

JAVIER FERNÁNDEZ SEBASTIÁN
JAVIER TAJADURA TEJADA
(Dirs.)

TIEMPOS DE LA HISTORIA, TIEMPOS DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
LA PROBLEMÁTICA DE LA TEMPORALIDAD EN LA HISTORIA Y EN EL DERECHO. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, por Javier Fernández Sebastián y Javier Tajadura Tejada	11
1. TIEMPOS DE LA HISTORIA, TIEMPOS DEL DERECHO.....	11
2. TIEMPOS DE LA JUSTICIA Y TIEMPOS DE LA HISTORIA: EL JUEZ Y EL HISTORIADOR.....	21
3. CONSIDERACIONES FINALES	28
BIBLIOGRAFÍA	31
CAPÍTULO I. TIEMPO Y CONSTITUCIÓN: CONCEPTOS Y METODOLOGÍA, por Josu de Miguel Bárcena.....	33
1. INTRODUCCIÓN	33
2. EL PODER Y LA PRODUCCIÓN DEL TIEMPO: LA METÁFORA DEL RELOJ.....	35
3. LA TIPOLOGÍA DEL TIEMPO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO	39
4. TIEMPO NATURAL Y CONSTITUCIÓN: TENTATIVA DE CLASIFICACIÓN.....	43
4.1. La Constitución antigua y el tiempo circular de Aristóteles	45
4.2. Newton y la Constitución de los modernos.....	46
4.3. Einstein y la Constitución posmoderna.....	48
5. EL TIEMPO EN EL NACIMIENTO Y LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN	50

	Pág.
5.1. La revolución constitucional como expresión de un tiempo nuevo	51
5.2. El tiempo del poder constituyente evolutivo	53
5.3. El tiempo en la desaparición de la Constitución	54
6. UN MÉTODO PARA ANALIZAR LA RELACIÓN ENTRE TIEMPO Y CONSTITUCIÓN	55
6.1. La Constitución <i>en el tiempo</i>	56
a) La reforma constitucional	56
b) La interpretación constitucional	57
c) Pautas de comportamiento de los órganos constitucionales...	57
6.2. El tiempo <i>en</i> la Constitución	58
a) Derechos fundamentales y tiempo	59
b) Democracia y tiempo	60
6.3. El tiempo <i>de</i> la Constitución	62
a) Historia y Constitución	64
b) El futuro y la Constitución	65
7. CONCLUSIONES	68
BIBLIOGRAFÍA	69
CAPÍTULO II. ORÍGENES DOCTRINALES DE LA «CONSTITUCIÓN GENERACIONAL», por Ignacio Fernández Sarasola	75
1. INTRODUCCIÓN: <i>O TEMPORA, O MORES!</i>	75
2. CONTINUIDAD Y RUPTURA COMO ORIGEN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN GENERACIONAL	76
3. LA IDEA GENERACIONAL EN LA DICOTOMÍA ENTRE LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA Y LA RACIONAL-NORMATIVA	79
4. EL CONCEPTO DE «GENERACIÓN» EN LA FRANCIA PRERREVOLUCIONARIA	80
5. ¿QUÉ PUEDE HACER UNA GENERACIÓN? REFORMA O SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONALES	83
6. CUÁNDO PUEDE, O NO, ACTUAR UNA GENERACIÓN	86
7. CONCLUSIONES: ¿TIENE SENTIDO UNA CONSTITUCIÓN GENERACIONAL?	88
BIBLIOGRAFÍA	91

	Pág.
CAPÍTULO III. PASADO IRREVERSIBLE, PASADO IRREVOCABLE. DE HISTORIA, ANACRONISMOS, CRÍMENES, MEMORIA Y OLVIDO, por Javier Fernández Sebastián	93
1. EL TIEMPO HISTÓRICO YA NO ES LO QUE ERA.....	93
2. HISTORIA Y DERECHO: ALGUNOS CONCEPTOS COMUNES....	96
3. HISTORIADORES Y JUECES: TESTIMONIO, JUSTICIA, VERDAD.	99
4. SOBRE EL TRIBUNAL DE LA HISTORIA.....	102
5. IRREVERSIBILIDAD, IRREVOCABILIDAD, ANACRONISMO.....	105
6. LOS TIEMPOS DE LA MEMORIA: CRÍMENES IMPRESCRIPTIBLES, PASADOS IRREVOCABLES	109
7. HISTORIA Y MEMORIA: UN ESQUEMA DIDÁCTICO	115
8. EL ETERNO PRESENTE DE LAS VÍCTIMAS, ¿UNA NUEVA RELACIÓN CON EL TIEMPO?.....	120
9. LA «MEMORIA HISTÓRICA» COMO <i>AGITPROP</i>	127
10. REFLEXIONES FINALES	131
BIBLIOGRAFÍA	138
CAPÍTULO IV. HISTORIA CONCEPTUAL Y TEMPORALIDAD EN EL DERECHO Y LA POLÍTICA: UNA CUESTIÓN FILOSÓFICA DESDE KANT Y FICHTE AL TRASLUZ DE REINHART KOSELLECK, por Faustino Oncina Coves.....	145
1. LA HISTORIA CONCEPTUAL Y LA TAREA DE UNA TEORÍA DE LOS TIEMPOS HISTÓRICOS: EL CASO DEL DERECHO Y LA POLÍTICA	145
2. TEMPORALIZACIÓN DEL DERECHO Y PRIMADO DEL FUTURO.	156
3. AIRBAGS CONTRA LA VÍA EXPRES DEL DERECHO	159
BIBLIOGRAFÍA	165
CAPÍTULO V. UNA REPÚBLICA CONTRA EL TIEMPO: LOS TRES CONCEPTOS PREFEDERALISTAS DE CONSTITUCIÓN AMERICANA, por Marcos Reguera.....	169
1. LOS TRES CONCEPTOS PREFEDERALISTAS DE CONSTITUCIÓN	170
2. LA FILOSOFÍA HISTÓRICO-TEMPORAL SUBYACENTE AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN CLASICISTA.....	177
3. LA FILOSOFÍA HISTÓRICO-TEMPORAL SUBYACENTE AL CONCEPTO DE LA <i>ANCIENT ENGLISH CONSTITUTION</i> EN SU IMPLANTACIÓN EN AMÉRICA	183

	Pág.
4. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CONCIENCIA TEMPORAL CON LA REVOLUCIÓN AMERICANA Y EL AUGE DEL CONCEPTO IUSNATURALISTA DE CONSTITUCIÓN	187
5. CONCLUSIONES	194
BIBLIOGRAFÍA	195
CAPÍTULO VI. DERECHO NUEVO VS. DERECHO VIEJO: LA SUCESIÓN DE NORMAS EN EL TIEMPO Y EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD, por Javier Tajadura Tejada	199
1. LA SUCESIÓN DE NORMAS EN EL TIEMPO	199
1.1. El derecho intertemporal	200
1.2. El problema de la retroactividad	202
2. TIEMPO Y DERECHO EN EL ESTADO JURISDICCIONAL	205
2.1. El orden jurídico medieval	206
2.2. Las <i>Constituciones de Melfi</i> (1231).....	209
2.3. La obra jurídica de Alfonso X el Sabio	211
2.4. El alumbramiento de la soberanía: las monarquías absolutas	213
3. LEY SOBERANA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO LIBERAL	215
4. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	222
5. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL DERECHO ESPAÑOL	227
BIBLIOGRAFÍA	232
SOBRE LOS AUTORES	235

LA PROBLEMÁTICA DE LA TEMPORALIDAD EN LA HISTORIA Y EN EL DERECHO. CONSIDERACIONES PRELIMINARES*

Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN
Universidad del País Vasco

Javier TAJADURA TEJADA
Universidad del País Vasco

1. TIEMPOS DE LA HISTORIA, TIEMPOS DEL DERECHO

La idea de este libro y su planteamiento inicial parten de una inquietud intelectual compartida por los dos editores firmantes de estas páginas introductorias, y por todos los autores que contribuyen al volumen, acerca de los problemas de la temporalidad y en particular de la incidencia que algunos cambios recientes en el dominio temporal están teniendo sobre las humanidades y las ciencias jurídicas y sociales. El libro es el resultado de la colaboración transdisciplinar entre un pequeño grupo de historiadores y juristas que, espoleados por los procesos de dislocamiento temporal e hiperaceleración en curso —procesos que llevan inevitablemente aparejados la erosión de las instituciones y el socavamiento de su legitimidad—, nos interesamos, desde diferentes perspectivas, por esta amplia temática. Y en estas notas introductorias nos limitaremos a hacer algunas consideraciones de orden general, que fijen las coordenadas del terreno en el que nos movemos.

* Este trabajo se inscribe en las tareas del Proyecto de Investigación HAR2017-84032-P, y del Grupo GIU 18/215, respectivamente financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España - Agencia Estatal de Investigación / FEDER (Unión Europea) y por la UPV-EHU.

Las múltiples interrogantes abiertas por el acercamiento crítico al tiempo y a la temporalidad delimitan, sin embargo, un territorio tan vasto e intrincado, que al abordar este tema en cualquiera de sus facetas y dimensiones es fácil extraviarse. No es este, desde luego, el lugar idóneo para disertar *in extenso* sobre el tiempo —«familiarmente extraño, enigmáticamente obvio», como dijo una vez Giacomo Marramao—, un enigma filosófico que, pese a lo mucho que se ha escrito sobre él desde la Antigüedad —de Platón a Aristóteles, de San Agustín a Santo Tomás, de Newton a Kant, de Bergson o Heidegger—, sigue sin resolverse¹.

Tras los pasos de los grandes pensadores mencionados y de varios otros, diversos sociólogos del tiempo del siglo xx —de Georges Gurvitch a Norbert Elias, por referirnos a dos autores bien conocidos muy distintos entre sí— subrayaron la heterogeneidad y pluralidad de los tiempos sociales, así como la conveniencia de estudiar el desarrollo y evolución de nuestras concepciones temporales (concepciones que, como mostró Elias, no se limitan a la manida contraposición entre un tiempo objetivo, natural, cosmológico y absoluto, por una parte, y otro subjetivo, humano, social y relativo)². Desde la teoría sociológica, cuya preocupación por el tiempo nació en realidad con la Sociología como disciplina independiente —la caracterización del tiempo como una construcción social o una «representación colectiva» está ya presente en Durkheim y en Weber—, autores como Niklas Luhmann, Ulrich Beck, Anthony Giddens o Zygmunt Bauman se han ocupado asimismo de distintas facetas de la temporalidad en el mundo moderno.

También desde la Antropología se han aportado investigaciones y reflexiones de gran interés —pensemos en los trabajos de Johannes Fabian, Marshall Sahlins o Raji Steineck— sobre las temporalidades y cronosofías divergentes de otras culturas ajenas al mundo occidental, sacando a la luz esa multitemporalidad cultural que algunos misioneros y cronistas españoles intuyeron ya en el siglo xvi, al confrontar sus esquemas mentales y sus cronologías bíblicas con los de las poblaciones amerindias. A todas estas reflexiones han venido a añadirse, más recientemente, un puñado de teóricos —Hartmut Rosa, Paul Virilio, William Scheuerman, entre otros— que han dedicado algunas obras fundamentales a la aceleración social y a las consecuencias funestas, incluso devastadoras —especialmente en los planos ético, ecológico y político—, que este fenómeno está teniendo en nuestras sociedades contemporáneas.

¹ Ni siquiera se ha llegado a una gama de respuestas que concite acuerdos de cierta amplitud entre los estudiosos, hasta el punto de que hay quienes, como J. M. E. McTAGGART (*Unreality of Time*, 1908) y sus seguidores, llegan a afirmar que el tiempo es una ilusión y niegan paladinamente su existencia.

² Otra oposición binaria básica de tipo cultural, no menos esquemática y simplificadora, es la que contrapone un *tiempo tradicional* —el tiempo vivido, cualitativo, concreto, local, impreciso y orgánico de las sociedades del pasado y de los grupos humanos ajenos a la civilización occidental— y un *tiempo moderno* —el tiempo medido, cuantitativo, abstracto, uniforme, exacto y mecánico de los relojes— (BURKE, 2004: 619 y 622-623).

En vista de esta variedad de aproximaciones, resulta bastante sorprendente que la Historia, que Vargas Ponce describiera ya hace más de doscientos años como «la ciencia de los tiempos» por antonomasia, y que, más famosamente, Marc Bloch definiera en la segunda posguerra como «la ciencia de los hombres en el tiempo», se desentendiese del estudio del tiempo, un tema que, por chocante que parezca, hasta hace poco estaba muy alejado de las preocupaciones y pesquisas de la historiografía. Mas es lo cierto que, con unas pocas ilustres excepciones —si dejamos a un lado la obra de Koselleck, el caso de Fernand Braudel y su artículo de 1958 sobre la *longue durée* es probablemente el más conspicuo³—, la mayoría de los historiadores daban habitualmente el tiempo por descontado, como si se tratase del medio transparente en el que transcurren los sucesos, un trasfondo útil casi exclusivamente a efectos de datación de ciertos acontecimientos y de periodización de etapas y procesos.

Alrededor del cambio de siglo, sin embargo, también para el gremio de los historiadores por fin sonó la hora de tomarse en serio esta cuestión. El tiempo «dejó de ser algo dado para convertirse en una cuestión problemática», tal y como escribiera hace casi veinte años Lynn Hunt a propósito de los cambios en la conciencia histórica asociados a la Revolución francesa. Desde entonces, un cierto número de historiadores han reflexionado, incorporando puntos de vista de antropólogos, sociólogos y otros especialistas, sobre la historia cultural del tiempo y sus distintas variedades (para una temprana visión general, véase Burke, 2004). El hecho es que en las dos últimas décadas algunos historiadores *pensantes* —François Hartog, Lucian Hölscher, Aleida Assmann, Jeffrey Barash, Berber Bevernage, Marek Tamm, Helge Jordheim y varios más—, la mayoría de ellos sobre los pasos del pionero Reinhart Koselleck [1993 (1979)], que comenzó ya en los setenta del siglo xx su esfuerzo por bosquejar una semántica de los tiempos históricos, han incorporado de lleno esta «cuestión problemática» a la agenda de sus preocupaciones intelectuales. En las páginas de unas pocas publicaciones periódicas especializadas como *History and Theory*, *Journal of the Philosophy of History* o *Time & Society* han ido apareciendo abundantes indagaciones y reflexiones teóricas sobre la historia de la temporalidad. Como resultado de todo ello, algunos han comenzado a utilizar la etiqueta *Time Studies* para apuntar a un emergente campo de estudios interdisciplinarios que se expande a ojos vistas, e incluso han hablado de un *temporal turn* —que suena como una réplica al tan cacareado *spatial turn* asociado al proceso de globalización— para enfatizar un cambio de enfoque que estaría afectando al conjunto de las ciencias sociales [Hassan, 2010; McKay, 2016; Thier, 2017: 20-26; véase un rico panorama y puesta al día sobre cuestiones de poder y tiempo: Edelstein, Geroulanos y Wheatley (eds.), 2020].

³ Poco después, la publicación de un famoso artículo de J. LE GOFF (1960) en la misma revista sobre el tiempo de la Iglesia y el tiempo del comerciante en la Edad Media, al poner sobre la mesa la discordancia de concepciones del tiempo entre diversos grupos dentro de una misma sociedad, daría pie a un animado debate en los próximos años (BURKE, 2004: 623 y ss.).

A la vista de estos desarrollos recientes no es preciso seguir acumulando argumentos para comprender que, tanto desde la orilla de la historiografía como desde la del derecho, se impone la necesidad de que los especialistas en ambas áreas de conocimiento coordinemos nuestros esfuerzos y seamos capaces de reflexionar juntos sobre nuestras coincidencias y desencuentros en lo que concierne a los efectos de esta nueva crisis temporal, pues el tiempo vuelve a estar otra vez fuera de quicio⁴, y eso nos afecta a todos.

Este libro se plantea, pues, como el inicio de un diálogo entre historiadores y juristas —al que se han unido en esta ocasión un politólogo y un filósofo, lo que contribuye a enriquecer el debate— para tratar de aquilatar de qué manera la actual crisis de la temporalidad proyecta su sombra sobre cada disciplina en particular, y hasta qué punto es posible pensar algunos planos y perspectivas donde se cruzan el derecho y la historiografía, analizando también las reflexiones de dos filósofos como Kant o Fichte sobre los tiempos no siempre concordantes del derecho y de la política (capítulo IV). Y no es extraño que, entre los historiadores, seamos sobre todo los cultivadores de la historia conceptual, atentos como estamos a la historicidad del saber histórico, los que venimos mostrando un interés sostenido por estas cuestiones [véase, p. ej., Fernández Sebastián y Capellán (eds.), 2013; Fernández Sebastián, 2021: 56 y ss. y 399-493], mientras que, por su lado, algunos juristas, que perciben día a día el tremendo impacto de una temporalidad emergente, fuertemente disruptiva, sobre los sistemas jurídicos y no tienen más remedio que constatar que las relaciones entre las normas legales y el tiempo están sujetas a transformaciones históricas de gran calado, se esfuerzan asimismo por conjugar los tiempos cambiantes de la historia con los enmarañados tiempos de las leyes y de la justicia, una temática a la que el historiador del derecho Andreas Thier ha dedicado numerosos trabajos (un panorama sucinto y una rápida puesta al día en Thier, 2017).

Como se apreciará en varios pasajes de este volumen, el diálogo entre historiadores y juristas podría verse favorecido por el hecho de que, por más que la verdad histórica y la verdad jurídica no siempre coincidan, en su búsqueda de sus respectivas verdades, los practicantes de ambas disciplinas compartimos cierta infraestructura epistémica y deontológica. Varias nociones fundamentales y cualidades originarias de la justicia y el derecho —como por ejemplo el valor de la imparcialidad, o pilares conceptuales como *factum* y *processus*— se expandieron con el tiempo a otros ámbitos y otras ramas del saber, incluida la historia, que hizo suyos algunos de los instrumentos culturales y analíticos incoados en el derecho romano-canónico (volveremos sobre esta cuestión en el capítulo III, donde tratamos también sobre las relaciones no siempre pacíficas entre historiografía y memoria). Mas, por otra parte, no se nos oculta que de entrada las perspectivas de

⁴ Como exclamara Hamlet hace más de cuatro siglos, «*the time is out of joint*».

los profesionales de una y otra disciplina son en cierta medida opuestas, pues, en tanto que el historiador está por oficio acostumbrado a lidiar con el cambio y a pensar en términos historicistas sobre las diferencias y rupturas entre unas épocas y otras, la vocación de permanencia de las normas legales y el legítimo anhelo por cimentar lo más sólidamente posible la teoría del derecho lleva a legisladores y juristas a postular continuidades a veces muy dudosas entre épocas, cayendo en la tentación de buscar en las formaciones sociales del pasado antecedentes hipotéticos —y no pocas veces, en realidad, prolépticos— de su dogmática jurídica (sobre la tensión latente, irresoluble, entre historia y derecho, historicidad y normatividad, legislación y contexto, véanse las juiciosas consideraciones de Caroni, 2014: 50).

Las complejas relaciones a varias bandas entre la historia, el derecho y el tiempo, entre normas jurídicas, escritura de la historia y temporalidad, pueden abordarse desde muy diversos enfoques, algunos de los cuales han sido adoptados tentativamente en los capítulos que siguen. Los cambios en la percepción del tiempo, y en especial en la carga valorativa y normativa asignada a los tiempos pasados, tienen consecuencias muy importantes sobre el derecho y la legislación. Pensemos, por ejemplo, que si durante siglos el uso, la costumbre y la prescripción, esto es la persistencia de ciertas normas o situaciones sostenidas en el tiempo, eran considerados argumentos concluyentes a favor de su validez, con la llegada de la modernidad cobra cada vez más fuerza la tesis contraria: el simple paso del tiempo, y las transformaciones y novedades que este trae consigo exigen que las normas sean modificadas periódicamente. Este argumento, que ya se dejó oír esporádicamente en la Edad Media bajo distintas fórmulas, desembocará en la afirmación *alia tempora alias quoque leges postulant*, que leemos en un texto jurídico de mediados del siglo XVIII (Thier, 2017: 30), y acabará por imponerse cuando se abra camino la idea típicamente decimonónica de que es preciso acompasar las leyes a *l'esprit du siècle*. Al mismo tiempo, el movimiento codificador, de inspiración ilustrada, racionalista y revolucionaria, impuso en muchos países un súbito divorcio del derecho y la historia, dos grandes dominios culturales que desde el medievo habían ido de la mano y se habían realimentado mutuamente, abriendo así la puerta a la derogación de muchas leyes viejas y a la retroactividad de algunas de nuevo cuño (sobre esta cuestión véase el capítulo VI).

La otra gran novedad jurídico-política del mundo moderno, que en cierto modo supone para el derecho público una innovación paralela a lo que representa la codificación para el derecho privado, es el constitucionalismo. Pues bien, por mucho que, por recurrir una vez más a la terminología de García Pelayo, la constitución racional-normativa entrañe una voluntad de ruptura radical con respecto a las tradicionales constituciones históricas, lo cierto es que ambos modelos ideales de constitución tienen en común un rasgo esencial, a saber: su vocación de duración y trascendencia, su pretensión de prevalecer contra la acción disolvente del tiempo (tan