

El mundo jurídico imposible (un análisis para el método de la Historia del Derecho)

*Tria sunt difficilia mihi,
Et quartum penitus ignoro*

Prov. 30:18

SUMARIO: A) La idea.–B) La base.–C) El método.

A) LA IDEA

El mundo jurídico imposible¹ es la realidad jurídica imperfectamente aprehensible por *a)* su supervivencia en fuentes de carácter histórico, y *b)* su manifestación subyacente y no explícita.

La historia del derecho, como toda historia, descubre las dificultades de su método en esas fuentes de conocimiento extrañas –no compensa lo suficiente su pertenencia a un evanescente patrimonio cultural, que se hereda– para el mundo que damos en llamar contemporáneo. Tomas un sermón, una carta de gracia, una epístola o una ley, y la lectura sobreviene compleja por su procedencia pretérita, pero al mismo tiempo lineal, porque prevalece comúnmente la interpretación de un mensaje, la comprensión de un discurso, la aprehensión de la organización de un texto, como quien abre páginas sagradas que algo le tuvieran que decir o manifestar o enseñar. La fuente tiene así el brillo

¹ La expresión se inspira en la terminología de D. LEWIS, *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, 1986.

de trascendencia que posee la piedra antigua del monumento, o el polvo de la tumba: ocurre como en el cromo en el que el arca de la alianza emite destellos, parece que habla y que es una cosa comunicativa.

Las fuentes son, para el analista, cosas: una cosa que viene del más atrás y que nos traslada una información. Y con ese ánimo lees e intentas desentrañar el sentido, lo que ahí se dice, para tratar de conocer un mundo perdido ineluctablemente; para intentar describir el mundo que posiblemente fue, después de tantos años.

Pero esta operación tan compleja pierde de vista que el paso del tiempo, y la recepción de las fuentes históricas, si explica su reificación, no la justifica en su entendimiento. Ahora las fuentes pueden parecernos solamente cosas, aun comunicativas, pero en su día fueron alumbradas en el mundo como hechos. Estos pedazos de realidad pretérita que son las fuentes, como resistentes naufragos, tras la desaparición de los hombres, obligan a una reconsideración de su naturaleza, para que el método de su lectura, de su comprensión, pueda enriquecerse. Porque el silencio de las fuentes históricas es positivo, es decir, no todo en ellas está dicho deliberada y explícitamente. Ellas no son sólo impresionantes restos que, con el aura de la vejez, nos explican sucesos de otro mundo, sino también despojos humildes que no pueden expulsar mucho de lo que llevan impregnado.

La metodología en la historia del derecho debe querer acercarse a lo que esconde esa costra que es el mensaje deliberado de las fuentes. La tipología cultural que en la fuente ha quedado incorporada, hasta de modo inconsciente, no siempre está explicada. Es verdad que el testimonio de la fuente es singular, incluso el más repleto de *verba omnibus*; pero el testimonio es el insecto que, desde su singularidad, se acopla a las ramas para comulgar con su hábitat, y podría decirse, pedantemente, que el hábitat de las fuentes es la realidad histórica en la que estuvieron inmersas. Se ha insistido mucho en la comunión de las fuentes convencionalmente arrojadas por distintas disciplinas, con toda la razón; pero las fuentes de una sola de las ciencias, permiten arañar una información que está más allá de lo que nos comunican de forma expresa. Es cierto que puedes recrear un mundo jurídico posible en otras épocas, de mejor manera, si crees en la comunión de las fuentes jurídicas y extrajurídicas; pero en las fuentes jurídicas mismas hay un mundo, «imposible» (no explícito, misterioso, inconsciente), que también debe ser descubierto, que también debe intentarse descubrir.

Para trazar un método de aproximación a ese mundo jurídico imposible, habrá que saber, en primer lugar, cómo son las fuentes histórico-jurídicas frecuentadas, cuál es su naturaleza. Y después habrá que ver con qué método analizamos esa información «imposible». Por lo que se refiere a lo primero, decía E. Jabès que «Todo libro será sólo confusa semejanza con el libro perdido»²: valga este enigma. Por lo que se refiere a todo, cabe que el analista siga dos rutas: la educada y cortés, ilustrada y moderna, de una interpretación que

² E. JABÈS, *Libro de las semejanzas*, trad. S. Yurkievich, Madrid, 1984, p. 55.

elabora nuevos conceptos; o la del raquero al abordaje de nociones clásicas para estrangularlas y saquearlas. Confieso que aquí me muevo por esta segunda vía.

B) LA BASE

Me detendré elementalmente en caracterizar las fuentes histórico-jurídicas para las que convendría encontrar un método con el que escudriñar su información subyacente, porque su naturaleza influye en la riqueza y límites de aquel método. Puede decirse de ellas que:

1. Son actos que sufren una reificación;
2. Tienen un *leit motiv* convencional.

1. Las fuentes histórico-jurídicas son obra humana que, al nacer, son actos en un mundo constituido por hechos –lo que se afirma a la manera de L. Wittgenstein³. Son actos, es decir, hechos voluntarios, en un mundo constituido por hechos volitivos o no. Así, *a*) como hechos, se manifiestan; y *b*) como voluntarios, emiten una significación, que radica *ba*) en su rito de manifestación, y *bb*) en su contenido normativo.

(La relevancia jurídica de los hechos que carecen del elemento volitivo, queda al margen. En rigor, son los actos jurídicos, los hechos jurídicos voluntarios, los que explican e imprimen relevancia jurídica en los hechos no voluntarios. Por otra parte, el término acto lo utilizo aquí, desprovisto de la carga semántica que trae consigo su aproximación a la teoría del negocio jurídico, y más bien en su significado general más próximo al que fue el originario tanto de *actus*, como de la expresión *declarare voluntatem*, en el derecho romano⁴.)

Las fuentes del derecho no son solamente normas –contenidos, mensajes, pautas de conducta– o, mejor dicho, si lo son, es a través de una previa facticidad que les sirve de yacija. Existe una «técnica vulgar» de definición del derecho, que lo hace consistir en un cúmulo normativo, en el que prima el contenido sobre el continente, por así decir. Prevalece este sentido normativo excluyente incluso en la discusión sobre contactos y disimilitudes entre derecho objetivo y subjetivo, para las épocas en las que pueda sustentarse este binomio. ¿Por qué razón? El iusnaturalismo ha podido ofrecer una minusvaloración de la facticidad que, en definitiva, supone un ensombrecimiento de los resortes formales del poder, en la manifestación ritual del derecho, de forma congruente con el basamento ideológico de sistemas políticos en los que el poder, teóricamente (y grosso modo), se subjetiva concentrado, se atribuye a

³ Cf. L. WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón*, Madrid, 1968, pp. 99-103.

⁴ Vid. A. GUZMÁN, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato (I). El vocabulario de la negociabilidad jurídica en el derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 17 (1995), pp. 81-86, 114-117.

una figura, sin que la arrogación pueda ser puesta en tela de juicio; las apuestas scotistas u ockhamistas que pudieran haber apuntado una «vía positivista», a través del voluntarismo⁵, si ofrecieron un buen diagnóstico de cómo funciona, en definitiva, el poder, no alcanzaron la imposición de sus proposiciones teóricas. Pero el iusnaturalismo ha mostrado su vigor no sólo en alineaciones escolásticas, sino también con su influjo sobre teorías racionalistas matemáticas⁶, y como tentación presente hasta en ciertos puntos del marxismo⁷.

El virus del exclusivismo normativo está muy extendido. Para él, la constitución del derecho le corresponde a un conjunto de normas, de mensajes, dirigidos a encauzar la actuación, el comportamiento de los sujetos: la manifestación ritual del acto, o se ignora, o se considera presupuesto de la normatividad, aun en exposiciones tan obsesas por la lógica como, a título de ejemplo, la clasificación normativa de G. Lumia⁸. También en la propuesta de J. Guasp, que situaba el núcleo conceptual del derecho en la relación humana—consciente del equívoco de la ecuación que reduce el derecho a un conjunto normativo— la norma venía a arrogarse la nuez en la determinación de la forma jurídica⁹. Se trata, bien es cierto, de una global postura ideológica, puesto que incluso al ser preponderante una teoría jurídica basada en los valores morales de la norma, la realidad tozuda enfoca el conflicto entre fuentes como la colisión entre actos con requisitos particulares en el rito de manifestación, que en virtud de tales adquieren una fuerza u otra frente al resto: así ocurrió con las tensiones entre ordenamientos de cortes y pragmáticas, por recordar un caso paradigmático de la historia jurídica. Entre los historiadores del derecho, sólo R. Altamira pareció percatarse de la importancia de los hechos como «fondo» de la historia jurídica¹⁰.

La norma tiene la trascendencia social del mensaje, de la pauta de conducta expresada. Pero una norma entre miles, que castiga u ordena, no tiene siempre, y en toda circunstancia, relevancia jurídica, carácter constitutivo de lo jurídico. Lo que le otorga relevancia jurídica es su producción —o reconocimiento— por un sujeto, en unas coordenadas de espacio y tiempo, y con otros variados accesorios rituales. Ahora bien, si centras tu atención en alguien que hace algo de una manera en un momento y en un lugar dados, otorgas una posición principal al rito de manifestación de la norma, y no sólo al contenido que supone. Y la norma, lo que se comunica, no queda desplazada, como es obvio, por cuanto orientará tu conducta; pero la atención —lo que te hace pres-

⁵ M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, 1990, *passim*.

⁶ Cf. C. VASOLI, *Enciclopedismo, pansofia e riforma 'metodica' del diritto nella «Nova Methodus» di Leibniz*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (= QF), 2 (1973), pp. 37-109.

⁷ Cf. P. VILAR, *Historia del derecho, historia total*, en *Economía, Derecho, Historia. Conceptos y realidades*, trad. N. Lago e I. Hierro, Barcelona, 1983, pp. 110-118.

⁸ G. LUMIA, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Madrid, 1985, pp. 42-43.

⁹ J. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 7-60.

¹⁰ R. ALTAMIRA, *Historia del Derecho español*, Madrid, 1903, pp. 13-23.

tar oídos, lo que te agita con la juridicidad de lo que se escucha— proviene de su manifestación, que sacude. Así las cosas, la norma forma parte del acto, y los actos constituyen en puridad lo jurídico, el derecho. La pertenencia de la norma al acto, en orden a la determinación de la juridicidad, implica una revalorización de la manifestación fáctica que no debe resultar extraña. Porque el historiador sabe que el significado del acto no es simplificable en el de la norma que contiene. El reconocimiento por parte de las fuentes castellanas bajomedievales de la palabra del rey como fuente del derecho (vgr. *Partida* 3.4.19), tiene una trascendencia significativa con independencia del contenido normativo que esa palabra decida manifestar. Por supuesto que lo que la palabra del rey manifieste, la norma que manifieste, tendrá una repercusión social, pero desde el punto de vista jurídico, el mero dato de que el rey, en su condición de tal y con un rito determinado, pronuncie su palabra, denota una evidente juridicidad: su palabra, antes de expulsar una concreta palabra con un concreto sentido jurídico, es ya un acto que tiene el carácter de factor jurídico. Valgan otros ejemplos de otra época. Uno además cinematográfico: si el emperador romano hace un gesto ante el gladiador vencido, obviamente se trata de un acto; si podría decirse que sólo es una norma, por cuanto indica la afirmación o negación de la pena de muerte, el matiz obligado está en que el gesto es sólo pauta con relevancia jurídica por proceder del sujeto de quien procede, en el lugar, en el tiempo, con la ceremonia adecuada, pues el mismo movimiento jocoso, entre los espectadores, sería la idéntica norma, el idéntico mensaje expresivo de la misma pauta de conducta, pero sin relevancia jurídica, y el movimiento del príncipe, entre el público, no conseguiría captar la «atención jurídica» —como lo conseguiría, si no fuese delatado, el acto del far-sante que supiera manejar la apariencias—. ¿Sería suficiente, por poner aún otro caso, recordar la influencia que tuvieron, en la (des)legitimación político-jurídica de los detentadores del poder, las apariciones y desapariciones de Hisham II, sugerir lo que puede extraerse de la actuación de sus dobles, como del uso político de las muertes ocultas y vidas ficticias de los jefes políticos? El sujeto, el lugar, el tiempo, y cientos de posibles instrumentos y circunstancias que fraguan el rito de manifestación, están presentes en el acto en el que se contiene y da a luz un mensaje, una norma; el acto ritual normativo integra el derecho, y no sólo la norma como desgajada, porque en el acto están el rito y la norma que identifican la juridicidad.

De manera que los actos son una muestra más del dualismo filosófico occidental, pese a los intentos de enmascaramiento monista. Ahora bien, no debe parecer que restrinjo la importancia de la norma. Porque la normatividad —la idoneidad para la expresión de pautas de conducta— está presente en todo acto, y no sólo en los que a veces monopolizan el nombre de fuente. Por eso cabe afirmar que todos los actos son fuentes del derecho, puesto que en todos yace la normatividad, debido a que todos son volitivos y aquélla depende de la voluntad. Entonces explota el (des)orden jurídico, al trazarse entre los actos relaciones de tensión o armonía. Por tanto nada empece que en el sistema jurídico, algunos actos determinados —v. gr., por razón del sujeto que preside su

rito de manifestación— sean preferentes, e incluso se hayan arrogado una posición que teóricamente les permite descartar de la «vida oficial de las fuentes» a otros actos determinados por su singularidad o por su falta de relevancia; es una voluntad que se impone sobre otras: de modo tal que, por ejemplo, la minusvaloración normativa de la voluntad en sistemas jurídicos penales en los que prime el principio de la responsabilidad criminal por el resultado, no significa una desaparición de la importancia de la voluntad en el sistema, sino que la depauperación de la voluntad del delincuente obedece a la sobrevaloración de otra voluntad, político-jurídica, que decide en tales términos. La cuestión de la voluntad que hace el vacío a otras, no se plantea de modo paladino en el ámbito de la antijuridicidad, ya que los actos antijurídicos son relevantes, lo que explica su castigo. Más bien el problema reside en la ajuridicidad. Esta podría querer decir que, o bien necesariamente debe admitirse que todo orden jurídico «oficial» contrasta con un orden que, al no asumirse en las coordenadas de las fuentes reconocidas, no es jurídico; o bien hay que considerar que el mundo jurídico es un mundo complejo donde toda ordenación es provisional, en la medida en que los actos no reconocidos pueden precipitarse a la intervención, cuando las circunstancias lo permitan, haciendo valer su normatividad. Curiosamente, son perspectivas apriorísticas que no se anulan, si se quiere profundizar sin prejuicios; puede vgr. que la costumbre sea un concepto que se ha nutrido de una lectura con ojos oficiales, y que así pierda carácter de fuente autónoma al ser subsumida por otras fuentes, como la doctrina o la jurisprudencia, o la propia ley, pero también por fuerza tiene que haber «otra costumbre», esencial si no funcionalmente, que se preserve no sometida a la definición que de ella hagan las restantes fuentes del derecho ¹¹.

Se ha fabulado mucho sobre la habilidad de la voluntad que preside el sistema para reducir la «ajuridicidad agazapada». Lo que es peor, se ha visto demasiado en este siglo agonizante. Al fin y al cabo, la expulsión del extranjero, o el campo de concentración, se han convertido en símbolos no por su actitud represora frente a la antijuridicidad —contemplada en la tiranía o en la fundamentación de la guerra— sino antes bien por su empecinamiento en ir más allá, y yugular la amenaza agazapada del irrelevante. Este agigantamiento del Estado Cerebro —voluntad única— sería plásticamente la representación de cómo el Terror (tal y como denuncia la literatura de ficción: A. Huxley, G. Orwell, P. K. Dick) anhela la anulación definitiva de la voluntad ni siquiera reconocida en el sistema de poder. Por decirlo con otras palabras: se persigue sajar esa normatividad que, aun para un solo hombre, entraña todo acto. La libertad no es por estas razones, como diagnosticó I. Berlin, sólo algo negativo —una disminución de la presión del poder en la definición de la juridicidad o de la antijuridicidad— sino algo positivo ¹²: el reconocimiento de laaju-

¹¹ Versus A. GORDILLO CAÑAS, *La costumbre, ¿fuente autónoma del derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del derecho en el código civil español*, QF, 21 (1992), pp. 387-523.

¹² I. BERLIN, *Libertad y necesidad en la Historia*, trad. J. Bayón, Madrid, 1974, pp. 136-166.

ridicidad. Ahora bien, ésta es un lago donde crepitan voluntades retorcidas que intentan consolidar sistemas de poder alternativos, o subrogarse en la posición de la voluntad actual sobrepuerada, con la mala fortuna, así, de que en sus aguas se estén cocinando los mismos procesos de afianzamiento de una prevalencia sobre otras voluntades que, al alcanzar la «oficialidad», sabrán muy bien reproducir –puesto que, como señala M. Foucault, las relaciones de poder no se encuentran «en posición de exterioridad» frente a otras relaciones humanas, sino que son inmanentes¹³–. En cualquier caso, si una voluntad ajurídica deviene jurídica, otra ajurídica se agazapará a la espera. Y el punto último de esperanza contra el poder, está en la resistencia de una libertad concebida en términos extremadamente individuales –la normatividad de un acto sólo para con el hombre que lo protagoniza: decisión sobre sí mismo– y marginales –la perversión amoral de su escaso poder– porque tal libertad es la verdaderamente difícil de extirpar. Dicho de otra forma, el poder tiene más simpatía por la libertad colectiva que por las libertades individuales; la libertad en singular es susceptible de ser aherrojada con facilidad mayor que unas dispersas libertades incontrolables. Y esa libertad individual resta guadiana casi siempre, porque la voluntad poderosa, como humana y en tanto fruto de su propia ansia de dominio discursivo, define un campo del derecho frente al que siempre queda un poso ajurídico. No cabe, en definitiva, reducir el conflicto jurídico de voluntades a un decisionismo que «arroja a la ajuricidad o a la antijuricidad»¹⁴, porque la antijuricidad está incluida en la juridicidad, y porque a la ajuricidad nada ni nadie arroja, pues en ella «se está».

En el derecho hay por lo tanto un juego de palabras y silencios, que obedece a la normatividad de todo acto y a la preocupación por definir un orden de normatividades, cuya plasmación exigirá el contraste de los ritos de manifestación. Unas voluntades hablan, otras responden y algunas simplemente callan; depende de los casos jurídicos y de la preocupación de la voluntad preferente por su expansión discursiva por unos campos u otros. Están los problemas de un derecho *secundum, praeter* o *contra* el derecho preferente; y está la cuestión profunda del «a-derecho» ¿que es derecho o no lo es? Pero en cualquier caso todos son reflejo de la tensión en la estantigua de actos rituales normativos en la sociedad humana.

Por lo tanto,

«fuente = acto = {hecho + voluntad} ≡ {rito de manifestación + contenido normativo}».

Y este es un dualismo de sumandos, de primer nivel, que habrá que tener en cuenta a la hora de analizar las fuentes histórico-jurídicas.

¹³ M. FOUCAULT, *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, trad. U. Guiñazú, 14.ª ed., Madrid, 1987, p. 114.

¹⁴ O. CORREAS, *La teoría general del derecho frente a la historia del derecho*, en *Ius fugit*, 3-4 (1994-1995), pp. 30-31.

Dicho esto, las fuentes histórico-jurídicas, por su carácter pretérito –que, por demás, es propio de toda fuente humana– sufren una reificación. Son actos, pero su exteriorización y materialización las conserva en soportes, que permiten su aprehensión significativa de otro modo imposible¹⁵. Gracias a estos vehículos puede procederse a su lectura. Su naturaleza histórica presume una petrificación que ha permitido su persistencia. Esta reificación debe tomarse como un tesoro, y al abrirlo e interpretar tal cosa comunicativa, no puede olvidarse su naturaleza de acto ritual normativo. Así la lectura remite al tiempo histórico en el que la fuente estuvo operativa. La fuente no obedece, de acuerdo con P. Grossi, a un «pensamiento jurídico» abstracto, sino a una «experiencia jurídica histórica»¹⁶ –en la que cabe localizar un pensamiento jurídico histórico concreto, e incluso una particular concepción del tiempo¹⁷: como la que hoy, según advierte B. Clavero, distancia del derecho a la historia, en el sistema constitucional¹⁸–. No puede ser de otra forma, si en la historia no hay «constante repetición de lo idéntico»¹⁹. Decía C. Lévi-Strauss que la historia sin fechas está condenada a disolverse: además, esa concreción elimina la posibilidad de una historia total, que se neutralizaría a sí misma²⁰.

De la realidad histórica cabe decir que tiene con vocación dualista –el mundo humano de hechos volitivos se conjuga– dos dimensiones: *a*) la dimensión fáctica; y *b*) la dimensión mental. La dimensión fáctica obliga a entender que la realidad pretérita es cuasi-inexistente, porque hay en ella una dimensión fáctica general y una dimensión fáctica de las fuentes –luego, contra F. Chatelet, el lenguaje no se disocia, como superestructura, del hecho²¹– que se distinguen, en primer lugar, por su tangibilidad, dado que la primera sólo fue tangible en su momento histórico de acaecimiento, mientras la dimensión fáctico-fontanal fue tangible cuando acaeció y puede seguir siéndolo a través de su conservación en el tiempo; y en segundo lugar, por su accesibilidad o recuperabilidad, por cuanto la dimensión fáctica general es irrecuperable e inaccesible, en tanto la dimensión fáctico-fontanal –como excrecencia del referente– es recuperable y accesible. Esto explica la posición sumisa de la dimensión fáctica general ante la dimensión fáctico-fontanal, en la historia de la humanidad en tanto historia comunicativa. Es comprensible también la prevalencia de la dimensión fáctico-fontanal sobre la dimensión mental, intangible en toda época, irrecuperable e inaccesible. No obstante, de la misma mane-

¹⁵ P. COSTA, *Semantica e Storia del pensiero giuridico*, QF, 1 (1972), p. 64.

¹⁶ P. GROSSI, *Pensiero giuridico*, QF, 17 (1988), pp. 263-269.

¹⁷ Cf. C. PETIT, *Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 19 (1992), pp. 331-332.

¹⁸ B. CLAVERO, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, p. 19; it. *Historia, ciencia, política del derecho*, QF, 8 (1979), pp. 6-7 ss..

¹⁹ K. JASPERS, *Origen y meta de la Historia*, trad. F. Vela, Madrid, 1950, pp. 263-264.

²⁰ C. LÉVI-STRAUSS, *El pensamiento salvaje*, trad. F. González Aramburo, México D. F.-Buenos Aires, 1964, pp. 373-375.

²¹ F. CHATELET, *La naissance de l'Histoire. La formation de la pensée historique en Grèce*, Paris, 1962, pp. 424-426.

ra que la facticidad de la fuente conecta a ésta con la dimensión fáctica general, la dimensión fáctico-fontanal tiene un enlace con la dimensión mental, habida cuenta que si en la fuente no está la mente que escribió –porque, contra R. G. Collingwood, la expresión no tiene capacidad suficiente para manifestar el pensamiento²²– sí queda, en cierta medida, impregnada una *ratio*, una tipología cultural singularmente aprendida y exteriorizada.

Parece obvio que el acto más resistente –la fuente– absorbe el primer plano. Pues bien, la fuente, como acto resistente reificado –cosa comunicativa– se ordena en expresión y contenido²³. La reificación es, por lo tanto, el medio de conservación del acto. La fuente es el acto –hecho con voluntad significativa por rito y norma– pero la significación que lleva implícita se conserva por su reificación. De tal modo que sólo a través del análisis de esta reificación se posibilita la aprehensión de la información significativa. (De ahí el espejismo del derecho como conjunto de normas, de contenidos: falacia provocada por la reificación comunicativa necesaria para un mundo humano que es por su propia naturaleza temporal, histórico.)

Así, el mundo del derecho es un mundo de actos. Pero el análisis de las fuentes histórico-jurídicas parte de su reificación: del estudio de su expresión y contenido. La preponderancia de la fuente reificada –devenir de la dimensión fáctico-fontanal– admite una relación esencial con la dimensión fáctica, y una relación funcional con la dimensión mental de la historia de la realidad. La primera se deriva de que la fuente es acto, hecho; al no ser tan sólo una explicación de los hechos de su mundo, sino un hecho también en él inmerso, ésta es una conexión esencial de la que no cabe obtener, sin embargo, conclusiones generales sobre lo que fue, pues la aprehensión por la fuente de los otros hechos, depende de la visión concreta de la voluntad particular que en el hecho que ella es se manifiesta. La segunda podría entenderse funcional por razón de que, aunque la fuente no alcanza a recoger la complejidad de la mente, sí experimenta una impregnación de la tipología cultural singularmente absorbida y expulsada. En definitiva, si el mundo del derecho se sitúa en la dimensión fáctico-fontanal, es coherente la proclamación, por una parte, de la naturaleza del derecho como sistema de actos, y por otra parte, la empresa de un análisis de las fuentes histórico-jurídicas que desde la reificación trate de descubrir la información significativa, sin renunciar al contacto con la particular *ratio* mental –no la mente siempre inasible– de cada acto.

De modo que

«fuente = acto (& mundo de hechos) = hecho + voluntad {significación .
(rito de manifestación + normatividad)} < reificación {significación .
[(expresión + contenido) & *ratio* mental]}».

²² R. G. COLLINGWOOD, *Idea de la Historia*, trad. E. O’Gorman y J. Hernández Campos, 3.^a reimpr., México D. F., 1972, pp. 209-225.

²³ Cf. U. ECO, *Tratado de semiótica general*, trad. C. Manzano, 5.^a ed., Barcelona, 1991, pp. 83 ss.

2. Las fuentes histórico-jurídicas habitan en un mundo donde comparten su espacio con otras diversas fuentes calificadas de muy distinta forma, como pertenecientes a otros campos, otras ciencias, otras disciplinas. La historia del derecho es un punto solo cuyo nacimiento –como el de toda la historia– ha de explicar la antropología: esa fascinación por la muerte y los antepasados que también se comprende en la visita a los cementerios el Día de Difuntos.

La cualificación jurídica de la historia –historia del derecho– está históricamente condicionada, como advirtió B. Paradisi²⁴. La juridicidad de los hechos es variable y congruente con una cultura determinada. Así, un discurso es definido como jurídico de modo convencional: el derecho nace de una convención, que no es inalterable en el tiempo. Pero la propia extrajuridicidad parte de la existencia cultural de la convención: si la convención es cultural, toda la cultura impide la independencia total de la convención; toda definición del derecho debe por lo tanto tomar conciencia de su intrínseca dificultad, y en realidad sólo se hace posible en cuanto descripción, que no definición, de la convención²⁵.

La conciencia de convencionalidad en cada época, por demás, no tiene por qué ser idéntica, ni de similar grado. Depende del desarrollo de un ritmo de meditación, de una ciencia –o del efecto científico, reconocido aun por el mismísimo J. H. von Kirchmann, de todo orden convencional²⁶–. Es evidente que la ilocalización de conciencia no quiere decir inexistencia de la convención. Por eso, a veces el patrón de otro tiempo sirve al descubrimiento de problemas jurídicos en distinta época. La cuestión no reside tanto en esta estrategia, como en la restitución del resultado, al fin, al orden convencional de la época analizada: es decir, en el reconocimiento de hasta qué punto ese problema, aun detectado, era jurídico –y sirve a la explicación del derecho– en aquel período histórico, sin imponer anacronías dogmáticas ni un antidogmatismo anacrónico para el objeto.

Así, hay dos campos de minas. Uno que deriva de la necesaria inmersión del derecho, como convención cultural, en la cultura. Otro que deriva de la necesaria localización de la convención jurídica, por derecho, y su extracción de aquellas aguas culturales. El camino a seguir consiste en la determinación del *leit motiv* convencional: el anhelo de tocar lo que P. Gardiner llamó la pertinencia²⁷, y de explicarse también el sentido de lo impertinente (¿no impulsó ese hallazgo del nervio motor de la convencionalidad de las fuentes, una his-

²⁴ B. PARADISI, *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto*, QF, 1 (1972), p. 27.

²⁵ Vgr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, 4.ª ed., 7.ª reimpr., Madrid, 1996, pp. 23-31.

²⁶ J. H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. A. Truyol Serra, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 6. Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Reflexiones sobre la Historia*, en *Revista de Historia del Derecho*, 2-2 (Granada, 1981), pp. 100-101; J. M. PÉREZ-PRENDES, *Interpretación histórica del Derecho. Notas. Esquemas. Prácticas*, Madrid, 1996, p. 44.

²⁷ P. GARDINER, *La naturaleza de la explicación histórica*, trad. J. L. González, México D. F., 1961, pp. 26-27.

toria serial, cuantitativa –pero no en busca de una singularidad, como en los presupuestos aquí mantenidos, sino de una psicología colectiva? ²⁸). La precisión del *leit motiv* exige dos operaciones: la conexión de las fuentes históricas jurídicas con las extrajurídicas y el análisis del rito de manifestación y de la normativa del acto; puesto que toda fuente tiene un *leit motiv*, un nervio, que será más fácil o difícil de concretar –pienso vgr. en la polémica entre P. Del Giudice y F. Calasso, a propósito de un derecho canónico entre ciencia teológica y ciencia jurídica ²⁹– y acaso encuadrable en catalogaciones que nos resulten familiares o ajenas: pero, en cualquier caso, existe, y ése es el punto de ordenación en la exposición de una cultura extraña. La extraconexión y el análisis del acto nos procurarán información sobre el distinto nivel del discurso acerca de las mismas convenciones en distintas fuentes, y así sobre la relevancia que se les otorga y el dominio de qué *leit motiv* se produce por mor también –como ínsito a la voluntad interpretable que mueve el acto– del fin perseguido que en la fuente se impone.

C) EL MÉTODO

Hay un mundo jurídico imposible al que acercarse: un mundo *a)* de actos en los que *b)* se filtra la *ratio* de una voluntad y que *c)* responden a un *leit motiv* convencional, *d)* reificándose. El método para el análisis de las fuentes parte, pues, de la reificación, que obliga a un estudio de la expresión y el contenido. Esto es insoslayable: para el *leit motiv* convencional que precisa de un cotejo con fuentes de diversos campos para su localización y explicación; y para la detección de la *ratio* de quien expresa su voluntad mediante la búsqueda de información presente y de información subyacente. Pero ya forma parte todo de una operación simultánea, que puede presentarse como búsqueda de información presente y subyacente en una fuente o conjunto de fuentes para la determinación de su significación como producto volitivo y clave convencional.

La búsqueda de información presente y subyacente parte del análisis de la expresión y del contenido de las fuentes. Para analizar la expresión y el contenido, el manejo de otros conceptos puede ser muy fructífero. Me refiero a los conceptos de estructura y sustancia. Vulgarmente, la estructura es el cómo y la sustancia es el qué. De forma más precisa, *a)* la estructura es una forma de organización, y *b)* la sustancia es el sentido transmitido.

Así las cosas,

1. La información presente se obtiene *a)* de la estructura de la expresión, y *b)* de la sustancia del contenido; y

²⁸ Cf. P. CHAUNU, *Histoire science sociale. La durée, l'espace et l'homme à l'époque moderne*, Paris, 1974, pp. 53-77; it., *De l'Histoire à la prospective*, Paris, 1975, pp. 47-73, 397-398.

²⁹ Vid. F. CALASSO, *Il Diritto canonico e la Storia*, en *Storicità del Diritto*, Milano, 1966, pp.143-153.

2. La subyacente se obtiene *a)* de la estructura del contenido, y *b)* de la sustancia de la expresión.

1. Los suministradores de información presente ofrecen un mensaje lineal, que no quiere decir fácil de desentrañar. Han sido tradicionalmente objeto de los análisis histórico-jurídicos, y no requieren un largo comentario, por omnipresentes en todo estudio.

La información obtenida a través del análisis de la estructura de la expresión es la información extraída del análisis de la forma de organización de la expresión.

Así, la estructura de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 incluía, en el título II de su Segunda Parte dedicada a la jurisdicción voluntaria, la institución de los alimentos provisionales, mientras la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dedicaba a la misma institución, el título XVIII de su Libro Segundo, incluyéndola en sede de jurisdicción contenciosa. La información que proporciona esta forma de organización de la estructura de las leyes, se pone de manifiesto si tenemos en cuenta vgr. la permisión que en los actos de jurisdicción voluntaria tiene la comparecencia directa de los interesados (arts. 13 LEC 1855 y 4 LEC 1881).

La información obtenida a través del análisis de la sustancia del contenido es la información extraída del análisis del sentido transmitido por el contenido.

En rigor, se trata de la lectura lineal de los textos, de los mensajes deliberadamente transmitidos. No obstante, lineal no quiere decir fácil: que no se atiende más que a lo que se dice no presume que se diga claramente o sin profundidad. Me parece, en todo caso, suficiente, la remisión a un par de monografías que dan cuenta con maestría de la dificultad y de los frutos que se pueden obtener de una lectura detenida y compleja de fuentes variadas. La construcción de B. Clavero a propósito de la «antropología católica de la edad moderna»³⁰, es toda una lección de lectura de fuentes doctrinales donde entra en juego el problema de la determinación del *leit motiv* convencional; con una determinación técnica precisada, sin embargo, del *leit motiv* en la convención jurídica, el examen de A. Iglesia Ferreirós sobre el tránsito de la prenda visigoda a la prenda de usufructo³¹, se acompaña de una reflexión metodológica acerca de la lectura de las fuentes del derecho, de consulta obligada para todo su historiador.

2. Los suministradores de información subyacente forman una especie de esqueleto cultural o figurativo preconcebido, acaso inconsciente, que la voluntad maneja al expresarse. Decía el filósofo escocés T. Reid, a mediados del siglo XVIII:

³⁰ B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, 1991.

³¹ A. IGLESIA FERREIRÓS, *Las garantías reales en el Derecho histórico español. I. La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, Santiago de Compostela, 1977.

*Existen miles de ejemplos... la mente pasa instantáneamente a las cosas significadas sin hacerse la más mínima reflexión sobre el signo e incluso sin percibir su existencia. En cierto modo, es algo parecido a los sonidos del lenguaje que, tras hacérsenos familiares, son ignorados, atendiendo tan sólo a las cosas significadas por ellos... debemos hablar de las cosas que nunca han sido objeto de reflexión, aunque casi siempre hayan estado presentes en la mente. ...La mente ha adquirido el hábito confirmado e inveterado de no prestarles atención; pues no aparecen tan pronto ni tan rápido como la iluminación de la cosa significada, y entran a formar parte de nuestro recuerdo...*³²

No es coincidencia que hayan sido historiadores del arte (v. gr., P. Francastel³³) quienes se hayan mostrado receptivos a la incorporación, en los discursos de las fuentes (lingüísticas o no), de la tipología cultural singularmente aprehendida por el autor, pero que éste no siempre ha podido controlar con plena consciencia.

La información obtenida a través del análisis de la estructura del contenido es la información extraída del análisis de la forma de organización del contenido.

La forma de organización del contenido, en los soportes lingüísticos que en historia del derecho son utilizados con mayor profusión, consiste básicamente en la selección y colocación de las palabras. El dato de que se produzca la selección de unas palabras y no de otras, y su colocación de una forma en vez de otra, transmite información subyacente.

C. Lévi-Strauss recogió un ejemplo que resulta muy significativo:

*La proposición: el hombre malvado ha matado al pobre niño, en chinook se expresa así: la maldad del hombre ha matado a la pobreza del niño; y, para decir que una mujer utiliza un cesto demasiado pequeño: mete raíces de potentilla en la pequeñez de un cesto de conchas*³⁴.

Se trata de extraer información de la gramática y de la semántica (selección) así como de la sintaxis (colocación). He tenido ocasión de comprobar³⁵ cómo en las leyes visigodas, por ejemplo, falta una teoría sobre su cumplimiento que esté expuesta en forma lineal y presente. Sin embargo, el análisis de las palabras seleccionadas por estas leyes muestra un orden de ideas, desde la perspectiva de la adecuación de los hechos a la legalidad: vinculación (v. gr., *coercere, cogere, conpellere*), exigencia (v. gr., *adinplere, observare*), contrarreacción (v. gr., *contemnere, transgressio*) y revancha (v. gr., *disciplina, censura, pena*). Se aprecia también una colocación de las nociones que expresa un sistema de manifestación de la ley visigoda, no expuesto de mane-

³² En M. BAXANDALL, *Las sombras y el Siglo de las Luces*, trad. A. Bozal Chamorro, Madrid, 1997, pp. 132, 136.

³³ P. FRANCASTEL, *Campo figurativo e Historia*, en G. SADOUL et alii, *La Historia hoy*, Barcelona, 1976, pp. 261-268.

³⁴ C. LÉVI-STRAUSS, *El pensamiento salvaje*, op. cit., p. 11.

³⁵ E. ALVAREZ CORA, *Qualis erit lex: La naturaleza jurídica de la ley visigótica*, AHDE, 66 (1996), pp. 11-117.

ra teórica: ordenación (*ordinatio, emendatio, confirmatio*), más impresión de carácter de debido cumplimiento (*valor, robur*), más persistencia temporal (*inconvulsum, inrevocabile*).

Las conclusiones del análisis de la estructura del contenido no pueden ser aquí predeterminadas, porque dependen de cada investigación y de sus pretensiones. Pero baste con exponer ejemplos significativos, como el anterior y algún otro. El examen comparativo, en este sentido, es muy sugerente. La presencia de digresiones, de continuo uso de palabras clave; la preferencia por oraciones coordinadas o subordinadas; el grado de presencia de la adjetivación; el carácter predominantemente adverbial o preposicional de un texto, etc.: todos estos datos dicen mucho de la diferencia entre los actos de comunicación.

Así, el capítulo 55 del fuero de Soria (siglo XIV) reza:

Sj algun omne leuare mugier soltera por fuerça et yoguiere con ella, peche .cc. mr. et sea enemjgo de sus parientes della; et si non yoguiere con ella, peche .ç. mr.;

mientras la *Partida* 7.20.3 dice:

Robando algun ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con alguna dellas por fuerça, si le fuere prouado en jyzio, deue morir porende; e demas, deuen ser todos sus bienes de la muger que assi ouiesse robada, o forçada.

Al margen de la necesidad de confirmar puntos en un análisis que se quisiera de entidad, para poner simplemente un ejemplo podemos extraer información respecto de dos voluntades que escrituran en una misma época. Amén de la información presente, que ahora no me preocupa, hay datos de información subyacente: La *ratio* foral plantea la conducta mediante condicional, en tanto la ley regia prevé por gerundio: en el mundo foral el derecho se retrae hasta entrar en acción y el mundo legal ordena una serie de acciones potencialmente presentes frente a las que prevé su particular actividad potencial; en los mundos foral y legal el hombre protagoniza una acción, pero el primero califica a la mujer por relación (sexual) con el varón, cuando el mundo legal califica a la mujer por distintos parámetros que la independizan como propia figura institucional —lo que se refuerza por la disyuntiva de caracteres—; salta a la vista, por otra parte, la diferencia de terminología jurídica/común y un contraste cuantitativo en conceptos técnico-jurídicos, que enlaza con la información presente: pero destaca por sí misma la cercanía sintáctica entre acción y sanción en el mundo foral y el carácter consecuente, resultado de un avance discursivo, en el mundo legal: en éste, por lo tanto, la sanción no tiene el mismo predominio discursivo, no está buscada con la misma veleidad, y se matiza con un *porende* que ratifica su sentido no como un hecho más meramente activado sino además legitimado desde una razón previa... Basta.

Que el rey diga «yo» en vez de «nosotros», que el delincuente sea «el falsario» y no «los falsarios», etc., puede querer decir que la tipología cultural

del mundo en el que nace la fuente, responde a una mentalidad determinada, con su grado de abstracción, con su necesidad de conexión con la extrajuridicidad –motivada por distintos factores– o con su denuedo por adjetivar a los sujetos o enraizarse simplemente en las conductas... No puedo imaginar todos los factores, toda la información. Pero, obviamente, la estructura del contenido supura una información que subyace y que complementa la que he denominado presente.

La información obtenida a través del análisis de la sustancia de la estructura es la información extraída del análisis del sentido transmitido por la estructura.

La titulación, capitulación, puntos y aparte y paréntesis, epígrafes y espacios en blanco, letras de distinta caja, el pulso en los manuscritos, apuntes al margen... y la propia configuración de las partes estructurales de un texto, pueden emitir un sentido. Ese sentido configura información subyacente. Nadie explica, pero una mentalidad que distribuye de una manera, quiere decir algo distinto de la que distribuye con otra razón. Compilaciones, recopilaciones y códigos, sin ir más lejos, hablan de mentalidades, tienen un sentido sin necesidad de llevar la lectura más allá de la percepción de lo que su propia estructura significa.

Así, por ejemplo, la Partida 2.1.2 recoge la siguiente clasificación:

El poderio que el Emperador ha, es en dos maneras. La vna, de derecho: e la otra, de fecho.

Si se tiene en cuenta la Partida 2.1.5, puede atribuirse al rey el mismo conjunto de poderes. Ahora bien, si aquella aseveración se lee bajo el espíritu de su posición en la estructura de la obra, la distinción entre poder de derecho y de hecho se desvanece, porque están presididas por la afirmación del prólogo:

E fezimos ende este libro, porque nos ayudemos Nos del, e los otros que despues de Nos viniessen, conociendo las cosas, e oyendolas ciertamente: ca mucho conuiene a los Reyes, e señaladamente a los desta tierra, conocer las cosas segund son, e estremar el derecho del tuerto, e la mentira de la verdad;

de suerte que, aunque en ningún momento se diga para el punto concreto ahora tratado, la cosmovisión jurídica del libro, que aparta de sí mismo lo que no es derecho, obliga a considerar como pasto del derecho, lo que como poder de mero hecho se consideraba. Las consecuencias que se deducen de este sentido transmitido por la estructura, carecen de espacio aquí, pero no parecen baladíes desde el punto de vista de la mentalidad jurídica que se pretende arañar.

Si se compara, por otra parte, la distribución de materias de las *Ordenanzas Reales de Castilla* –libros, títulos y leyes– con la propia del *Liber Iudiciorum* –libros, títulos y leyes– las sugerencias que se derivan de la presentación de temas, de su orden, de su prelación y de su extensión, pueden ser muy sig-

nificativas de la *ratio* de quien elaboró el libro, bebedor de su época; a grandes rasgos:

I	religión	ley
II	oficios reales y corte regia	derecho procesal
III	derecho procesal	derecho matrimonial
IV	caballeros, hidalgos y exentos	sucesiones y familia
V	derecho matrimonial y sucesiones	derecho contractual
VI	rentas reales	derecho penal
VII	ciudades y villas y concejos;	derecho penal
VIII	derecho penal	derecho penal
IX		derecho penal
X-XII		división de tierras, médicos, derecho mercantil, herejía...

Ni que decir tiene que la comparación con un código decimonónico —con su particularización material que al tiempo produce complejidad técnica de ordenación— sorprendería aún más. Pero idéntica operación de cotejo puede realizarse entre textos más cercanos, donde los cambios tal vez sean menos bruscos pero acaso testimonios de mayor enjundia por discretos o sibilinos; es suficiente la remisión a tantos textos legales que hoy se enredan en libros, títulos, capítulos, secciones y artículos que se subdividen en párrafos, números, subnúmeros y letras: hay en este orden una mentalidad que conecta con las preocupaciones jurídicas latentes y con el mundo filosófico en el que funciona el derecho.

En otras ocasiones, la mano temblorosa de un escribano nos puede transmitir el sentido de errores jurídicos que no son propiamente excepciones; la creación de una disposición adicional, con su título en mayúscula, puede servir para fines tortuosos de calibre sustantivo; como hay contratos en los que tiene tanto que decir que la condición general inicua se haya disimulado en esa llamada, *stricto sensu*, «letra pequeña»...

3. La información subyacente que procuran la estructura del contenido y la sustancia de la expresión, no es independiente de la información presente que proporcionan la estructura de la expresión y la sustancia del contenido. Estas estrategias de análisis deben verse como complementarias, como suministradores de significación cuya repercusión habrá que valorar en cada análisis, en relación con los objetivos propuestos. De hecho, muchas veces puedes tropezar con su valoración, casi sin querer, cuando su importancia es tan manifiesta que cualquier ojo atento la percibe: si su valor no ha sido olvidado del todo en la práctica, merecía en cualquier caso un puesto teórico más alto, que estas páginas quieren ofrecerle. Con su aventura, vamos quizá a aproximarnos al mundo jurídico imposible. No será el mundo perdido histórico, pero tampoco un simple mundo posible que ha despreciado otros medios de análisis por preferir sólo la comprensión del testimonio, de la lápida. Algo hay detrás de las fuentes, que es imposible desvelar: pero la imposibilidad

alimenta la fiebre por tocar más allá de la cosa. Si hay una historia del derecho preocupada por los muertos, y una historia del derecho preocupada por los vivos, quizá quede lugar aún para una historia del derecho que pretenda conversar con el fantasma.

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA