

Guillermo F. MARGADANT S.

MONTANOS FERRÍN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Historia del derecho y de las instituciones* . . .1059

en función de una meta: su propia preservación." "Hoy la presidencia es parte del problema, no de la solución."

El lado autoritario de la herencia de Cárdenas floreció, pero no el del nacionalismo y la justicia social. "Con la perspectiva que da el tiempo, vemos que la tarea de hoy es combatir el autoritarismo que se encubrió bajo el manto de la Revolución."

Así termina un análisis profundo y conocedor, ayudado por un enfoque histórico de la especialidad del autor, siempre sugerente e inteligente. Éste es el tipo de libro que invita a la reflexión sobre los temas tratados, como esfuerzo para buscar entender al país alejados de las imágenes creadas y de los formalismos.

Aun cuando no se trata de una obra hecha ex profeso, con la continuidad ideal, sino de artículos conjuntados, es tal la percepción y honestidad intelectual del autor y la calidad de sus argumentos, que constituye una lectura obligatoria para el ciudadano consciente de nuestros tiempos.

Adalberto SALDAÑA HARLOW

MONTANOS FERRÍN, Emma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Historia del derecho y de las instituciones*, Madrid, 1991, 3 t., XXI-572 pp.; XXII-609 pp.; XXI-572 pp.

Los iusindianistas mexicanos apreciamos sinceramente a José Sánchez-Arcilla, cubano-español que ha asistido a varios eventos académicos mexicanos. Como consecuencia de este contacto unos excelentes estudios suyos ya han sido publicados en estas tierras.<sup>1</sup>

A la coautora, Emma Montanos Ferrín, española de Galicia, los historiadores del derecho mexicano la conocemos también, por coincidir con ella en eventos académicos y por sus estudios sobre la historia del derecho español, disciplina que siempre nos interesa especialmente a causa de la plataforma común que, en forma del derecho indiano, tiene esta materia con la historia de nuestro propio derecho.

<sup>1</sup> Véanse sus ponencias presentadas a los Congresos IV y V de Historia del Derecho Mexicano, publicadas en las memorias respectivas, y su ensayo "Pervivencia de la tradición jurídica romana en España y la recepción del derecho común", publicado en los *Estudios en homenaje a Guillermo F. Margadani*.

Así, conociendo a ambos autores en forma personal y a través de sus trabajos, no asombra a uno el interés que tiene su obra mancomunada, aquí reseñada.

Este voluminoso panorama (más de 1900 páginas) viene dedicado al recientemente fallecido néstor de la materia en cuestión, Alfonso García-Gallo de Diego, que por tanto tiempo fue el corifeo de la historia del derecho español en la Universidad Complutense de Madrid —y al mismo tiempo un erudito muy conocido y querido en México—. Como consecuencia podemos ver en esta obra una nueva rama del glorioso árbol, plantado por Hinojosa, que fructificó con los aciertos de Rafael de Altamira y luego con los de nuestro García-Gallo y de otros alumnos de don Rafael (como nuestros propios iusindianistas Silvio Zavala o Esquivel Obregón), para culminar por lo pronto en la generación a la que pertenecen ambos autores de esta obra (y de la que también, en cierto sentido, forman parte la mayoría de los que en México cultivamos la historia del derecho indiano y su trasfondo, la historia del derecho castellano).

En comparación con la obra fundamental sobre esta materia que todos hemos manejado tan frecuentemente, o sea, el indispensable *Manual de historia del derecho español* de Alfonso García-Gallo, podemos decir inmediatamente que la presente obra, con su total de LXVIII-1836 pp., supera en volumen la parte explicativa de dicho *Manual* (o sea, el primero de sus dos tomos, con LX-998 pp.). Por otra parte, le falta la rica selección de textos que García-Gallo nos ofrece en el segundo tomo de su *Manual* (1298 pp.).

Continuando con la comparación entre aquel *Manual*, ya clásico, y la presente obra, el estilo de ésta me parece más transparente y accesible que el del *Manual*, pero esto tiene como precio que le falta al nuevo libro la admirable, a veces abrumadora, densidad de información que nos ofrece el *Manual* de García-Gallo; además no encontramos en los tres tomos aquí reseñados la abundancia de referencias internas (y, desde luego, las referencias a los mencionados textos originales que don Alfonso nos ofrece en aquel segundo tomo de su obra —textos que tantas veces dan vida concreta a las explicaciones abstractas o muy generales del primer tomo de aquel *Manual*).

El sistema de la obra aquí reseñada no es tan complicado como el seguido en el *Manual*, el cual, sobre todo a partir del cuarto capítulo, requiere un esfuerzo especial de atención de parte de la persona que desee consultarlo (uno pronto se da cuenta de que se

trata de un sistema que frecuentemente lo manda de regreso a temas ya tratados, aunque bajo un ángulo distinto).

La obra que aquí reseñamos tiene, desde luego, la ventaja de haber aprovechado la reciente literatura especializada, que desde la última edición del *Manual* ha crecido casi en forma exponencial. A pesar de esto no debe pensarse que la obra de Montanos Ferrín y Sánchez-Arcilla simplemente sustituya el *Manual* del gran predecesor de estos dos autores: a pesar de los grandes méritos de la trilogía ahora reseñada, el *Manual* sigue teniendo su utilidad, paralelamente con esta obra nueva.

El título de esta voluminosa obra podría despistar a uno: parece sugerir un contenido más amplio del que en realidad encontramos en ella, ya que sólo se trata de una historia del derecho y de las instituciones de *Castilla/España* (y, secundariamente, de sus antiguas posesiones de ultramar): no es otro intento de presentar una historia universal del derecho y de las instituciones, al estilo de lo que Gillissen nos ha dejado, por lo que al derecho privado se refiere, en sus *Éléments d'histoire du droit privé*<sup>2</sup> y de lo que yo mismo he intentado ofrecer en mi *Historia universal del derecho*.<sup>3</sup>

Con buena sistemática, la obra comienza con unas páginas acerca de los orígenes de la historiografía jurídica, con las aportaciones hechas por juristas de visión histórica, y por historiadores que tuvieron un interés especial en las transformaciones del derecho (en forma de legislación y de otras manifestaciones) que acompañaron la evolución social general. Cabe notar, al respecto, que sobre todo en el aspecto legislativo los grandes individuos que *parecen* mover el devenir del derecho a menudo no son más que peones de ajedrez, dirigidos por fuerzas subyacentes (I, pp. 1-4).

Hubo y hay modas en cuanto a la descripción y el análisis de la evolución jurídica, y nuestros autores dedican especial atención a la Escuela Histórica del Derecho, que desde Alemania tuvo una relevante repercusión en España, y a la sociología, que tanto puede enriquecer cualquier rama de la historia (aunque no siempre respeta su propia delimitación respecto de las demás ciencias sociales).

Los autores también conectan su tema con el derecho comparado, que puede contemplarse como el panorama horizontal en el que desembocan las diversas fuerzas históricas del derecho, como corrientes verticales.

2 Bruselas, 1979.

3 3a. ed., México, M. A. Porrúa, 1991.

Luego los autores llegan a la gran figura de Eduardo de Hinojosa, que, por su contacto con la ciencia alemana, logró inspirar la corriente histórico-jurídica hispana, a la que también los historiadores latinoamericanos del derecho tanto debemos.

Regresando a temas más generales, los autores exponen sus ideas sobre las relaciones entre la historia del derecho español y la historiografía hispana en general, y entre la historia jurídica y la dogmática. Quisiera añadir a este tema tan importante, que los juristas, a menudo sin darnos cuenta de esta circunstancia, no podemos percibir el derecho sino a través de los conceptos que elabora la dogmática, y esto frecuentemente nos perjudica en nuestra calidad de historiadores del derecho, por el hecho de extrapolar hacia lo pasado varias distinciones dogmáticas totalmente ajenas al modo de sentir el derecho, que ha caracterizado a las generaciones pasadas. Ya el hecho de usar para ciertas instituciones del pasado términos ligados a instituciones modernas, fácilmente falsea nuestra visión sobre la realidad jurídica de tiempos pretéritos.<sup>4</sup> Sobre todo la realidad jurídica de épocas "primitivas" es parte de un conjunto social espontáneamente vivido más bien que racionalmente estructurado, y nuestra costumbre profesional de clasificar conceptualmente en forma demasiado rígida<sup>5</sup> las instituciones jurídicas (por ejemplo propiedad, posesión, usufructo, enfiteusis, etcétera), no contribuye a un acercamiento realista a la tarea de reconstruir el ambiente general de un sistema jurídico del pasado.

Una de las grandes controversias de la generación de Alfonso García-Gallo ha sido la que versaba sobre el papel que deben jugar los factores extra-jurídicos, meta-jurídicos, en nuestros intentos de presentar la evolución de las instituciones y de los dogmas. En estas discusiones la actitud de don Alfonso siempre ha sido caracterizada por una consciente desconfianza de lo extra-jurídico, con lo cual él se separó parcialmente de la corriente de Hinojosa (que por lo demás encontró en él a un nuevo líder). Tomás y Valiente combatió a este respecto la posición de García-Gallo, y los autores de la obra reseñada, después de presentar objetivamente las grandes líneas de la discusión (I, pp. 15-22) no adoptan al respecto una posición rigurosa; en fin, en la vida académica moderna hay lugar para toda clase

<sup>4</sup> Entre nosotros, en México, uno observa a menudo que para la descripción y el análisis de los derechos precortesianos, los antropólogos hacen contribuciones más importantes y realistas que los juristas, tan inclinados a separar lo jurídico de lo económico, religioso, los convencionalismos y factores de psicología colectiva.

<sup>5</sup> "Pigeonholing the facts of reality" según el pintoresco término anglosajón.

de sicologías e intuiciones: éstas se completan, más bien que excluirse recíprocamente.

Una posición dual en esta controversia ha sido adoptada por Font Ríos y por el discípulo de éste, Lalinde, el cual da a la historia del derecho un carácter "bifronte" (I, pp. 22-24).

Otra corriente dentro de nuestra disciplina quiere limitarla a una historia de las fuentes jurídicas —de los grandes monumentos del derecho—, y si luego nuestros autores mencionan todavía como elemento del panorama general la visión marxista de un Bartolomé Clavero, no debemos reprocharles que su resumen del pensamiento de este intelectual no les salga muy claro; parece que esto se debe a los virajes que emprendió el propio Clavero y al hecho de que sus objeciones a otras corrientes son más claras que sus proposiciones sustitutivas de las teorías que él critica. Personalmente, aun alabando la introducción de elementos económicos en la visión histórica del derecho, a menudo he lamentado el grado en que el acercamiento materialista-histórico, con sus esquematismos un poco mecánicos y demasiado globales, puede empobrecer nuestra materia.

Con esta introducción general (I, pp. 1-27) los autores están listos para lanzarse a la narración concreta de la historia jurídica de España.

Después de una exposición de los pocos datos o suposiciones acerca de los derechos prerromanos (I, pp. 29-33), los autores nos presentan en forma muy general la evolutiva romanización jurídica y cristianización de la Península (I, pp. 33-46), para luego esbozar con detalle las instituciones políticas de la estructura estatal romana (I, pp. 48-113), ofreciéndonos primero un resumen del derecho público romano desde los tiempos republicanos de las Guerras Púnicas hasta el florecimiento del Imperio, para luego describirnos con cierto detalle la forma en que Roma administraba sus provincias y esbozarnos el panorama tan variado de las administraciones municipales en la "Provincia". A este respecto se puede admirar en Roma la generosa flexibilidad de su política respectiva, y su tendencia realista de respetar, hasta donde sea compatible con la seguridad del Imperio, las tradiciones y la autonomía de cada asentamiento autóctono. Sin embargo, la actitud de Roma para con los asentamientos en la Provincia parece haber sido modificable *ad nutum*, de acuerdo con el libre arbitrio romano (cuando menos en el caso de las ciudades "*stipendiariae*"). Así, en el nivel municipal se establece un derecho público romano de gran variedad, según el carácter romano o autóctono de cada establecimiento y el grado de confianza que cada comunidad

autóctona merecía. Esta variedad retrocede paulatinamente con la gradual extensión del sistema municipal romano central, que al mismo tiempo comienza a perder su carácter democrático.<sup>6</sup>

En la administración de la justicia (I, pp. 114-123) durante esta fase de la historia española, observamos inicialmente una amplia supervivencia de lo autóctono, con paralelismos múltiples entre lo romano y lo prerromano.

La descripción del sistema fiscal romano (I, pp. 124-140) —con, entre otros rasgos, aquel “arriendo de impuestos” que en forma de los “publicanos” ha dejado sus huellas en el Nuevo Testamento—, ofrece un interesante ejemplo de cómo Roma aprovechaba financieramente sus provincias. Luego el sistema militar aplicado a una provincia como Hispania queda también claramente expuesto (I, pp. 141-150).

En las páginas anteriores ya han sido tratados varios temas del derecho público romano, de manera que el lector quizás se asombrará de ver, para la sección IX de este periodo de 218 a.C. hasta 212 d.C. el título de “El ordenamiento jurídico romano” (I, pp. 151-174), pero pronto se dará cuenta de que los autores nos ofrecen ahora, bajo esta denominación, el panorama general, estructurado, de las fuentes del derecho romano, a cuyo respecto la concesión de la latinidad a todos los hispanos (73 o 74 d.C.), y finalmente la concesión de la ciudadanía romana a los mismos (cuando, en 212 d.C. este privilegio fue extendido a todos los habitantes libres del Imperio) son dos fechas importantes.

Que el derecho privado de los autóctonos, aun después de su romanización, no siempre haya sido idéntico al derecho romano “central”,<sup>7</sup> es evidente. En esta parte de la obra el dualismo entre el sistema central y lo que sucedía en las provincias queda bien ilustrado, y en cuanto al derecho provincial los autores señalan diversos datos seguros, pero por lo demás practican el “*ars ignorandi*” con un loable sentido de responsabilidad académica.<sup>8</sup>

6 Los autores ofrecen en este caso una buena ilustración particular de las ideas generales que expuse en “Los sufridos decuriones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año VII, núm. 20, mayo-agosto de 1974, pp. 45-84.

7 Para el romanista, la historia del derecho romano en España es siempre un excelente ejemplo del establecimiento de un derecho romano provincial, siempre relativamente distinto del derecho romano “central”, el “*Reichsrecht*”.

8 También en detalles como el rechazo abierto de las tradiciones legendarias sobre la cristianización de España, a menudo todavía tan caras a amigos españoles católicos que tengo, uno nota la moderna objetividad académica de los autores de esta obra, como también, en el tercer tomo, en la forma desapasionada de referirse al régimen de Franco.

Hasta aquí los autores pudieron colocarnos ante una línea narrativa relativamente sencilla, aunque a menudo hubo que introducir un dualismo entre unos sistemas coexistentes (como el sistema romano central y el provincial); entre asentamientos romanos y autóctonos; o entre municipios autóctonos privilegiados y varios otros que fueron tratados con cierta desconfianza.

En la segunda parte de este primer tomo los autores nos hablan de la "expansión y vulgarización del derecho romano", desde la concesión general de la ciudadanía romana a los habitantes libres de la región mediterránea (212), hasta la llegada de las tropas islámicas, en 711.

Como consecuencia de la profunda crisis del Bajo Imperio, sobre todo desde que fuerzas centrífugas y caóticas eliminaron a Alejandro Severo, en 235, hasta el ascenso del enérgico Diocleciano, en 284, el Estado mediterráneo, a veces subdividido para luego reunificarse temporalmente, entró en una fase de erosión a la cual las invasiones, sobre todo germánicas, contribuyeron mucho. En páginas interesantes los autores esbozan el establecimiento de los visigodos en las provincias hispánicas y su delicada convivencia con el poder imperial, hasta la desintegración del imperio romano de Occidente, por 476.

Luego, la descripción del reino visigodo y de su derecho todavía puede hacerse en línea recta (I, pp. 91 y ss.), aunque el sistema adoptado por los autores es el de repartir sucesivamente la descripción del largo periodo de 212 a 711 d.C. entre varias facetas,<sup>9</sup> lo cual da como resultado inevitable cierta cantidad de regresos cronológicos e inclusive temáticos<sup>10</sup> en la explicación de la evolución político-jurídica durante este periodo.<sup>11</sup> Así, en momentos en que la imaginación del lector ya se encuentra a fines de la época visigoda, con el cambio hacia otro aspecto de este periodo bifásico su mente tiene que regresar a un ambiente tan distinto, como era el del Bajo Imperio.

A partir de la p. 357 los autores nos presentan la España musulmana (que toleró, con ciertas reservas, que continuara vigente gran parte de los derechos de los vencidos).

<sup>9</sup> "Instituciones políticas", "La administración central", "La administración provincial", "La organización municipal", "La administración de justicia", "La organización fiscal", "La organización militar" y "El ordenamiento jurídico".

<sup>10</sup> El derecho, e inclusive la vida social en su generalidad, es un "seamless web" y el tratamiento sucesivo de diversas facetas de un solo cuerpo social inevitablemente tiene algo de arbitrario, y obliga a reconectarse a menudo con algún tema ya tratado.

<sup>11</sup> Un ligero descuido, también visible en el Índice General, causó un brinco desde "II. las instituciones políticas" hasta "IV. La administración central".

Aquí comienza el grave problema de conciliar la narración (que siempre busca líneas centrales de desarrollo) con el desgajamiento de la historia jurídica española entre diversas historias regionales; resulta difícil armonizar una perspectiva cronológica central con la dispersión de la cultura peninsular cristiano-romano visigótica entre varios territorios jurídicos,<sup>12</sup> y con la existencia de ingredientes tan heterogéneos dentro de cada territorio, como son las residuales influencias romanistas (a su vez sujetas a cambio, sobre todo a “vulgarización”), las germánicas, la corriente canónica, nuevos derechos palaciegos, y normas feudales. De tales elementos se formaron gradualmente aquellos sistemas forales que desde hace tantos siglos hasta hace poco han obstaculizado la unificación del derecho nacional español, presentando a España un reto especial que otros países occidentales no han conocido en esta forma.

Otro problema para la estructuración de una obra como la presente es que cada rama del derecho (las normas políticas, el derecho civil, el mercantil, etcétera) tiene su propio ritmo de desarrollo, de manera que una periodización que se ajusta bien a una rama no siempre tiene sentido para otra.<sup>13</sup> Como consecuencia, cada solución que un autor o que unos coautores acepten al respecto, no es más que un compromiso.

También para el periodo del siglo VIII al siglo XIII, como para el anterior (de 212 a 711), los autores han adoptado básicamente un sistema dual, presentando primero las características generales del lapso en cuestión, y luego una secuencia de aspectos específicos, como son: un panorama de la estructura social; las instituciones políticas, la administración pública central (“la Corte”) —en el tercer tomo completada mediante “la administración consultiva”, producto del liberalismo político—; además de la administración descentralizada (inclusive el sistema municipal); la administración de justicia; la organización fiscal; la organización militar, y finalmente, la estructura del derecho desde el punto de vista de sus fuentes —un aspecto que los autores designan como “El ordenamiento jurídico”, pero que en

12 Como fueron: el reino castellano-leonés, “La Marca Hispánica”, pequeños territorios pirenaicos, Aragón, Navarra y algunos otros.

13 Una esquematización de la historia jurídica española en tres dimensiones podría dejar mejor resultado que una en dos dimensiones (aunque ésta se deja dibujar más cómodamente) o una lineal, cronológica, que generalmente es intentada para una “narración”.

el tercer tomo recibe una designación distinta: "El proceso codificador"—.<sup>14</sup>

Esta distribución de la descripción de una fase entre las seis o siete señaladas facetas tiene sus evidentes ventajas, pero también separa datos que, en realidad, han sido elementos de un solo conjunto.<sup>15</sup>

Además causa regresos, recaídas cronológicas, cada vez que los autores pasan de una faceta a otra, y esto es especialmente notable cuando en esta obra se considera como un solo periodo el del Bajo Imperio Romano junto con el del reino visigodo; o cuando se engloba la España musulmana con los reinos que surgen durante la Reconquista y se nutren de ésta. Así, en la sección de las instituciones políticas de los siglos VIII a XIII (pp. 454-483), los autores nos presentan aquellos caudillos cristiano-germánicos que gradualmente reciben el título de "reyes", para luego continuar con los emires, califas y reyes que existieron en la misma fase en la España musulmana, cúspides de estructuras de poder que habían surgido en un ambiente espiritual totalmente distinto.

En el primer tomo, los autores terminan la serie de aspectos pertenecientes a un solo periodo por un breve panorama de los "Debates historiográficos", secciones atractivas que nos presentan el estado de la discusión de tales temas seleccionados, y que encontramos al final del periodo de 212 a 711 y del periodo comprendido entre los siglos VIII y XIII.

Lamento que los autores hayan tenido que abandonar la elaboración de tales secciones, tan interesantes, en los otros dos tomos de su obra (seguramente no por falta de materias histórico-jurídicas que se prestarían a tales debates, obviamente).<sup>16</sup>

Formalmente, para la periodización desde la conquista romana de la Península hasta el comienzo del siglo pasado, los autores han to-

14 Una designación que, desde luego, no agota la materia antes comprendida en "El ordenamiento jurídico": el derecho positivo de la fase 1808-1975 es mucho más amplio que el mero derecho codificado.

15 Recuerden cómo a Spengler le gusta presentar "cortes transversales" entre diversos aspectos simultáneos de alguna cultura, mostrando, por ejemplo, para la fase barroca la presencia de un solo espíritu detrás de la arquitectura, las matemáticas, la música y la estructuración política.

16 Por ejemplo, el público latinoamericano hubiera visto con gusto un panorama actualizado sobre la todavía existente tensión entre la "leyenda negra" y la "leyenda blanca" respecto del régimen indiano, o sobre las causas de la independización de las posesiones españolas de ultramar, tema rozado en la nota 44 de III, p. 32. Y ya con referencia más estricta al derecho peninsular podríamos pensar en la discusión acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto Real de 1834 y varios otros temas.

mado como criterio orientador la posición del derecho romano dentro del sistema jurídico español, y la versión especial de este derecho, tan transformable, durante la "segunda vida" del derecho romano.

Cabe hacer la observación, en este punto, que muchos estudiosos del derecho todavía consideran este "derecho romano" como algo demasiado unificado, monolítico, cuando en realidad corresponde a una secuencia de fases, que primero ascienden hacia el derecho romano-bizantino del *Corpus Iuris* (con sus cuatro elementos,<sup>17</sup> formulados entre 529 d.C. y la muerte de Justiniano<sup>18</sup> en 565) para luego manifestarse a través de diversas escuelas (a veces sucesivas pero también en ocasiones simultáneas, paralelas), basadas en diversos estilos de interpretación de aquella compilación justiniana. Los autores de esta obra desde luego contemplan el "derecho romano" en forma de un conjunto de diversas fases, escuelas y subescuelas, pero de todos modos han decidido dar a este concepto, tan mutable, un lugar central dentro de su periodización, de manera que nos presentan como fases del derecho hispano hasta el comienzo del siglo pasado: el periodo del establecimiento del derecho romano en Hispania (218 a.C. 212 d.C.); el de la expansión y vulgarización del derecho romano occidental (212-711); el de una pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana (siglos VIII-XIII); el de la recepción de *ius commune*, o sea, de aquella flexible mezcla de elementos canónicos con justinianos (siglos XIII-XV), y luego el del auge y la crisis del *ius commune* (siglos XVI-XVIII).

Este lugar central otorgado al derecho romano, en su transformación hacia un *ius commune*, da cierta transparencia y cohesión a la periodización, pero probablemente dificulta la tarea de hacer una plena justicia a elementos de la historia del derecho español, como son: el derecho visigodo, el impacto del derecho musulmán, los sistemas mercantiles, las normas canónicas, el derecho judío medieval o el que emanaba, primero, de las Coronas territoriales paralelas, y, finalmente, de la Corona española.<sup>19</sup>

Por otra parte, sería injusto reprochar lo anterior a los autores: en vista de la complejidad de toda historia jurídica, pero especial-

17 *Las Instituciones* (533), el *Digesto* (533), el *Codex* (segunda edición: 534) y las *Novellae*, productos de la actividad legislativa de Justiniano desde 534 hasta su muerte en 565.

18 Estrictamente hablando, la presencia de unos pocos productos legislativos post-justinianos entre las *Novellae* pugna con esta sencilla fecha *ad quem*.

19 Derecho emanado del palacio que en ciertas publicaciones ha designado como "derecho palatino".

mente de la historia del derecho español, resulta imposible una sistematización clara, monolítica, satisfactoria desde todos los puntos de vista, y los intentos serios de acercarnos más a una sistematización ideal finalmente nos llevarían hacia una exposición tan laberínticamente compleja, que el lector —a menudo un estudiante de primer ingreso—, además de comprender la esencia de la historia del derecho, primero debería invertir un gran esfuerzo mental en la comprensión del sistema seguido por el autor, como sucede con el famoso Manual de García-Gallo.

El segundo de los tres tomos comprende dos periodos importantes, que los autores caracterizan como “la recepción del *ius commune* en la Península” —siglos XIII-XV—, y luego como “auge y crisis del *ius commune*” —siglos XVI-XVIII—.

El primer periodo nos pone en contacto con la teoría elaborada en defensa de los reyes, de que “*Rex in regno suo imperator est*”, tesis apoyada por el papa en 1213. También ofrece a los autores una oportunidad para explicar aquel concepto del “*ius commune*”, tema fundamental que sirve para la estructuración formal de todo este tomo. Quizás hubiera sido interesante analizar también la aportación canónica a este *ius commune*, y en las interesantes páginas II, 1-6 unas referencias bibliográficas exactas a las citadas de los glosadores y sobre todo de los posglosadores hubieran ayudado a los que a través de este texto quieren entrar más detalladamente en este tema histórico-jurídico.<sup>20</sup>

Luego los autores nos describen la formación de una clase de juristas y de un ambiente jurídico-académico en el mundo hispano, tema que nos lleva hacia la obra jurídica de Alfonso el Sabio, sobre todo aquellas *Siete Partidas* que, por faltarles en las Indias la convivencia con los fueros locales, en este continente han tenido un impacto más directo en la realidad jurídica que en su patria de origen.

Paralelamente con la recepción del *ius commune* en el ambiente de Castilla, los autores nos describen las aventuras de esta rama del derecho en Cataluña, Aragón, Navarra y otras partes de la Península.

Después de esta introducción sobre el *ius commune* y su penetración en los derechos de España, sigue respecto del periodo en cuestión la secuencia de aspectos, arriba ya mencionada. Primero se trata de la organización de la sociedad, y de las instituciones políticas, sobre todo la Corona y las Cortes o las demás asambleas (como

<sup>20</sup> La atribución de “*Omnes populi*” a Gayo es, desde luego, un error que en la próxima edición de esta obra tendrá que corregirse.

juntas, uniones y hermandades). En relación con el tema de la Corte real siguen luego interesantes páginas sobre las chancillerías y los tres consejos reales fundamentales.

Contra este fondo los autores pasan hacia las autoridades inferiores, diferenciadas según los tres reinos, y finalmente a las diversas instituciones feudales, en las que también encontramos las órdenes militares, que gradualmente cayeron bajo el dominio de la Corona.

En las pp. 130-148 descendemos hacia el nivel "grassroot" de los municipios, para luego encontrar información sobre la administración de justicia (todavía no nítidamente distinguida de la actividad gubernativa general), la organización fiscal y la militar, en los diversos territorios. Luego, regresando un momento al desarrollo del *ius commune*, los autores nos llevan hacia el sistema de la creación y aplicación del derecho durante la fase final del Medievo, con también una breve referencia a la literatura jurídica y al desarrollo del derecho canónico, importante en sí pero también por su impacto en el *ius commune*.

Con esto, todo está listo para el próximo periodo del desarrollo jurídico hispano: la fase renacentista y barroca —un periodo de especial interés para nosotros a causa de la convivencia de nuestras tierras con la cultura jurídica hispana—.

En la parte inicial de lo referente a este periodo, los autores desde luego nos describen la consolidación del poder combinado de Castilla y Aragón, y los diversos pasos hacia la unificación jurídica de España (que por fin pudo llevarse a cabo en forma ya casi perfecta, en nuestra propia época). Aquí también hallamos lo referente a la incorporación de las Indias en el sistema castellano, de manera que la pp. 239-253 tienen un especial interés para los hispanoamericanos.

Contra este fondo general siguen las facetas especiales de la organización social: su casco estatal, sobre todo representado por el rey y las asambleas políticas, la administración central y las administraciones descentralizadas (una vez más con referencia especial a las Indias, en las pp. 365-368). Y como este periodo comprende el cambio de los Austrias hacia los Borbones, con las grandes innovaciones borbónicas del siglo XVIII, encontramos en esta parte de la obra la descripción de aquel magno intento modernizador, que por varias razones no logró producir entre nosotras todas sus potenciales ventajas: el sistema de las intendencias.

En el aspecto municipal los autores ofrecen párrafos especiales sobre el desenvolvimiento del cabildo en las Indias (399-404). También

el aspecto de la "administración de justicia" contiene datos especiales sobre la justicia en las Indias, y nos permite comprender este sistema indiano, que generalmente conocemos con bastante detalle, en su conexión con el fondo general del sistema justiciero hispano. También las páginas sobre el próximo aspecto especial, el de la organización fiscal durante este período, ofrece finalmente el perfil especial de la Hacienda indiana.

El aspecto de este período que se trata al final de esta serie de facetas, "el ordenamiento jurídico", tiene especial interés, en primer lugar por la descripción de las diversas recopilaciones —desde luego con una referencia a la Recopilación de Leyes de Indias, pero también con una mención especial de la Nueva Recopilación, tan importante para la realidad jurídica en Hispanoamérica—. Además es importante en esta fase el auge del derecho regio, que a mediados del siglo XVIII finalmente logró entrar en la enseñanza universitaria.

Formalmente hablando, hasta ahora el derecho romano (o los sucesivos derechos de estilo romanista) había proporcionado la espina dorsal de la narración (ya hemos señalado las desventajas de este sistema, pero nuestra crítica respectiva no tiene mucha fuerza, a causa de nuestra incapacidad de proponer un sistema mejor que no fuera excesivamente complejo). Este hilo rojo del derecho romanista o del *ius commune*, empero, nos abandona al comienzo del siglo pasado, y el tercer tomo, que trata de la evolución del derecho español desde 1808, busca para dividir las fases dentro de este largo período, un criterio básicamente iuspublicista. Este cambio de criterio tiene su justificación.

El siglo XVIII había sido el del racionalismo y de los logros iniciales del liberalismo (en sus dos aspectos, el económico y el político). Después de los fundamentos de la corriente liberal, puestos por Eduardo Cook (*habeas corpus*; sujeción de la Corona al derecho), John Locke (los derechos individuales intocables) y la "*Glorious Revolution*" inglesa de 1688 (triumfo del sistema de una monarquía limitada "constitucional"), este liberalismo tiene una creciente serie de éxitos, con los fisiócratas (y su visión macroeconómica), con Montesquieu (y su recomendación de la separación de los poderes), Voltaire (campeón de la libertad religiosa) y los demás enciclopedistas ("*la révolution avant la révolution*"), Beccaria (introducción de la razón moderna en la corriente penal), Adam Smith ("*laissez faire, laissez passer*"), Turgot (eliminación de los gremios por obstaculizar la libertad económica), Jovellanos (política antifeudal española), Jeremias Bentham

(ideólogo de la codificación, racionalizador del derecho inglés), y tantos otros.

Grandes momentos para el triunfo del liberalismo político (generalmente ligado al liberalismo económico), han sido la independencia de Norteamérica, que dio lugar a constituciones liberales de gran influencia, como la de Virginia (1776) y la federal (1787); y luego la Revolución francesa —con su anticlericalismo y con su famosa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789—.

Y estas dos revoluciones, junto con otra —de muy distinta índole—: la Revolución Industrial, han preparado el ambiente para el siglo XIX, aquel siglo de la burguesía y del colonialismo.

Luego sigue (en parte en un ambiente de antítesis al burguesismo y al colonialismo) aquel siglo tan enormemente importante, glorioso y sufrido, que en estos años estamos terminando. Y el neoliberalismo de sus décadas finales, junto con la nueva visión planetaria y la creciente conciencia de los problemas ecológicos, proporcionan ahora el punto de partida para las aventuras de la humanidad dentro del próximo milenio.

En todo este magno desarrollo, que en el mundo noratlántico nos hace pasar desde una historia del occidente hacia una historia mundial, con mejor equilibrio entre sus ingredientes, encontramos que el desenvolvimiento ideológico, político, toma una prioridad sobre el desarrollo del derecho romano, o del derecho en general: más y más la política se infiltra en la vida del derecho, de manera que parece lógico establecer desde 1808 las fases fundamentales en que se reparte la historia del derecho español sobre una nueva base: la de las aventuras iuspublicistas e ideológicas del país.

La larga fase de 1808 hasta nuestros días, obviamente debe subdividirse en varias subfases políticas.

Dentro de un primer periodo de 1808-1833, los autores presentan primero la crisis del antiguo régimen en España, que se manifiesta por el escándalo en el seno de la familia real, en Aranjuez (1808), y que lleva hacia aquella cruel guerra civil (1808-1814) que todos asociamos inmediatamente con los magníficos y siniestros grabados de Goya.<sup>21</sup>

Son objetivas e interesantes las páginas dedicadas a la Constitución pronapoleónica, josefista, de Bayona, de 1808, que con un poco de buena voluntad puede considerarse como un miembro de la familia

21 Me refiero, desde luego, a la serie de "Los desastres de la guerra".

general de las constituciones liberales.<sup>22</sup> Por otra parte, la constitución antinapoleónica de Cádiz y la legislación que la circunda representan mejor la ideología del liberalismo y reciben un tratamiento más detallado.

Sin embargo, ambas Constituciones tuvieron que retroceder ante el regreso de un absolutismo algo caricaturesco, de 1814 a 1820, que después de un trienio liberal de 1820 a 1823<sup>23</sup> continuaba su camino hasta la muerte de Fernando VII, en 1833, la cual marca el final de una segunda subfase.

Luego, en una década llena de sorpresas (1833-1843), que entre otras cosas hizo surgir el largo problema carlista, producto de la polinterpretabilidad del sistema sucesorio en la cúspide monárquica, vemos esbozarse gradualmente, de nuevo, la monarquía constitucional, con la Constitución de 1837, y algunos otros triunfos liberales. Éstos marcan la evaporación del antiguo régimen y del feudalismo, a cuyo respecto elementos iluminados de la aristocracia colaboraron con la burguesía.

Luego, los autores nos presentan los aspectos jurídico-políticos de la "década moderada" (1843-1854, con la Constitución de 1845).

La próxima fase (1845-1876) con la derrota del moderantismo nos lleva hacia la Constitución de 1869, y después de la breve primera República, termina por la restauración borbónica, sellada por la Constitución de 1876. Los vaivenes del anticlericalismo español acompañan estas aventuras políticas, que muchos de nosotros hemos vivido mentalmente a través de la gran literatura histórico-novelesca que España ha producido.

Durante la fase de 1876 a 1931, a través de aquel famoso "año del desastre" (1898) sigue el triste camino de la monarquía hacia la dictadura de Primo de Rivera, y la abdicación de Alfonso, y luego la dual subfase de 1931 a 1975 nos muestra el surgimiento de la Segunda República con la Constitución de 1931, luego truncada desde 1936 por el franquismo con su "Nuevo Estado" (una época tratada por los autores con admirable ecuanimidad), hasta la defunción del caudillo y el subsecuente regreso a la monarquía constitucional, preparado por Franco para después de su muerte, con marcados

<sup>22</sup> Hace una reverencia ante el principio de la división de poderes, corresponde a varios principios del liberalismo económico (libertad de industria y comercio, lucha contra ciertos monopolios y parte de las vinculaciones, tendencia hacia la meritocracia y a rebajar la nobleza al nivel de simples mortales).

<sup>23</sup> Muy importante para nosotros ya que empujó a las fuerzas antiliberales de México hacia la aceptación de la Independencia.

rasgos de democracia representativa y participatoria, que ya queda fuera del marco cronológico de esta obra (en fin, ¿cuándo exactamente se convierte la historia en política actual?, toda decisión respectiva tiene algo de arbitrario).

Contra el fondo general de esta secuencia de casi 170 años de esperanzas y desilusiones, y que produce finalmente un saldo favorable (cuando menos desde el punto de vista de un observador moderno, liberal-laico), la obra reseñada nos describe luego aquella serie de aspectos particulares a que ya nos hemos referido algunas veces.

Primero, bajo "Organización social" los autores nos describen la evolución de la nobleza, la burguesía, el clero y el campesinado, paralelamente con la formación y luego el auge del proletariado urbano; después, bajo "Instituciones políticas", encontramos el desfile de diversas formas organizatorias de la comunidad y funciones características culminantes, de manera que se nos presentan cortes transversales a través de los diversos regímenes ya esbozados, respecto de, por ejemplo, el rey (a través de los textos constitucionales de 1812, 1837, 1845, 1856, 1869 o 1876),<sup>24</sup> el presidente republicano (a través de los sistemas republicanos de 1873 y 1931),<sup>25</sup> o las cortes; en "Administración pública y sus agentes" vemos el desarrollo de la burocracia; "La administración central" se refiere al gabinete durante la larga fase tratada en este tercer tomo; en "La administración consultiva" vemos el desarrollo de aquellas instituciones tan hispanas como eran los múltiples consejos del antiguo régimen; sin embargo, la anterior proliferación no se prolongaba durante el periodo de 1808 a 1975: el único Consejo que funcionaba regularmente durante la fase contemplada en este tomo era el Consejo del Estado, a cuyo lado vemos entre 1870 y 1898 el Consejo de Filipinas y desde 1947 el Consejo del Reino.<sup>26</sup> "La organización provincial" y "La organización municipal" iluminan la estructura iuspublicista en los niveles inferiores a la cúspide, y la imagen que así, faceta por faceta,

24 Desde luego el perfil constitucional actual del rey no figura en este panorama histórico, cuya fecha *ad quem* es 1975.

25 Al lado de las figuras del rey y de un presidente, la tercera institución en cuanto a la cúspide formal del Estado, el jefe del Estado que era Franco —al mismo tiempo presidente del gobierno, como fue ratificado en 1939— recibe desde luego un lugar adecuado en esta obra.

26 Evidentemente, los encabezados de estas secciones no siempre sugieren inmediatamente al lector lo que en ellas hallará: no separan con lógica nítida los contenidos que encontramos en ellas. Por ejemplo, "la administración central" es parte de "la administración pública", "la administración consultiva" no deja de ser parte de "la administración pública" e inclusive de "las instituciones políticas".

se nos ha presentado respecto de las transformaciones del cuerpo político de España luego cobra más vida con ayuda de las acostumbradas secciones sobre "La administración de justicia", "La organización fiscal" y "La organización militar".

Finalmente, en lugar de la sección acostumbrada acerca del "Ordenamiento jurídico" hallamos ahora una que lleva por título el de "El proceso codificador" (pp. 496-544), donde se nos presenta, entre otros temas, el de la erosión de los sistemas jurídicos forales que desde la Reconquista habían complicado la vida jurídica española y que finalmente parecen haber encontrado una solución razonable en el sistema de las compilaciones de derecho civil de Vizcaya y Alava, de Cataluña, de Baleares, de Galicia, de Aragón y de Navarra.

Esta sustitución de la sección habitual de "El ordenamiento jurídico" por esta sección de "El proceso codificador" constituye una adaptación muy razonable del esquema acostumbrado adoptado en esta obra, a las características especiales de la evolución de las fuentes del derecho español durante los últimos casi siete cuartos de siglo (1808-1975) que llenan este tercer tomo. Efectivamente, ya desde la Constitución de Bayona de 1808 el ideal de una codificación general fue claramente formulado, en España, y la refundición del Código Penal de 1973 o la Compilación del Derecho civil foral de Navarra de aquel mismo año demuestran que durante todo el periodo contemplado en este tercer tomo hubo actividad codificadora.

Cada uno de los tres tomos inicia con un "Índice general", como especie de mapa que prepara al lector para el paisaje que recorrerá, y termina con un "Índice de instituciones", completado mediante un "Índice de fuentes".

Lamentablemente, los autores han tenido que prescindir de "Índices onomásticos" y de apéndices con fragmentos de textos fundamentales, ilustrativos, al estilo de lo que hallamos en el segundo tomo del *Manual* de García-Gallo —añadiduras que obviamente hubieran abultado demasiado una obra de esta índole—.

Desde el momento de la separación de los caminos de México y de España, este tercer tomo, desde luego, ya no tiene para nosotros el vivo interés que tienen las aproximadamente 1300 páginas anteriores, que ofrecen tantas plataformas comunes con la historia de nuestro propio derecho nacional. Desde luego, España siempre ha ocupado nuestra viva atención, en México, y todo lo español tiene para la mayoría de nosotros (que lo confesemos o no), un impacto emocional que los interesantes acontecimientos de Inglaterra o del Japón generalmente no tienen; pero desde 1821 el derecho español

ya no es parte de nuestro derecho patrio (a pesar del impacto que monumentos jurídicos como las "Concordancias" de García Goyena, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, o el Código de Comercio de 1885 hayan tenido en la elite jurídica de México).

Toda visión histórica tiene carácter de antología: nunca puede ser "completa"; varios lectores opinarán que personalmente hubieran tratado ciertos aspectos en forma distinta —a veces en forma más completa—; pero lo más que se le puede exigir a una obra panorámica como la presente es que no se hayan descuidado ciertos elementos que objetivamente deben considerarse como de gran relevancia, y a este respecto no creo que pudieran formularse graves críticas a esta obra: todo lo esencial es tratado en estas páginas, y la colocación de cada tema resulta razonable, aun si no existiera una estructuración lógica única e ideal para una materia como ésta.

Un crítico malhumorado podría señalar algunos errorcillos de imprenta,<sup>27</sup> unos ligeros descuidos de forma,<sup>28</sup> posibles defectitos en cuanto al fondo facticio de la narración,<sup>29</sup> o pecadillos de índole lógica,<sup>30</sup> pero todo esto es natural en la primera edición de una obra tan amplia y será fácilmente corregido en las ulteriores ediciones.

Más molesta es la falta de una bibliografía, general o después de cada capítulo, más necesaria por el hecho de que lo referente a España<sup>31</sup> en la gran bibliografía Gillissen ya resulta anticuado después de casi tres décadas.

Esta publicación, de estilo agradable, a menudo inclusive elegante, resulta tan transparente y sistemática como lo permite la complejidad de esta materia, representa un enorme esfuerzo de investigación, análisis, sintetización y presentación didáctica, y para un lector fundamentalmente enterado de estos temas, o cuando menos interesado en ellos, el resultado es seguramente proporcional a la inversión de

<sup>27</sup> Algunos son tan obvios que no causen daño ("década onminiosa" en III, p. 38, "mafiestación" en III, p. 122, etcétera); otros, más ocultos para el lector no especializado, como Bachöfen en vez de Bachofen o "dunviros" en vez de "duoviros" (I, p. 122) no son más que *peccata minutissima*.

<sup>28</sup> Pecadillos contra la debida *consecutio temporum* (al estilo de "se solicitaba al rey que se introduzcan reformas", de III, p. 28, o "Lo cierto es que habiendo conocido don Carlos la existencia del Decreto tranquiliza a sus seguidores", de III, p. 41).

<sup>29</sup> Por ejemplo, me pregunto si "Los primeros intentos..." al final de p. 4 no suena demasiado absoluto; en fin, antes de Prusia y Austria, Bavaria ya había presentado la obra de Kreyttmayr.

<sup>30</sup> Por ejemplo, en III, p. 7: "La vigencia de la Constitución de Bayona fue, de hecho, nula. Algunos órganos constitucionales se llegaron a poner en práctica y tuvieron intensa actividad, como es el caso del Consejo de Estado." (énfasis añadido).

<sup>31</sup> Sección C-7, España, 1965, por Rafael Gilbert.

tiempo, energía y amor que ambos autores han hecho en esta voluminosa obra.

Estoy convencido de que tendrá el éxito que merece, ya que en los próximos años muchos historiadores del derecho de la cultura hispana, y varios otros historiadores y comparatistas del derecho, sentirán la necesidad de tener esta obra de consulta al lado de su escritorio.

Guillermo F. MARGADANT S.

NOVELLINO, Norberto J., *Desregulación de honorarios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, 221 pp.

El autor de esta obra se ocupa de la desregulación, misma que tiene gran relevancia en los momentos actuales. La *desregulación*, esto es, el quitar o suprimir reglas, es una tendencia generalizada en las políticas de integración económica, para dejar libre el paso a las demandas del mercado, en lo que a las relaciones económicas se refiere, pero en lo relativo al derecho, "desregular" se equipara a desreglar, deslegalizar, que a su vez se traduce en una menor intervención del derecho en las relaciones económicas, lo cual da paso a muchas concesiones y exigencias de una economía de libre mercado. El Estado protector, regulador, interventor, tutelador y benefactor, ha decidido en los umbrales de fin de siglo, no intervenir ni proteger ni, mucho menos, continuar regulando las relaciones de producción, *desregulando* y *flexibilizando* en todo lo posible, lo que obstruya o pueda entorpecer el buen éxito de la economía del libre tránsito de capitales, inversiones y servicios.

Este libro tiene, pues, el mérito de ocuparse de este problema, fundamentalmente del caso argentino, problema que no es ajeno a otros países latinoamericanos, como es el caso de México, donde este proceso se ha acelerado con la apertura comercial que actualmente se vive en nuestro país.

La "desregulación de honorarios", que es el tema central de la obra, hace referencia al decreto desregulador 2284/91 y a la ley 12.990 promulgados en la Argentina.

El decreto, en su artículo 1º estableció: "Déjanse sin efecto las restricciones a la oferta de... servicios en todo el territorio nacional... y todas las otras restricciones que distorsionen los precios de mercado evitando la interacción espontánea de la oferta y la demanda."