (2004) *¿Qué es la historia cultural?*, Barcelona: Paidós, 2006; Serna, J. y A. Pons (2005) *La historia cultural. Autores, obras, lugares*, Madrid: Akal.

²³ Gil Pujol (2006) *op. cit.*; Palacios, G. (2007) *Ensayos sobre la nueva historia política de América Latina, siglo XIX*, México: El Colegio de México.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

con las correspondientes remisiones a las autoridades de este campo que así lo consideran (pongamos, desde Tylor a Geertz) y sin que desde la historiografía jurídica *crítica* haya dejado de subrayarse que el derecho “discurre por esquemas muy profundos de organización de las percepciones, de los sentimientos y de las conductas”; que es posible “encontrar, en las manifestaciones dispersas del quehacer jurídico, lógicas globales a que todas las valoraciones y acciones” obedecen; y que estos “niveles inconscientes o poco reflexionados” constituyen los estratos “arqueológicos de nuestras ideas jurídicas explícitas o de nuestras opciones políticas razonadas”.²⁴ En fin, si la omisión debiera entenderse como exclusión, pongámoslo por caso a efectos argumentativos, uno podría replicar (evocando los debates sobre la “naturaleza humana”²⁵): si el derecho no forma parte de la cultura, ¿de qué forma parte entonces?

Quizá el problema derive de la dificultad para aprehender *lo jurídico* en toda su complejidad, tematizándolo de una manera que sea al tiempo culturalmente consistente y válida para el trabajo historiográfico. Combinando ambas ubicaciones (*dentro/fuera*), la breve advertencia de Geertz nos puede servir otra vez, motivándonos a indagar cómo se definen y resultan operativos los puntos de vista externo e interno al derecho.

El problema ha sido planteado y exhaustivamente debatido por la teoría analítica del derecho, de un modo que a mí me parece tremendamente convincente, a pesar de que es muy inquietante para cualquier historiador del derecho mínimamente consciente de su posición (posterior y externa). Estos teóricos parecen preocupados sólo por el derecho moderno (entiéndase, ahora y en adelante, derecho de la *modernidad*), pero creo que lo más sustancial de su construcción puede elevarse sin mucha dificultad al rango de meta-teoría y ser utilizada para comprender cómo funciona ese complejo de reglas que llamamos derecho²⁶, sin adjetivos o al menos –seamos prudentes– en el ancho espacio que de uno u otro –o todavía otro– modo nunca perdió la memoria de los viejos textos romanos (y nótese que digo textos y no derecho romano). Bastará con llamar la atención sobre dos dicotomías muy básicas, que llevan a identificar el objeto *derecho* con la cultura institucionalizada en órdenes jurídicos.²⁷

Por una parte, la distinción entre *norma* y *formulación de norma*, entendiendo por ésta “una expresión lingüística y la norma como significado de esa expresión”, que se materializa en un *contenido de significado preceptivo* y presupone siempre una labor hermenéutica: una norma es una formulación normativa *interpretada* por los llamados a cumplirla.²⁸ Como regla de conducta, la norma no existe con independencia de sus destinatarios: no es derecho lo que quienquiera pueda *leer* en un texto normativo cualquiera, sino sólo –y todo, mientras no sea rechazado por mecanismos internos al orden– lo que *entienden* quienes tienen la norma como *razón para actuar*.²⁹ Esto nos lleva a la segunda distinción, la que media entre *observadores* y *participantes*, como respectivas encarnaciones de los *puntos de vista externo e interno* al orden jurídico.

²⁴ Hespanha (1994-1995) *op. cit.* p. 63; cfr. Clavero (1986) *op. cit.* pp. 27-52.

²⁵ Sahlins, M. (2008) *The Western Illusion of Human Nature*, Chicago: Prickly Paradigm Press.

²⁶ Schauer, F. (1991) *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004.

²⁷ Garriga, C. (2010) “Continuidad y cambio del orden jurídico”, Garriga, C., (coord.) *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, D. F.: Instituto Mora *et al.* pp. 59-106.

²⁸ Alchourrón, C. y E. Bulygin (1991) *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. pp.134-135; Rodríguez, J. L. (2002) *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 11-22.

²⁹ Bayón, J. C. (1996) “Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto”, en P. Comanducci e R. Guastini, a cura di, *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli. pp. 47-63.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

Si la norma es un contenido de significado preceptivo, la pregunta acerca de qué sea *derecho válido*—entiéndase, simplemente, *existente*³⁰— sólo tiene sentido y puede responderse *desde dentro* del orden, delimitando un espacio institucionalizado definitorio de la comunidad de los participantes y ajeno a los observadores, que sólo pueden responder por su parte a la pregunta sobre qué sea el *derecho reconocido como válido* por los anteriores. Para expresar esta idea se habla del *reconocimiento de las normas*: observando la práctica social desarrollada al efecto por los participantes —embebida obviamente de cultura— se puede formular una regla *descriptiva* que suministre los criterios de validez o pertenencia de las normas y con ellos las condiciones de identidad definitorias del orden jurídico.³¹ La *regla de reconocimiento* describe así el dispositivo social —el conjunto de conductas y prácticas sociales— que convierte las categorías culturales de los participantes en criterios de juridicidad, de modo que un orden jurídico es el conjunto de reglas y operaciones reconocidas como jurídicas por los participantes.

Se acepte o no la terminología, a poco que se piense se comprobará que esto tiene consecuencias decisivas en la comprensión de nuestro oficio. Por una parte, como observadores no estamos epistemológicamente legitimados para realizar la operación hermenéutica que transforma las formulaciones normativas en normas jurídicas, de modo que todo lo que el observador sabe acerca del orden *depende* (he elegido el verbo con cuidado) del conocimiento suministrado por los participantes. Por otra parte, el cambio de orden jurídico se resuelve en el cambio de regla de reconocimiento, como determinante que es de sus condiciones de identidad, y sólo puede ser identificado desde un punto de vista externo. Quien quiera poner a prueba lo que estoy diciendo, puede tratar de responder esta pregunta: ¿qué cambios *en* el orden son de tal modo relevantes que determinan el cambio *de* orden? A poco que se indague se comprenderá que, aunque el cambio de orden jurídico comporte o pueda comportar el cambio de normas y/o de formulaciones normativas, es en último término una cuestión de cultura, porque depende *decisivamente* de lo que a partir de unas u otras formulaciones reconozcan como derecho los participantes y justamente por esto sólo puede ser detectado desde la posición de los observadores, que mirando *desde fuera* describen la práctica social de reconocimiento de las normas.

Operando con este instrumental, ahora presentado de manera muy elemental, la historia toda que aquí considero (pongamos, siglos XIII-XIX) puede estilizarse descriptivamente en la secuencia que va de un *orden jurídico tradicional* (porque corresponda a la tradición determinar cuál sea el derecho válido) a un *orden jurídico legal* (porque se reconozca a la ley —y sólo a la ley, como disposición de la autoridad constituida— el poder de determinar qué sea derecho válido), diluyéndose en buena medida por el camino las posibilidades de construir un *orden jurídico constitucional* (porque identifique el derecho a partir de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos). Dejando ahora esto último, dada la identificación modernidad—legalidad que, para lo que aquí importa, rápidamente se impuso, los dos tramos de la secuencia (tradicional—legal) están separados por un *cambio* en sentido fuerte, a resultas del cual el derecho pasó de ser *comprendido*, en términos jurisdiccionales, como un orden declarativo a partir de principios religiosamente indisponibles, objetivado en la constitución tradicional del espacio político, a ser *construido* por obra de la voluntad racional de los hombres cohesionados en Estados nacionales. No es cuestión de seguir, pero la contraposición puede desplegarse en varias alineaciones dicotómicas (orden-sujeto/sujeto-orden; derecho objetivo-derechos subjetivos/derechos subjetivos-derecho objetivo; etc.) todas las cuales sitúan el punto de ruptura en la determinación política del derecho: en el poder de la ley para gobernar el derecho.

³⁰ Hart, H. L. A. (1961) *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p 137.

³¹ Hart (1961) *op. cit.* y R. Dworkin (1985) *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Estudio preliminar, C. Rodríguez, Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre – Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

Bien sé que, esquematizado en tan pocas líneas, este planteamiento puede sonar reductivo y es susceptible de muchas y muy fundadas objeciones, sobre todo porque, enfatizando la contraposición de dos mundos, oscurece el problema (previo) de la génesis de *lo moderno*³² y deja intacto el problema (posterior) de su efectiva institucionalización, en el curso de la cual no tardó en quedar desnaturalizado tanto por el rápido abandono de sus fundamentos contractualistas, como por la *continuidad* más o menos vergonzante de muchos componentes tradicionales que fueron modulando y moderando las *modernidades* realmente existentes, máxime allí donde, como aquí, el ancho diafragma decimonónico fue tan poroso a la tradición como impermeable a los estándares de *lo moderno*. Con todo, hay pocas dudas acerca de cuál era el punto de partida y cuál fue el punto de llegada, que es lo que ahora me importa subrayar, porque a caballo entre ambos el cambio –llámesele *transición*³³ o como mejor se prefiera– fue sustanciándose por de pronto en un “proceso endógeno de construcción de significado”³⁴, en la fijación de nuevas reglas de uso del lenguaje. La construcción de la dicotomía sociedad-Estado, que impregna todo el ochocientos jurídico-político, es un buen ejemplo.³⁵

Todos sabemos que es en este fulcro donde se forja el léxico jurídico-político moderno, como “un verdadero y propio *dispositivo* para pensar la política”, que se plantea como radical negación de una larguísima tradición filosófica y ha acabado por determinar *nuestra* comprensión de los asuntos políticos³⁶: el significado moderno de la mayor parte de sus términos fue fijado por las *ciencias* del ochocientos³⁷ y alguno que nos resulta tan imprescindible como *norma jurídica* ni tan siquiera formaba parte del lenguaje jurídico consolidado antes de su segundo tercio.³⁸ Así pues, estar de acuerdo con la *Alicia* de Carroll y ser escrupuloso con los significados usuales de las palabras no debería ser a estas alturas tan difícil, pero esto en absoluto garantiza –digamos, porque de alguna manera hay que decirlo– el *éxito* de la operación historiográfica, si con las categorías no se asume la *cultura* que las sostiene y dota de sentido –algo así como la sintaxis del orden–, que es a su vez el presupuesto para comprender los dispositivos institucionales que las vuelven operativas. La historiografía (sin adjetivos, pero centrándome ya en el ámbito hispano) nos muestra que pueden componerse discursos modernizantes con palabras tradicionales.

Creo que si seguimos esta pista llegamos a la *idea de separación* –la dicotomía sociedad-Estado–, que como es sabido fue por donde empezó el desmontaje de la historiografía tradicional del derecho.³⁹ Por supuesto, ya no en el sentido, a estas alturas banal, que aísla e identifica por doquiera instancias de poder centralizado *productoras* de derecho y representa las sociedades como espacios pasivamente *receptores* de derecho. Cada vez más, donde antes había un *centro* omnipotente encontramos ahora *periferias* ocupadas por sociedades *antidoralmente* cohesionadas y *jurisdiccionalmente* armadas, pero creo que el *quid* jurídico sigue a menudo planteado en los términos políticamente modernos que pueden resumirse jocosamente en la frase de *Humpty Dumpty* que inspira el título de estas páginas, a partir de los cuales la extraordinaria complejidad del fenómeno jurídico tiende fácilmente a diluirse en la simplista secuencia *creación–cumplimiento* del derecho. Vaya: si hablando en términos generales puede sostenerse tranquilamente, creo yo, que “el derecho

³² Alessi, G. (2006) *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino: Giappichelli. pp. 21-22.

³³ Blix, G. (2006) “Charting the *Transitional Period*: The Emergence of Modern Time in the Nineteenth Century”, *History and Theory* 45: 51-71.

³⁴ Hirschman, A. O. (1977) *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos en favor del capitalismo previos a su triunfo*, Barcelona: Península, 1999. pp. 28-29.

³⁵ Spector, C. (2011²) *Montesquieu. Pouvoirs, richesses et sociétés*, Paris: Hermann.

³⁶ Duso, G. (2007) “Dalla storia concettuale alla filosofia politica”, *Filosofia Politica*, XXI-1, pp. 65-82.

³⁷ Tarello, G. (1976) *Storia de la cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna: Il Mulino. pp. 15-42.

³⁸ Orestano, R. (1983) “Norma statuita e norma statuenta. Contributo alle semantiche di una metafora”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 13: 313-350.

³⁹ Brunner O. (1939) *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*. Trad. Italiana de la 5ª ed. alemana (1965), con Introducción de P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1983.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

no es producto de la autoridad, sino su precondition necesaria”, de modo que las operaciones legales apenas traspasan la superficie de los fenómenos jurídicos⁴⁰, cuánto más lo es con referencia a aquellos órdenes que de manera explícita situaban el derecho en un plano superior e inalcanzable para cualquier instancia humana de poder, asignándole una “función constitucional” (Hespanha), que abocaba al gobierno *mediante* la justicia (*gobierno de la justicia*) como modelo estándar de gestión de los asuntos públicos. Sólo desde este punto de vista puede mirarse *a través* del espejo y divisar el conjunto de dispositivos institucionales que el orden había generado –o que con el mismo orden se habían forjado, sin necesidad de explícitas regulaciones– para garantizar cotidianamente la sumisión del poder al derecho y mantener su configuración tradicional.⁴¹

Por un lado, a excepción de los actos del *princeps*, los actos extrajudiciales o genéricamente *gubernativos* (es decir, dictados *sin conocimiento de causa*) mutaban a contenciosos y eran susceptibles de revisión judicial siempre que afectasen a los *derechos subjetivos* (estamentales y corporativos) radicados en el orden, a instancia de la parte agraviada y para contrastar procesalmente su conformidad a derecho. La vis expansiva de la justicia en un orden jurídico que se concretaba en un masivo conglomerado de derechos históricamente constituidos era virtualmente ilimitada, y de ahí que la dinámica institucional siguiera una vez tras otra la secuencia gobierno–justicia, sin que fuera posible *separar* el proceder político del proceso judicial (que bien al contrario formaba parte sustancial de las estrategias políticas), ni tampoco evitar –ahora vamos con esto– que la generalidad regulativa eventualmente resultante del primero fuese particularizada –localizada– por efecto del segundo.

Por otro lado, no cabía en este orden la *ejecución* directa e inmediata de las leyes, sino su aplicación conciliada (con reglas precedentes) y ponderada en atención a las circunstancias del caso, hasta el punto de que, mirando con ojos modernos, hay buenos motivos para preguntarse si el derecho tradicional *es derecho*⁴², dadas las enormes diferencias morfológicas y funcionales que separan las reglas pre-modernas de las modernas. Incluso dejando aparte aquéllas (la formulación de los enunciados normativos⁴³, funcionalmente unas y otras resultan de dos tipos de estrategias decisionales fuertemente contrastantes. Hoy decimos que una decisión está *basada en reglas* cuando éstas funcionan como reglas prescriptivas y perentorias (por inexcusables), mientras que el derecho pre-moderno adopta una estrategia de decisión particularista, en la cual las leyes funcionan como reglas descriptivas (de las soluciones admitidas como válidas por el derecho) y ponderables (a modo de *principios*). Como correspondía a un orden de configuración casuista, la *factualidad* –los hechos– era el “factor prevalente en la gestión del derecho”, que se determinaba con ocasión y en atención a la solución del caso, haciendo del juez un eslabón capital en la “cadena de producción” normativa⁴⁴ y elevando la *localización* del derecho –su radicación en el *hic et nunc*– al grado de efecto connatural al orden⁴⁵, sin el cual no puede entenderse la dimensión institucional de una justicia que –por esto– era *de jueces* y no *de leyes*.⁴⁶

⁴⁰ Postema, G. J. (1994) “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, 13: 361-387; Teubner, G. (1989) “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”, *Law and Society Review*, 23-5: 727-757.

⁴¹ Garriga, C. (2009) “Gobierno y justicia: el *gobierno de la justicia*”, en M. Lorente, coord., *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 45-113.

⁴² Schauer, F. (1989) “Is the Common Law Law?” *California Law Review*, 77: 455-471.

⁴³ Tarello, G. (1976) *op. cit.*, *Storia de la cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna: Il Mulino. pp. 15-42.

⁴⁴ Meccarelli, M. (1998) *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano: Giuffrè. pp.372-376.

⁴⁵ Agüero, A. (2012) “On Justice and *Home Rule* Tradition in the Spanish Colonial Order”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41: 173-22; Clavero, B. (2012) “Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (lectura coral de *Las Vísperas Constitucionales* de António Hespanha)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41: 675-763.

⁴⁶ Garriga, C. (2006) “*Justicia animada*. Dispositivos de la justicia en la Monarquía católica”, en M. Lorente, coord., *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial. pp. 59-104.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

Consustanciales al orden, ambos resortes limitan fuertemente la capacidad dispositiva de los poderes políticos, encadenándolos a la tradición, que lejos de ser estática se reproduce y muta en un constante devenir de continuidades en conflicto, trenzado de procesos selectivos operados en y por la comunidad epistémica de *participantes* en la tradición.⁴⁷ Por tradicional, aquel orden cambiaba permaneciendo, pero el factor dinámico no era la ley sino el conflicto, que impulsaba la construcción de las pretensiones e intereses fácticos como derechos, mediante la manipulación discursiva de los materiales (reglas, doctrinas, narraciones, mitos) acarreados por la tradición, para *producir* enunciados normativos válidos. La construcción jurídica de *la América* –levantada por los “españoles americanos” para hacer valer sus *derechos*– es, creo, un buen ejemplo.⁴⁸

Todo esto significa que en aquel orden *lo político* no se puede aislar de *lo jurídico* y *lo jurídico* es inasequible al control *político*. Volviendo a *Humpty Dumpty*, en un orden así estructurado la cuestión clave no es saber *quién* manda, sino *cómo* se manda (o se obedece, tanto da) y de ahí que, lejos de desconocerse las patologías del poder –con sus secuelas de actos políticos inadmisibles, por carentes de toda causa legítima (y la carga de ambigüedad correspondiente)–, el *despotismo* fuera siempre un motivo mayor de la reflexión jurídico-política⁴⁹, revelador de la tensión entre *lo jurídico* y *lo político*, tanto por sobreponer el *derecho* a la *ley* como para enfrentar *lo judicial* a *lo ejecutivo* (o *administrativo*).

Un buen laboratorio para comprobar todo esto, y al presente espacio privilegiado de confluencia historiográfica, es el ciclo de cambios que en la Monarquía católica abren las reformas borbónicas y cierran las emancipaciones americanas (con sus correspondientes prolongaciones estatales), según una acotación historiográfica habitual, que entiendo válida si no encubre la continuidad jurídica entre el antes de las primeras y el después de las segundas, ni establece una vinculación causal entre ambas.⁵⁰

Como todos los períodos de *transición*, cuajados de discursos y prácticas contradictorias por adscribibles a modelos (culturas, órdenes) diferentes, también éste pone a prueba el armazón teórico del historiador, sobre todo, creo, de quienes ven por fin, y con razón, llegado el *tiempo de la política*.⁵¹ Asumiendo, desde luego, la disimultaneidad de los ritmos de cambio –su sectorialización–, al menos para quienes atienden a la problemática de la construcción del Estado y su derecho legal, no se trata ciertamente de calibrar el peso relativo de *lo tradicional* y *lo moderno*, sino de aprehender integral y comprensivamente el conjunto para delinear el o los trayectos que siguió la instalación de la(s) modernidad(s) posible(s) y al cabo realmente existente(s). Mirando desde los puntos de vista que he marcado en este escrito (*posterior/externo*, *externo/interno*, *lo jurídico/lo político*), y con mucha cautela, me parece que las tentaciones a evitar, con el saludable propósito de no renunciar a la historia en beneficio de la herencia, son principalmente tres: anteponer el punto de vista posterior al externo, para construir genealogías ya que no nacionales sí políticas (p. ej., *liberales*); externalizar los discursos, siempre más prescriptivos que descriptivos, desvinculándolos de las prácticas a las que responden, es decir, extrayéndolos del orden del que proceden y al que van dirigidos; presuponer la inversión de las relaciones entre lo jurídico y lo político, que en permanente tensión como están parece más bien resultado que no presupuesto de una prolongada y fatigosa trayectoria.

⁴⁷ Glenn, H. P. (2010) *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford U. P. pp.1-32; Costantini, C. (2011) “Comparazione Giuridica e Geopolitica Critica. Per una Contro-Narrativa sulle Tradizioni”, *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, XVII-2: 1-24.

⁴⁸ Garriga, C. (2006b) “Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV”, en E. Martiré, coord., *La América de Carlos IV (= Cuadernos de Investigaciones y Documentos, I)*, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho: 35-130 (= <http://horizontesyc.com.ar>).

⁴⁹ Felice, D. (a cura di) (2001-2002) *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, Napoli: Liguori Editore, 2 vols.

⁵⁰ cfr. Garriga, C. (2012) “Justicia y política entre Nueva España y México. De gobierno de la justicia a gobierno representativo”, en V. Gayol, coord., *Formas de gobierno en México. Poder político y actores sociales a través del tiempo, I. Entre Nueva España y México*, Zamora (Mich.): El Colegio de Michoacán, 33-79.

⁵¹ Palti, R. J. (2007) *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Buenos Aires: Siglo XXI.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

Allí donde, como aquí, no hubo rupturas en sentido fuerte con el orden tradicional, los cambios, cualesquiera que sean, sólo pueden explicarse *a partir* –casi estoy por decir: me temo– del orden objetivo del mundo predicado por la cosmovisión católica y sus precipitados normativos, que lejos de ser abolidos fueron sustancialmente constitucionalizados, por mucho que pudieran incorporar – como evidentemente incorporaron– elementos inéditos y novedosos. Y creo que la reciente historiografía jurídica *crítica* viene mostrando que puede hacerse.⁵² Si el sobredimensionado “reformismo borbónico” se sustanció en un creciente proceso de *administrativización* de la Monarquía, entendido como el giro, a menudo titubeante y siempre conflictivo, que intentó llevar hasta sus últimas consecuencias las posibilidades más *excepcionalistas* (por menos garantistas y así despóticas) de gobierno que admitía la constitución tradicional, el primer constitucionalismo hispano, muy singularmente en su versión gaditana, fue heredero de los discursos constitucionales estimulados por aquella deriva *ministerial* de la Corona y debe entenderse como el audaz intento de eliminar los formantes políticamente despóticos del orden tradicional en beneficio de sus fundamentos jurídicamente constitucionales (y de ahí que la generalización de la representación política y la potenciación de la responsabilidad de los empleados públicos –mediante la reformulación de dispositivos tradicionales– fueran sus dos elementos estructurales).⁵³ Contra las representaciones historiográficas todavía al uso –que (volvamos a nuestros puntos) indagan matrices *liberales*, invocan *modelos* (si no *dogmáticas*) constitucionales e inventan experiencias *legicéntricas*–, este momento puso a prueba la capacidad autoregenerativa del orden tradicional para devenir constitucional desde sus fundamentos antropológicamente católicos y con sus medios jurisdiccionales, inconciliables con la voluntad de ruptura en sentido fuerte que asociamos al poder constituyente (*i. e.*, capacitado, por originario y absoluto, para constituir el orden).⁵⁴

Planteado el proceso constituyente en todos los casos como una *re-constitución* sin *de-constitución* (esto es, sin romper el tracto normativo), el orden jurídico fue resultado en las distintas unidades políticas soberanas que sucedieron a la Monarquía católica del impacto de la constitución (o equivalente) respectiva sobre el orden jurídico tradicional y su consiguiente recomposición a escala territorial, que dada la general falta de cláusulas derogatorias explícitas hubo de responder a la lógica compatible/incompatible, declinada paulatina y conflictivamente mediante la inclusión/exclusión de las reglas jurídicas tradicionales, según que se vieran –y obviamente no todos lo veían igual⁵⁵– dispuestas u opuestas a la libertad e independencia constitucionalmente proclamada y legislativamente desenvuelta, al ritmo y del modo contradictorio que impuso la tortuosa marcha política.⁵⁶ Fuera cual fuese su entidad (o *modernidad*), las nuevas disposiciones vinieron a sumarse así al conglomerado diacrónico de reglas acumulado por la tradición, que era con mucho el componente más sustancioso de los *derechos patrios* e impuso su lógica jurisprudencial al conjunto.

A partir de aquí puede discutirse cómo y cuándo quedó interrumpida la continuidad y tuvo lugar el cambio de orden jurídico (es decir, la instalación estatal de regímenes de *legalidad*, reconociéndose a la ley, y sólo a la ley, como disposición de la autoridad constituida, el poder de determinar qué sea derecho válido), pero tengo por indudable que fue condición necesaria la efectiva *sustitución* –ésta es la palabra clave– del entramado normativo tradicional por un (entiéndase, varios) cuerpo sistemático de preceptos formulado

⁵² Cfr. Garriga, C. (coord.) (2010), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, D. F.: Instituto Mora *et al*, por su carácter general.

⁵³ Lorente, M. y Portillo J. M. (dirs.), Antonio Annino, Fernando Martínez, Beatriz Rojas, M^a Julia Solla (2011) *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid: Congreso de los Diputados.

⁵⁴ Garriga, C. y Lorente M., con epílogo de B. Clavero (2007), *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁵⁵ Portillo Valdés, J. M. (2011) “Jurisprudencia constitucional en espacios indígenas. Despliegue municipal de Cádiz en Nueva España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81: 181-205.

⁵⁶ Garriga, C. (2011) “Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81: 99-162.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

legalmente bajo la forma-código, que abrogando el primero posibilita la implantación del segundo como ley única y vocacionalmente exclusiva en su ámbito.⁵⁷ Resultado de un drástico proceso de abstracción, que está basado en la ficción de la generalidad, la *forma-código* supone, con independencia de cuál fuera su contenido de significado preceptivo, una ruptura tajante entre historia y derecho, que siendo condición de su reducción a ley estuvo fuertemente condicionada a su vez por la puesta a punto de los dispositivos institucionales idóneos para garantizar su intangibilidad y eficacia normativa, la *fuerza o imperio de la ley*, en torno al cual fue construido el principio de *legalidad*.⁵⁸ Esto no significa que en el prolongado entretanto *lo político* permaneciese necesariamente supeditado a *lo jurídico* (en términos tradicionales), claro que no; pero sí implica que el derecho era irreductible a control estatal (en términos modernos).

No es posible aquí ni tengo yo competencia para hacerme cargo de esto, pero sí vale la pena recordar que, poniendo siempre en primer plano el problema de la legitimidad, la irrupción de lo político adoptó a menudo formas planteadas y percibidas como *extraordinarias*, que suelen quedar más o menos englobadas bajo el equívoco nombre de *caudillismo*.⁵⁹ Aun ponderando el fuerte poder reconocido a la *necesitas* para la alteración excepcional, pero legítima del orden en la cultura jurisdiccional, no parece fácil encajar en bloque un fenómeno tan heterogéneo y complejo en el marco de la *antigua constitución*, no al menos sin considerar la *narrativa* dispuesta en cada caso como fulcro legitimante del gobierno extraordinario⁶⁰; pero este punto de vista me parece mejor enfocado que los situados en posiciones de partida *estatalista*, aunque sólo sea porque se opera en un medio todavía corporativo, difícilmente reconducible al esquema ordenante *Estado-sociedad civil*. Enquistada en el plexo *necesidad/derecho*, la *dictadura* sobrepone drásticamente la dimensión política a la jurídica⁶¹, pero se atiene a la *lógica de la excepción* y, para nuestro caso, no creo que pueda entenderse como una suerte de alternativa *legalista* al tradicional gobierno de la justicia (si es lo que se pretende al caracterizar regímenes como los de Juan Manuel de Rosas por el *imperio* o el *poder hegemónico de la ley*⁶²), que bien al contrario, trezando arbitrariamente *lo ordinario* y *lo extraordinario* –las viejas *reglas* jurídicas más o menos actualizadas y sus novedosas *excepciones* políticas–, fue al parecer políticamente instrumentado y vino a reforzar la persistencia del orden colonial.⁶³ Una persistencia, como es muy sabido, constatable e historiográficamente constatada por doquiera, que contribuye a explicar, de forma nada paradójica, el insistente discurso modernizador y los primeros ensayos codificadores en suelo americano, que las severas dificultades que, hablando también generalmente, encontró su implementación cuando mediaba ya el siglo, sugieren no respondían tanto a los apremios de las pluralistas sociedades americanas como a los afanes de control estatal del orden jurídico, vale decir al *proyecto jurídico* (ahora sí) liberal, sustanciado en la imposición estatal de un modelo de sociedad civil, que por general y uniforme sólo estaba al alcance del código.⁶⁴

⁵⁷ Grossi, P. (2001) *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè.

⁵⁸ Garriga (2010b) *op. cit.*, a título de síntesis.

⁵⁹ Goldman, N. y Salvatore R. (comps) (2005) *Caudillismos rioplatenses. Nuevas miradas a un viejo problema*, Buenos Aires: Eudeba.

⁶⁰ Chiaramonte, J. C. (2010) "La antigua constitución luego de las independencias, 1808-1852", *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, 50/199: 331-361.

⁶¹ Benigno, F. e Scuccimarra L. (2007) *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma: Viella (ebook, 2011), maxime "Introduzione".

⁶² Salvatore, R. (2010) "El poder hegemónico de la ley" (que es una versión posterior de "El imperio de la ley. Delito, Estado y Sociedad en la era Rosista", *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 3 (1993-1994), 93-118), en su *Subalternos, derechos y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, México: Gedisa, 89-125.

⁶³ Ternavasio, M. (2000) "Entre el cabildo colonial y el municipio moderno: los juzgados de paz de campaña en el Estado de Buenos Aires, 1821-1854", en M. Bellingeri, coord., *Dinámicas del Antiguo Régimen y orden constitucional. Representación, justicia y administración en Iberoamérica. Siglos XVIII-XIX*, Torino: Otto, 295-336.

⁶⁴ Clavero, B. (2000) *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DOSSIER

Historia Política e Historia del Derecho

Que a lo largo de este largo período de transición la legislación republicana pasara a ser morfológicamente *moderna* puede ser tan indudable como que, atrapada en la trama normativa tejida por la tradición, era funcionalmente tradicional, sometida como estaba a la tópica jurisprudencial consustancial a la justicia *de jueces*, que por ser –o seguir siendo– la única posible en un régimen de derecho no codificado absorbió las sucesivas reformas del aparato judicial que aquí y allá se ensayaron sin resultar sustancialmente alterada, como de una u otra manera viene constatando la rica y copiosa historiografía dedicada a la justicia.⁶⁵ Tengo para mí que, por debajo de los discursos políticos más o menos *modernos*, aquel largo momento decimonónico que suele decirse de *sincretismo* o *hibridación* no fue sino la(s) última(s) forma(s) que adoptó el dúctil orden jurídico tradicional para obstaculizar la emergencia del Estado como única instancia de producción y gestión del derecho, lo que más o menos significa que todavía para entonces la cuestión principal no puede reducirse a saber *quién* manda.

⁶⁵ Por ejemplo, Zimmermann, E. (ed.) (1999) *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, London: Institute of Latin American Studies; Barrera, D. (coord.) (2010) “Justicias, jueces y culturas jurídicas en el siglo XIX rioplatense”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos (on line)*; Galante, M. (2011) “La historiografía reciente de la justicia en México, siglo XIX: perspectivas, temas y aportes”, *Revista Complutense de Historia de América*, 37: 93-115; con balances historiográficos.