

# LA RATA EN EL LABERINTO O LA HISTORIA COMO OBSERVATORIO JURÍDICO

## 1. MEMORIAS VACÍAS

En un reciente análisis, publicado en esta sede, del estado de la asignatura de historia del derecho, en general, y de sus relaciones con la de derecho romano, en particular, se empieza por llamar la atención sobre la carencia de estudios que constituyan reflexiones sobre el quehacer académico y científico de los historiadores del derecho: «Corren tiempos de cambios y nuestro Anuario permanece sólidamente anclado en una tradición de indiferencia hacia los replanteamientos profesionales»<sup>1</sup>. Se trata entonces de una reflexión sobre una ausencia de reflexión dentro de la historia del derecho. De una reflexión, por tanto, sobre cierto y significativo *horror vacui* iushistórico.

Asomémonos por un momento al vacío. De la historia del derecho parece ocuparse un campo académico que no tiene por costumbre científica elevar al plano del discurso la discusión de sus condiciones profesionales (en sí mismas: los métodos, los proyectos de investigación, los contenidos y sistemas docentes y la ubicación de todo esto en el marco de una organización como es la Universidad)<sup>2</sup>. Más bien al contrario, lo que suele tender a admitir es la verbalización, propiciada por reformas o avisos de reformas legales, de ciertos temores muy especí-

---

1. «El Romano de Pompeyo, o *Hic sunt leones*», en *AHDE* 59, (1990), pp. 563-606. Su autor es Carlos Petit, que hace también posibles estas páginas en la medida en que ha convertido la ratonera en laberinto.

2. Se revelan pruebas principales de esta afirmación la consideración del ANUARIO como «bastión imbatido ante el asalto de las discusiones sobre el plan de estudios», su «incomodidad para acoger cuestiones de método» y el hecho conectado de que los «escritos más innovadores producidos por la historiografía jurídica en España» hayan visto la luz en otras sedes (*Ibidem*, pp. 564 y ss.).

ficos, de tinte corporativo y avecindados casi siempre en el más estricto instinto de supervivencia académica <sup>3</sup>.

Las memorias y proyectos docentes y de investigación que se presentan a los concursos universitarios fijan y dan esplendor a esta anomalía <sup>4</sup>. A nuestro modo de ver, este género académico está sujeto a una inercia estructural tal que viene a conformar (¡y a conformarse con ser!) un agregado de historias mil veces repetidas —y mil y una literalmente reproducidas— sobre unos orígenes, autoridades y escuelas de la disciplina (la *memoria*), más unos pespuntos pedagógicos extraídos de la vida académica cotidiana (la *experiencia*), más una orientación bibliográfica que amuebla la habitación desnuda de los temas (el *archivo*), más un programa de la asignatura que funciona a modo de apéndice o cola (la *norma*). A partir de aquí, uno no encuentra más que motivos para la crítica: desde la real falta de ensamblaje conceptual entre tan singulares *memoria*, *experiencia*, *archivo* y *norma* del candidato a una plaza, hasta la aparente y presupuesta unidad de un proyecto que abarca lo docente y lo investigador, el pasado y el futuro del candidato, la ciencia y la docencia. Ahora bien, lo importante es dejar constancia de una impresión general. Esta: las dificultades que normalmente plantea la redacción de una memoria o proyecto docente no derivan de la exigencia de reflexión sino más bien de esa inclinación estructural a eludirla.

El problema de la reflexión se transforma, pues, en el problema de cómo evitar caer en ella. Y para llevar a cabo este paso suele acudir a dos expedientes: Por un lado, cabe convertir la parte principal del proyecto en un artículo de historiografía; con ello se neutraliza en gran medida el riesgo que para uno siempre conlleva el decir de donde viene y adonde va (si es que se sabe de donde se viene y adonde se va), pues la reflexión se objetiva y diluye en escuelas, grupos de opinión o cier-

---

3. Cfr., las penúltimas páginas dedicadas en el *Anuario* a la Historia del derecho en tanto que asignatura: Fernando DE ARVIZU, «La enseñanza de la historia del derecho: reflexiones en busca de una polémica», en *AHDE*, 58 (1988), pp. 491-498. La reflexión arranca de la siguiente pregunta: «¿en qué medida los historiadores del Derecho somos responsables de que la asignatura haya sido considerada no troncal por el Grupo de Trabajo n.º 16, autor del Informe Técnico de todos conocido?» (en cursiva en el original, p. 492). Y termina: Con ello, con este recorte, «habrá menos libros que se puedan comprar, más plazas que corran el peligro de ser suprimidas una vez vacantes, y menos nuevas que se doten, lo que producirá el taponamiento de la «cantera» durante un tiempo largo...», (p. 498).

4. «... simplemente me permito recordar cuán poco se ha aprovechado la ocasión que suponía el deber reglamentario de disertar sobre el concepto y los métodos, también docentes, de la Historia del Derecho, así como de sus programas, para una reflexión colectiva sobre qué hacemos, qué creemos se nos pide (y por parte de quién), a qué debemos aspirar» (PETIT, «El romano de Pompeyo», pp. 564-565).

tos nombres propios (sean «Martínez Marina», «García Gallo», «Tomás y Valiente» o «Bartolomé Clavero»). Por otro, se puede fácilmente reducir el problema fuerte de la comprensión (*Verstehen*, concóctete a tí mismo) en el problema débil de comprender cómo el estudiante nos va a comprender a nosotros <sup>5</sup>. Expresado de otra forma, podría decirse que existe en el profesor de universidad la tendencia a expresar únicamente preocupación por la forma de recepción de su saber entre los alumnos (y así se habla de la masificación, de los estorbos del sistema de exámenes, de las carencias culturales de los estudiantes, etc.), como dando por supuesto que él por supuesto comprende —de nuevo, en sentido fuerte— lo que está diciendo <sup>6</sup>.

En resumidas cuentas, el fenómeno que parece producirse es el siguiente: el historiador del derecho reacciona (reflexiona sobre su oficio) más a partir de acontecimientos que tienen lugar en su contexto (intervenciones ministeriales o eventos administrativos) que ante fenómenos que se adscriben estrictamente al orden científico de cosas del campo propio. Pero como además el trance de la reflexión se encuentra condicionado por el temor, el oportunismo o la presión más o menos cruda de las circunstancias exteriores, entonces fatalmente se puede llegar a predisponer la discusión no tanto para el alto vuelo del águila como para el rasante de las gallinas (por utilizar una conocida metáfora de la vivaz retórica marxista de entreguerras). Discusión, por tanto, alicorta, porque las intervenciones de política legislativa, si bien afectan a la morfología e incluso a la existencia material del campo de la historia del derecho, no constituyen claves de la interrogación central sobre aquello que significa pensar, estudiar y enseñar la historia del derecho. O discusión, si se prefiere, en el corral del pensamiento, porque la reflexión sobre estas actividades ha de ser por derecho propio pensamiento jurídico <sup>7</sup>, desde el momento en que comprometen de mo-

---

5. Cfr., sobre este abaratamiento de la reflexión en el medio universitario, Niklas LUHMANN/Karl Eberhard SCHORR, *Zwischen Intransparenz und Verstehen. Fragen an die Pädagogik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, pp. 72-117.

6. Resulta casi innecesario añadir que quien más pierde en este proceso de auto-simplificación del profesor es el estudiante. Cfr., en parecido sentido, la opinión de Bourdieu: «As primeiras vítimas são, evidentemente, os estudantes: com excepção de atitudes especiais, quer dizer, salvo se forem particularmente *indóceis*, eles estão condenados a deixarem sempre uma guerra científica ou epistemológica para trás, como os professores, porque, em vez de os fazerem començar, como deveria ser, pelo ponto a que chegaram os investigadores mais avançados, fazem-nos percorrer constantemente domínios já conhecidos, em que repetem eternamente as batalhas do passado» (Pierre BOURDIEU, *O poder simbólico*, Lisboa, Difel, 1989, pp. 46-47).

7. Paolo GROSSI, «Pensiero giuridico (Appunti per una "voce" enciclopédica)», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), pp. 263-269.

do inexcusable al historiador del derecho con el agudo problema de la modernidad —¡o postmodernidad!— de lo jurídico.

A la hora de presentar un proyecto docente e investigador<sup>8</sup>, no basta con llamar la atención sobre esta particular miseria de la filosofía de la historia del derecho. La falta de reflexión de unos se puede combatir con más reflexión por parte de otros, pero de todos es sabido que esta es una solución metodológicamente imperfecta. Pues está muy bien señalar y rellenar lagunas o territorios inexplorados sobre el mapa de la investigación histórico-jurídica; ahora bien, siempre y cuando se tenga en cuenta que las circunstancias en virtud de las cuales resultan observables estas lagunas están históricamente condicionadas, y se asuma que estas condiciones de la observación deben quedar reflejadas en la investigación misma<sup>9</sup>. Dicho de otra forma, todo investigador debería estar siempre si no dispuesto al menos predispuesto a afrontar un tipo de análisis al mismo tiempo más general y más específico sobre el modo en virtud del cual observa y describe su ámbito de estudio. Y esta predisposición implica justamente el interés o el afán por explicar nuestras primeras preguntas: ¿Por qué un género discursivo de producción estable y práctica generalizada no llega a constituir una *masa crítica* de propuestas y argumentaciones? ¿Por qué las memorias y proyectos no llegan a promover la discusión sobre el ser científico y la representación académica de la historia del derecho?

Para cubrir este frente nosotros aquí proponemos hacer una observación de la observación histórico-jurídica, es decir, una observación de segundo orden que no se fije tanto en el *qué* se hace como en el *cómo* se hacen las cosas. A nuestro modo de ver, esta forma de mirar puede ser capaz de desplegarse sin que concurra la alta probabilidad de quedar enseguida condicionada por distinciones fraguadas en la misma práctica y que suelen funcionar como evidentes (por ejemplo, que el historiador del derecho se ocupa de datos legales y no de ideas jurídicas o, simplemente, que esos datos legales son hechos históricos humanos y verdaderos). Paralelamente, y justo porque toma este tipo de distancia respecto de este tipo de saber inmediato, permite al observador construir su objeto otorgando tanta relevancia a lo que observa como a lo que realmente puede observar; a los límites estructurales de un discurso como a las intenciones de quien lo suscribe; a la alta cultura metodológica como a esa especie de perversión del deseo de compren-

---

8. Este artículo constituye una parte sustancial del proyecto docente elaborado para concursar en 1991 a una plaza de profesor titular de historia del derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona.

9. Dieter SIMON, «Normdurchsetzung, Anmerkungen zu einem Forschungsprojekt des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte», en *Ius Commune*, XV (1988), pp. 201-208.

der y ser comprendido que son las memorias que se presentan a los concursos. Todo, entonces, *significa*. Pero, añádase, sociológicamente hablando: por la agitada susceptibilidad que comporta la operación de hacernos muy extraños a aquello que más familiar nos resulta.

## 2. CIENCIA Y DOCENCIA

Ya se ha apuntado que el modelo corriente de proyecto docente e investigador suele empezar a exponer contenidos sin haberse detenido antes a reflexionar sobre los límites y funciones específicos de lo docente y lo investigador en nuestra sociedad de final de siglo. Como si fuera evidente que investigar y enseñar constituyeran una misma realidad profesoral —justamente: una experiencia familiar— y como si esta evidencia hiciera superflua una reflexión metodológica que intentara acompañarlas al ritmo y los objetivos de un mismo proyecto. Resulta así de «sentido común» que uno que sabe historia del derecho sabe dar clases de historia del derecho, y que los únicos obstáculos a esta transplatación soberana de la sabiduría provienen, ya se ha dicho, del exterior de la mente del iushistoriador.

Pues bien, hay que decir ahora que si precisamente se opta por hacer del problema de la observación una cuestión previa a nuestro proyecto es en buena parte con la intención de encontrar un punto de inflexión al cual referir dos actividades, la investigación y la docencia, que parecen en principio, funcionalmente, radicalmente distintas. Entiéndase bien: al admitir —como a continuación se verá— que el sistema científico y el sistema pedagógico responden a lógicas diferentes, se disuelve quizás un cómodo espejismo profesoral, pero no se liquida la ilusión académica de investigar cuando se enseña y de enseñar cuando se investiga. Justo al contrario, se trata de afrontar este reto a partir de la certidumbre sociológica de una escisión. Esto dota de una complejidad al problema que impide a nuestro juicio confiar directamente en esa formación integral que germina y crece simbióticamente en profesores y alumnos; por mucho que la estimemos y deseemos y por mucho que en la presente reflexión emulemos en cierto sentido <sup>10</sup> a quienes hoy tienen todavía el coraje y el optimismo de invocarla desde nuestros pagos <sup>11</sup>, estamos obligados a recorrer otro camino intelectual.

---

10. En este sentido: «La emulación es el deseo de una cosa, engendrado en nosotros porque imaginamos que otros tienen ese mismo deseo» (SPINOZA, *Ética*. Trad. Vidal PEÑAS. Madrid, Editora Nacional, 1975, p. 255).

11. Carlos PETIT, «Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista-historiador», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 19 (1992), pp. 327-379.

El cual empieza por distinguir entre ciencia y docencia. Sobre esta cuestión, basta con acudir a las ciencias sociales de este final de siglo y constatar que una investigación que pretenda en nuestros días recibir el calificativo de científica ha de tener alguna relación, aunque sea mínima, con el problema de la verdad, con la diferencia «esto es verdadero»/«esto es falso». Esto no equivale a afirmar que sólo es saber científico el saber de una vez por todas verdadero<sup>12</sup>, o que sólo es historia del derecho la que encuentra la verdad del derecho en la historia<sup>13</sup>; más bien al contrario, simplemente significa que es científico el saber en la medida en que deviene contingente porque es susceptible de ser interrogado por la pregunta «¿cómo sabes?» (en lugar de «¿qué sabes?»); correlativamente, en la medida en que tiene la posibilidad de señalar a otros saberes como verdaderos o no verdaderos<sup>14</sup>; en la me-

---

12. Se puede naturalmente afirmar que cuando un observador directo de las cosas dice que «x es», está también diciendo que «es cierto que x es». Pero si inmediatamente se añade que sólo para él se establece tal equivalencia lógica. La «ciencia» en realidad sólo irrumpe después, cuando se intenta verificar si es o no verdadero el saber afirmado por este observador (Cf. Niklas LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pp. 169 y ss.).

13. Que en la historia no hay hechos intangibles o *hard facts* que constituyan verdades ocultas que sólo tienen que ser rescatadas por el historiador, es una ya vieja conquista de la filosofía y la sociología de la ciencia de este siglo que, sin embargo, todavía encuentra resistencias dentro la historiografía jurídica. La literatura sobre esta insoslayable discusión, que naturalmente atraviesa también el proyecto que aquí proponemos, es enorme. Cfr. ahora aquí, más que nada por su especial claridad: Respecto a la ciencia histórica en general, Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, Paris, Seuil, 1978 y VEYNE, *L'inventaires des différences*, Paris, Seuil, 1976 (en donde, citando por la traducción alemana, se recuerda que «Das erste Moment dieser Geschichtsphilosophie bestand in der Kritik des Begriffs der historischen Tatsache; «die Tatsachen existieren nicht», d.h., sie existieren nicht in gesondertem Zustand, es sei denn durch Abstraktion; konkret gesprochen, existieren sie nur unter einem Begriff, der sie formt. Oder, wenn Sie so wollen, die Geschichte existiert nur im Verhältnis zu den Fragen, die wir an sie richten» (*Die Originalität des Unbekannten. Für eine andere Geschichtsschreibung*, Frankfurt a. M., Fischer, 1988, p. 8); Respecto de la historia del derecho, v. prácticamente cualquiera de los estudios metodológicos de António M. HESPANHA, por ejemplo, «A historiografía jurídico-institucional e a “morte do Estado”», en *Anuario de Filosofia del Derecho*, 3 (1986), pp. 191-227; «História e sistema: Interrogações à historiografia pós-moderna», *Ler história*, 9 (1986), pp. 65-84; «Une “nouvelle histoire” du droit?», en: Paolo GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 22), Milano, Giuffrè, 1986, pp. 315-340.

14. La ciencia resulta así el saber contingente por excelencia. Esta contingencia no deriva exclusivamente de la naturaleza o servidumbre histórica de todo conocimiento. La perspectiva aquí empleada no coincide exactamente con la de Kuhn cuan-

dida, en fin, en que consiste en un sistema de comunicación de observaciones recursivas e inseguras (porque sólo serán científicas si resultan a su vez observables y verificables por otros observadores, que nunca son la «sociedad»). En una palabra, el saber científico no es ese saber verdadero y por ello socialmente distinguido; pues los científicos están también, sin remedio, en el laberinto, dedicados a buscar los mejores puestos de observación. Los científicos, en el límite, no son más que ratas que observan a otras ratas; ratas que se observan, laberínticamente, entre sí <sup>15</sup>.

El sistema científico sirve, pues, para resolver el arduo problema que implica procesar información que nunca se puede dar por válida de una vez por todas. Con otras palabras, trata de *domesticar lo improbable*: parte de la base de que sólo muy poco puede ser establecido de golpe y que, por tanto, lo que digamos ha de ofrecer la posibilidad de ser completado, corregido o coproducido por otros; accede a la posibilidad de que propuestas cargadas de futuro puedan fracasar por la llegada de nuevos conocimientos; hace soportable la idea de que en muchos casos las verdades sólo tienen existencia hipotética; transforma las no-verdades en errores significativos y logra que lleguen a transmitirse expectativas altamente dudosas y propuestas de ejecución esencialmente insegura <sup>16</sup>.

---

do procede a desmoronar y embrollar la visión del saber científico con la ayuda de la historia (v. Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1981, especialmente, pp. 20-32). De otra parte, esta contingencia tampoco es la que puede derivarse de la posición anarquista de Feysabend, la cual tiende a cargar demasiado las tintas sobre las condiciones, no de posibilidad sino más bien de imposibilidad del conocimiento (Cfr. Paul F. FEYERABEND, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Barcelona, Ariel, 1981 y *Erkenntnis für freie Menschen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1980, pp. 113-133).

15. Se trata de una expresión de Luhmann: «Auch Wissenschaftler sind nur Ratten, die andere Ratten im Labyrinth beobachten-aus irgendeiner gut gewählten Ecke heraus» (*Die Wissenschaft der Gesellschaft*, p. 607). Al margen de esta concreta formulación irónica, el laberinto ya había sido utilizado como metáfora por este autor para expresar el tipo de dificultad encerrada en la tarea de poner por escrito una teoría («Abstraktion ist, so gesehen, eine erkenntnistheoretische Notwendigkeit. Sie bleibt ein Problem beim Schreiben von Büchern und eine Zumutung für den Leser. Dies gilt besonders, wenn die Theorie einen Komplexitätsgrad erreicht, der sich nicht mehr linearisieren lässt... Die Theorieanlage gleicht also eher einem Labyrinth als einer Schnellstrasse zum frohen Ende» (LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, pp. 14-15).

16. Cfr. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 169 y ss., 255 y ss., 441 y ss.

Si la investigación es un asunto de comunicación entre roedores inquietos, la docencia tiene más bien que vérselas en principio con cabezas de las que cuelga el cartel: «mentalmente disponibles»<sup>17</sup>. En efecto, básicamente se trata de un sistema que se caracteriza por construir o fabricar actitudes y capacidades que, sin embargo, no son puestas en funcionamiento ni resultan verificadas dentro del mismo; justo al contrario, el sistema educativo se interesa sobre todo por la obtención de resultados en el plano abstracto (¡estamos lejos del optimismo pedagógico de la Ilustración!) de la modificación de las personas, y además debe procurar que éstos resulten transferibles (que sean o no transferidos, es otra cuestión) fuera de los límites del propio sistema<sup>18</sup>.

De esta configuración de la docencia se derivan ya dos efectos, que sólo en apariencia se contraponen. Por un lado, deducimos que es también insegura, pero por razones bien distintas a las de la ciencia: no ya porque el saber explicado en clase sea en sí contingente (ya que, desde el punto de vista pedagógico, la cuestión no estriba tanto en saber, por ejemplo, si el Edicto de Teodorico fue visigodo u ostrogodo, como en determinar si se debe explicar este problema en lugar del constitucionalismo), sino porque el profesor —que no se hace ilusiones y sabe que su actividad no influye sobre la sociedad en su conjunto sino tan sólo sobre un fragmento muy enmagrecido de su entorno: las «circunstancias» (*Befindlichkeiten*) mentales de sus alumnos— no sabe (¡no puede saber!) el modo en que aquélla realmente incide más allá de la frontera del sistema educativo<sup>19</sup>.

Por otro lado, hay que añadir que también se crea cierta forma de incertidumbre cuando se recorre el camino inverso: es decir, cuando desde la docencia uno se interroga sobre aquello que la sociedad exige del profesor y —problema todavía más grave— sobre el modo de transportar estas exigencias al sistema educativo. Es esta una vieja cuestión que, por ejemplo, Luhmann ha reelaborado en nuestros días a partir de la noción de resonancia (*Resonanz*). Mediante ella el sociólogo alemán quiere indicar que los sistemas sólo pueden reaccionar con-

---

17. LUHMANN juega con esta expresión en: *Zwei Kellen der Bürokratisierung in Hochschulen*, en LUHMANN, *Soziologische Aufklärung, 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Opladen, Westdeutscher, 1987, pp. 212-215, cita en p. 213.

18. V., en general, Niklas LUHMANN/Karl Eberhard SCHORR, *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1979; LUHMANN/SCHORR, *Zwischen Technologie und Selbstreferenz. Fragen an die Pädagogik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982.

19. LUHMANN, «Sozialization und Erziehung», en LUHMANN, *Soziologische Aufklärung, 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, pp. 174-181.



forme a su propia estructura ante todos aquellos acontecimientos (visiones, valores, sensibilidades) que se producen en su entorno. Estos (por ejemplo, el problema del medio ambiente, del nuevo orden internacional, de la procedimentalización y deslegalización del sistema jurídico, del SIDA y las nuevas relaciones entre particulares, de las nacionalidades y la inmigración) sólo pueden impactar entonces de un modo muy indirecto en un sistema (por ejemplo, el educativo). Como este sólo se activa en consonancia con sí mismo, aquéllos sólo pueden obtener resonancia. Palabra esta que vemos que no hay que entender aquí en su extendido uso figurado actual, como gran divulgación de un hecho o de las cualidades de una persona, sino en su primera acepción según el Diccionario de la Academia: «Prolongación del sonido, que se va disminuyendo por grados»<sup>20</sup>.

Parece evidente pensar que este problema afecta en principio por igual a ambas actividades, la docencia y la investigación, pues el concepto de resonancia se formula con carácter general para todos los sistemas. Sin embargo, el tratamiento del mismo nunca es idéntico<sup>21</sup>. Sin volver ahora de nuevo al caso de la ciencia, baste decir que ésta tiende a vivir por completo en una dimensión comunicativa dotada de su propio horizonte temporal: lo nuevo y lo viejo, lo vigente y lo superado, aquello que sirve y aquello que ya no sirve no vienen determinados tanto por el paso del tiempo y sus secuelas en el semblante de la sociedad como por la propia marcha de la investigación. Lo que científicamente se dice en un momento determinado es dependiente de lo que científicamente se ha dicho y de lo que científicamente se va a decir: en el límite, la ciencia no se adapta a la sociedad porque *siempre está adaptada*<sup>22</sup>. A la vista de esto y razonando con un mínimo de sensatez,

---

20. Poniendo en relación la ecología y la educación («Grosse Hoffnungen könnte man auf das Erziehungssystem setzen. Man sieht, dass unter Jugendlichen das Interesse an ökologischen Fragen einen Vorrang einnimmt. Könnte nicht das Erziehungswesen, besonders in Schulen und Universitäten, dieses Interesse aufgreifen und in Richtung auf eine allmähliche gesellschaftsweite Änderung des Bewusstseins und der Einstellung zum Umwelt ausbauen?») se trata con mucha claridad este problema en: LUHMANN, *Oekologische Kommunikation*, pp. 193-201, cita en p. 193.

21. Un tema de gran interés, cuya vertiente histórico-jurídica nos importará en cierto sentido más adelante, lo constituye el de la resonancia en el sistema jurídico. V., sobre esta cuestión y las paradojas a las que conducen las visiones demasiado simplistas sobre aquello que la «sociedad» exige o debe exigir al derecho, Dieter SIMON, *Die Ohnmacht des Rechts*, en: GENERAL VERWALTUNG DER MAX-PLANCK-GESSELLSCHAFT (ed.), *Max-Planck-Gesellschaft Jahrbuch 1988*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, pp. 23-38.

22. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 255 y ss., 356 y ss. Ilustra muy bien sobre el problema de la resonancia el siguiente debate mantenido en la sesión del Consejo de Administración de la Max-Planck-Gesellschaft (MPG) de

no resulta difícil de detectar el enorme riesgo social que potencialmente se desprende del ámbito científico.

El sistema educativo produce a estos efectos una sensación distinta resulta, sencillamente, algo patético. La razón de este sentimiento estriba en la distancia que existe entre las pretensiones de adecuación social de la docencia y el duro condicionante que imponen algunas características de su estructura que son, justamente, las que hacen resonante el ruido que viene de afuera. Entre otras que Luhmann señala, nos interesa destacar esta: la carencia de un esquema propio y seguro de observación (*Code*) que permita, por ejemplo, al profesor decir en un momento determinado «esto es educativo» (esto interesa al alumno), «esto no es educativo» (esto no le interesa); y, a su vez, «esto ya no es educativo», «esto ahora ya es educativo»<sup>23</sup>. Explicaremos brevemente esta cuestión.

Que los implicados en el sistema educativo no dispongan de un firme esquema de observación no significa que carezcan de teorías y de métodos, que falten las propuestas y no existan las decisiones, que deambulen, sonámbulos, por las aulas. Justo al contrario, pedagogía hay y mucha: pedagogía en el sentido de suministro de programas educativos, de procedimientos de toma de decisiones, de recogida expresa de exigencias sociales y aspiraciones políticas. Lo que sucede es que este anhelo de «programa» en el terreno de la enseñanza ve cortadas sus alas por la ausencia de un valor seguro y previamente establecido que oriente las observaciones y que consiga hacerlas realmente observables, refutables, contingentes (Con otras palabras, y paradigmáticamente; se

---

9.6.1988: «Bundesforschung minister Dr. Mainz Riesenhuber sah das Dilema, in dem sich die MPG befindet: Grundlagenforschung gehe immer von faszinierenden wissenschaftlichen Fragestellungen und nicht primär von aktuelle Problemen aus. Es gebe aber Probleme im Bereich der Medizin —zum Beispiel AIDS— oder in der Ökologie, die unbedingt gelöst werden müssten. Seine Frage an die MPG laute deshalb, ob sie solche Probleme als ausserhalb der Grundlagerecherche liegend betrachte». La respuesta del Presidente de la MPG hace bascular el tema de la resonancia sobre la configuración específica que el tiempo tiene dentro del sistema científico: «Der Präsident der MPG entgegnete ihm, dass man in der Grundlagenforschung zwar Arbeitsgebiete definieren und in diesen Gebieten Ziele setzen könne. Doch würden solche Ziele über Fragestellungen angegangen, auf die das Experiment Antwort liefere. Daraus ergäben sich dann neue Fragen, neue Experimenten würden nötig, und die Grundlagenforschung könne sich so ganz schnell in eine Richtung entwickeln, die weg von ursprünglichen Ziel führe» («Die Rolle der Grundlagenforschung wurde bei der Senatssitzung in Heidelberg lebhaft diskutiert», en *MPG Spiegel*, 4 (1988), pp. 13-15, citas en p. 14).

23. V., para todo esto, LUHMANN, «Codierung und Programmierung. Bildung und Selektion im Erziehungssystem», en: LUHMANN, *Soziologische Aufklärung. 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, pp. 182-201.

puede confeccionar sin mayores problemas un programa de la asignatura de historia del derecho, pero no impartir buena docencia ni docencia sensible a las sensibilidades sociales sin saber lo que se pretende poner a disposición de ese montón de cabezas disponibles). Aquí, la ciencia disponía de la «verdad», es decir, de una distinción básica «verdadero/no-verdadero» que permitía a una infinidad de ratas ponerse en marcha, sin necesidad siquiera de ningún flautista de Hamelin transcendental. Pero, ¿y la docencia? ¿Quizás el valor «cultura» (culto/inculto y, de aquí, jurista culto/ jurista inculto, etc.)? ¿O bien el valor «erudición»? ¿O a lo mejor el valor «orden»? ¿O la «pericia»? Caben aquí demasiadas cosas, lo que equivale a decir que no se dispone en este punto de una semántica lo suficientemente precisa como para distinguir la comunicación estrictamente educativa<sup>24</sup>. Para Luhmann, esta circunstancia implica que hay que buscar el código orientador de la docencia en otra parte, más bien incluso en las antípodas epistemológicas de una pedagogía siempre en el fondo demasiado difusa. Esquivando el carácter normativo y formalista de los programas, lo que el sociólogo alemán lisa y llanamente encuentra como criterio unificador de las descripciones y operaciones en el campo educativo es la pura selección del alumnado (hay buenos y malos exámenes, estudiantes que pueden y estudiantes que no pueden acceder a un diploma y, de aquí, buenos y malos sistemas de examen, buenas y malas titulaciones, etc.). En la sociedad moderna, en la cual el proceso de inclusión de un individuo en la sociedad ya no viene determinado por el status sino por la carrera, el sistema educativo se caracteriza por tener un buen pedazo de esta última entre sus manos y a la postre se diferencia de otros sistemas porque está especializado en la asignación de posiciones (dentro y también fuera del propio sistema). Sólo bajo esta condición los programas pue-

---

24. Esta indeterminación respecto de los valores educativos predominantes, unida a la facilidad pedagógica a la hora de confeccionar programas en el terreno de la enseñanza, puede ayudar a explicar otro hecho que diferencia a la educación de la ciencia: mientras que ésta tiene en principio dimensión y alcance universales, aquélla ha sido más dependiente de las estructuras políticas y jurídicas establecidas (y así se habla del estado de la ciencia *en* Alemania, *en* Francia o *en* Estados Unidos, pero de los sistemas educativos *de* Alemania, *de* Francia o *de* Estados Unidos). Resulta a estos efectos de interés el estudio de Rudolf STICHWEH, «Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17-19. Jahrhundert)», en *Rechtshistorisches Journal*, 9 (1990), pp. 254-272. En él se analiza el proceso de formación de los sistemas jurídicos de los sistemas jurídicos y educativos nacionales y se pone en relación este fenómeno con la ausencia de organizaciones nacionales subsistémicas en el campo de la economía y la ciencia; se muestra también que son precisamente los primeros los que necesitan fundar una ciencia comparada (mientras que no tiene sentido hablar de una ciencia comparada de la ciencia o de la economía).

den decir tantas cosas y la pedagogía soñar tantas fantasías <sup>25</sup>. La docencia es fatalmente decepcionante <sup>26</sup>.

Dos conclusiones pueden extraerse de todo lo anterior. Ambas son banales pero, pese a todo, o precisamente por serlo, deben ser tenidas en cuenta. La primera consiste en adoptar como punto de partida que investigación y docencia constituyen actividades funcionalmente distintas. La verdad científica —de nuevo: la «verdad» no como terco ente real sino como expansivo medio de comunicación— no puede ser prendida con los alfileres de la enseñanza universitaria. Paralelamente, y no hay ilusiones que valgan, el lenguaje a través del cual la ciencia se muestra y se ofrece hace ya mucho tiempo que se ha «despedagogizado»: el hecho de que todos los que estamos interesados en esta específica oferta estemos obligados a inventar y reinventar estrategias didácticas para salvar este desfase no viene sino a confirmarlo <sup>27</sup>. Planteadas conceptualmente las cosas en sus estrictos términos, hay poco margen para la transacción: si ponemos en el estante cincuenta ejemplares de cada manual de la asignatura, no hay espacio ni seguramente dinero para las monografías anglosajonas o alemanas más avanzadas.

Vayamos ahora a por una segunda conclusión. Otto Brunner ha escrito que «la didáctica pone en peligro la investigación y ésta produce

---

25. Y es que una cosa es el código básico que permite a un sistema diferenciarse y que puede perfectamente pasar desapercibido, y otra bien distinta las distintas y variadas autodescripciones (*Selbstbeschreibungen*) de lo que es y debe ser el sistema mismo. Estas últimas se elaboran ya desde dentro, aunque algunas veces (en los procesos de formación, sobre todo) hagan las veces de equivalentes funcionales del primero. Habría constituido una autodescripción muy típica la excelsa noción alemana de *Bildung*, ese ideal y programa educativos para hacer del individuo un hombre equipado para el mundo (*Welt*), un correlato mismo, en pequeña factura, de éste. Para Luhmann, este concepto de *Bildung*, como el concepto de «Estado», no deja de ser una pretenciosa fórmula de la tradición académica alemana que ha simplificado los problemas y ha tenido efectos perniciosos. V., sobre esto, LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 627-631.

26. Matícese: estructuralmente decepcionante. Así Luhmann: «Ein Beobachter wird rasch erkennen, dass diese Gesamtstruktur die Operationen des Systems scharf limitiert und keineswegs geeignet ist, eine allgemeine Bildung des Menschen im Sinne einer grössmöglichen Realisierung der Menschheit im Einzelnen hervorzubringen. Dies ist jedoch eine mutatis mutandis für alle Funktionssysteme zu erwartende Enttäuschung, die unausweichlich ist, wenn immer Funktionssysteme über einen eigenen Code ausdifferenziert werden, der systemeigene Kontingenz und Komplexität erzeugt. Und wenn diese Enttäuschung denn gesellschaftstypischen Charakter hat, wird man wohl fragen dürfen, woher man sich das Recht nimmt, etwas anderes zu erwarten» («Codierung und Programmierung. Bildung und Selektion im Erziehungssystem», en LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, p. 201).

27. Cfr., a este respecto, LUHMANN, *ob. cit.*, p. 205.

resultados que la didáctica no puede recoger», añadiendo que «las simples declaraciones sobre la unidad de enseñanza e investigación no sirven de nada, hay que buscar unos caminos para hacer justicia tanto a la enseñanza como a la investigación»<sup>28</sup>. Ahora bien, hacer justicia consiste sencillamente (al margen aquí de las propuestas metodológicas concretas de Brunner, las cuales, quiérase o no, constituyen ya un punto de referencia inexcusable para todos<sup>29</sup>) en dar a cada uno lo suyo: a la docencia, A, a la investigación, B. El acto de justicia se agota en buena parte en el reconocimiento de la diferencia: existe la docencia (más sus problemas, más sus soluciones) y existe la investigación (más sus problemas, más sus soluciones). Hagamos, sin embargo, de nuevo un esfuerzo en atender a lo más trivial y detengámonos por un momento en el quicio mismo de la división, en esa exigua partícula gramatical que es la conjunción copulativa. Es evidente que la Y enlaza dos cosas que por fuerza no son idénticas, pero también viene a marcar un ritmo. En efecto, y por oposición al modo tradicional en que está estructurado nuestro pensamiento, basado en la primacía del verbo ser, del ES («Dios es», «la Historia es», «el Derecho es», «la Historia del Derecho es», etc...), la Y impone un uso de la lengua orientado no hacia el *juicio* de atribución sino hacia el *juego* de relaciones. Como explica Deleuze, multiplica y destruye las identidades en la medida en que arrastra todas las relaciones: si se dice que «el día tiene mañana y tarde», cabe afirmar que no se está diciendo que el día es la mañana o es la tarde, ni que la una se convierte en la otra, sino que el día se convierte en las dos<sup>30</sup>. La Y invoca la diversidad y hace bascular los sustantivos y el verbo, sin ser de la misma naturaleza que ellos. Les aplica, por decirlo así, la ley de extranjería.

---

28. Otto BRUNNER, *Nuevos caminos de la historia social y constitucional* (1968), Buenos Aires, Alfa, 1976, p. 27.

29. Sobre Brunner y la importancia de unas *Begriffsgeschichte* y *Verfassungsgeschichte* renovadas, sobre su exigencia de mediación entre la inteligencia del intérprete y la sustancia de las fuentes, v., Pierangelo SCHIERA, «Otto Brunner, uno storico della crisi», en *Annali dell'Istituto italo-germanico in Trento*, XIII (1987), pp. 19-96. Sobre su «papel central» en la historiografía política e institucional del Antiguo Régimen, pone los puntos sobre las íes António M. HESPANHA, «Para uma teoria de história institucional do Antigo Regime», en *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1984, pp. 7-89.

30. «Le ET, “et... et... et...”, c’est exactement le bégaiement créateur, l’usage étranger de la langue par opposition à son usage conforme et dominante fondé sur le verbe être». Deleuze hace estas consideraciones a partir de una reflexión sobre el cine de Godard: «La porte de l’usine n’est pas la même, quand j’y entre, et puis quand j’en sors, et puis quand je passe devant, étant chômeur. La femme du condamné n’est pas la même, avant et après» (Gilles DELEUZE, *Pourparlers*, Paris, Minuit, 1990, p. 65).

Mediante esta disgresión no pretendemos ahora contradecirnos poniendo en tela de juicio la diversidad funcional existente entre docencia e investigación. Justo al contrario, se trata más bien de intensificar, en una dirección muy determinada, este uso concreto de lo diverso. A saber, las consideraciones que acabamos de hacer en torno a la conjunción «Y» nos sirven porque desvelan que, si somos coherentes con el planteamiento que hemos seguido, investigación y docencia no sólo no son dos actividades equiparables sino que tampoco puede decirse que estén formando parte de conjunto alguno. Esa multiplicidad que hace estallar la letra Y hay que entenderla en sentido fuerte y, así, no creemos que haya una actividad intelectual superior o un nivel de comunicación más alto que cubra al mismo tiempo la investigación y la docencia.

¿Qué hacer entonces cuando se está en el trance de escribir un proyecto docente e investigador? Podemos, naturalmente, tomar a ambas, ciencia y docencia, de una en una. Pero existe además una posibilidad respecto de la cual nos pone también sobre la pista esa insidiosa letra del alfabeto. Lo muestra de nuevo Deleuze en este paso: «Le Et, ce n'est ni l'un ni l'autre, c'est toujours entre les deux, c'est la frontière, il y a toujours une frontière, une ligne de fuite ou de flux, seulement on ne le voit pas, parce qu'elle est le moins perceptible. Et c'est pourtant sur cette ligne de fuite que les choses se passent, les devenirs se font, les révolutions s'esquissent»<sup>31</sup>. Pues bien, nuestro particular punto de fuga, esa frontera de la investigación, el paradójico lugar que hace de umbral para ambos sistemas nos parece que hay que emplazarlo en la noción de inseguridad. Inseguridad, como hemos visto, del científico, atravesado por la contingencia personal de sus observaciones y la estructural de un entramado de observaciones que tiene la morfología y textura de la labor de Penélope: está haciéndose y deshaciéndose<sup>32</sup>. Inseguridad, también, del profesor, inmerso en un sistema educativo tan vulnerable a las pretensiones concebidas en el exterior, tan ignorante de su impacto efectivo en el entorno (¡tan ignorante de sus éxitos y de sus fracasos!), tan impotente a la hora de procesar las demandas sociales. Y, en ambos casos, por añadidura, inseguridad de la inseguridad: esa inquieta incertidumbre o esa resignada certidumbre que se generan

---

31. DELEUZE, *Pourparlers*, p. 65.

32. Naturalmente estamos aquí haciendo elogiosa referencia a la revista portuguesa, que inscribió en su primera portada un rótulo ciertamente *inseguro* («Um debate sem quaisquer outros pressupostos que não sejam a inteligência e a civilidade») y cuyo editorial de presentación constituía un buen ejemplo de cómo la perplejidad ante la complejidad no produce —frente a lo que pueda parecer— parálisis sino un montón de buenas ideas (V. «Editorial», *Penélope, Fazer e desfazer a história*, 1 [1988], pp. 5-10).

cuando se lleva a cabo una observación de segundo orden (y observamos entonces que sólo podemos ver lo que podemos ver, pero también que podemos ver lo que no pueden ver los otros o lo que nosotros mismos no podíamos ver antes).

El análisis histórico-jurídico, así como la clase de historia del derecho, se hace entonces inseguro, pero esta condición le abre sin embargo al encuentro de casualidades significativas, conexiones latentes y relaciones insospechadas entre los fenómenos observados. La conquista de la complejidad es costosa (es siempre doloroso observarse a sí mismo), y la complejidad en sí abrumba, pero tiene la ventaja de que posibilita las operaciones de reducción. La complejidad es azarosa, pero por ello dice: «pues vamos a verlo». «*A tout hasard, commence toujours*»<sup>33</sup>.

### 3. LA OBSERVACIÓN DE SEGUNDO ORDEN

Bien por justificar algo más un proyecto que no quiere limitarse a trajinar con los viejos huesos de los clásicos o a ceder sencillamente la palabra a los nombres propios con nombre propio dentro de la asignatura, resulta de interés hacer algunas precisiones sobre este tipo de observación en el laberinto que propugnamos.

En primer lugar, conviene decir claramente que la práctica de una observación de segundo orden —de una observación intrínsecamente insegura<sup>34</sup>— no constituye una actividad inocente: obliga siempre a

---

33. DIDEROT, *Jacques le fataliste et son maître* (1711). Ed. Y. BELABAL. Paris, Gallimard, 1973, p. 36.

34. En buena lógica, tendríamos que distinguir explícitamente aquí entre observaciones de segundo y de tercer orden, teniendo éstas últimas más bien el carácter de teorías o modelos teóricos globales, porque implican una reflexión (*Reflexion*) sobre la identidad misma de un sistema. Justamente un proyecto investigador, en el que se discuten métodos, estados de la cuestión y, en general, el carácter científico de una disciplina, constituiría un lugar típico de acogida para estas observaciones de tercer orden. Empero, esta distinción entre niveles de observación nos parece, a los efectos que a nosotros nos interesan, más cuantitativa que cualitativa —demasiado sofisticada, por tanto— y por ello preferimos evitar complicaciones: sencillamente, aquí estamos intentando apuntar un modo de mirar que pueda ser útil al historiador del derecho, tanto cuando trabaja con sus fichas como cuando reflexiona sobre su especialidad. Y, para ello, lo importante es saber que las observaciones de tercer orden se parecen a las de segundo orden en que producen siempre inseguridad. No intentan arropar o «fundamentar» una disciplina científica sino desnudarla, poniendo a disposición (haciendo visibles) unas cuantas diferencias, aunque sean éstas muy importantes (*Zentraldifferenzen*) porque tienen directamente que ver con métodos, procedimientos, orígenes históricos, validez de los conceptos empleados en un sector del saber, etc...

romper algún plato. En este sentido, hay una principalísima pieza en la vajilla intelectual del profesor y del investigador que debe ser la primera que bese el suelo: se trata de la inocencia epistemológica. Esta apenas se corresponde con la falta de oficio (más bien al contrario, este tipo de inocencia es, a su modo, muy «profesional», y viene en muchos casos estimulada por el exceso de oficio). Consiste en proceder científicamente como si uno estuviera culturalmente limpio de toda culpa; es decir, como si a la hora de ponerse a trabajar no contaran las adherencias culturales, los esquemas de pensamiento, los usos preconstituidos de nuestro lenguaje, todo aquello, en fin, que está preinscrito en las cosas y también en los cerebros que se ponen a observar a las cosas. La inocencia del investigador hace entonces que, bien sea por desconocimiento de este *habitus* adquirido, bien por reconocerlo como algo completamente natural, se ponga directamente a utilizar determinadas técnicas y conceptos sin interrogarse por las condiciones de su utilización (y así «el “Estado”, “el Derecho público y el Derecho privado”, “la Legislación” o la misma “España” son conceptos que cuanto más triviales resultan para el historiador del derecho con más insidia viajan por el túnel del tiempo hasta infectar el objeto de investigación <sup>35</sup>). No

---

Para un tratamiento detallado de esta cuestión, v. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 481 y ss.

35. No hace falta a estas alturas reproducir la crítica que la historiografía jurídica peninsular ha dirigido al «paradigma estatalista» en los últimos diez años. V., en todo caso, sobre esto, Bartolomé CLAVERO, «Institución política y derecho: desvalimiento del Estado moderno», en CLAVERO, *Tantas personas como estados*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 13-25; António M. HESPANHA, «Para uma teoria de história institucional do Antigo Regime», en *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*, pp. 24-67. En estos estudios se pone directamente en tela de juicio la noción global de «Estado» o «Estado moderno». Pero caben, naturalmente, críticas a elementos semánticos concretos de este concepto con gran impacto historiográfico. Por ejemplo, Aquilino Iglesia, al poner fuera de juego el concepto de «territorialidad» (por estar muy vinculado a la aparición del Estado), logra ofrecer toda una nueva visión e interpretación de la creación de los diferentes derechos medievales: V. Aquilino IGLESIA, «Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 4 (1977), pp. 115-197. Interesa también mencionar aquí algunas recientes aportaciones a la crítica de este perturbador sentido común de los historiadores del derecho: Así, se pone el concepto jurídico de «España» en su sitio (un lugar muy decimonónico) en: Bartolomé CLAVERO, «Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos», en Bartolomé CLAVERO/Paolo GROSSI/Francisco TOMAS Y VALIENTE (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales (Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989)* (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno 34/35), Milano, Giuffrè, 1990, vol. I, pp. 47-86; y, respecto al período bajomedieval, se desactiva a conciencia, modélicamente, todo un lenguaje historiográfico demasiado habituado a basarse en las nociones de «ley», «norma le-



hace falta decir que, tal y como ha mostrado Pierre Bourdieu, un sociólogo de espíritu y método especialmente entrenados en la detección de estas insospechadas desmesuras del sentido común —«lo preconstruido se encuentra en todas partes», ha afirmado no hace mucho<sup>36</sup>—, esta inocencia resulta además casi irresistible<sup>37</sup>. Es demasiado cómoda, demasiado «natural». Es inocencia que es, en el fondo, complacencia, pues «les hommes de culture ne doivent leurs plus pures jouissances culturelles qu'à l'amnésie de la genèse qui leur permet de vivre leur culture comme un don de la nature»<sup>38</sup>. Contra ella el mismo Bourdieu propugna en el campo de la investigación una actitud de duda radical<sup>39</sup>, una suerte de vigilancia epistemológica que no se agota en el simple acto de estar alerta sino que debe propiciar tanto una interrogación sobre las razones históricas y sociales que han motivado la formación de los instrumentos típicos de construcción de la realidad social<sup>40</sup> como una imaginativa disposición para inventar relaciones entre los objetos<sup>41</sup>.

---

gal», «poder legislativo» o «legislación» en: Jesús VALLEJO, *Equidad ruda, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

36. Pierre BOURDIEU, «Introdução a uma sociologia reflexiva», en BOURDIEU, *O poder simbólico*. Trad. F. Tomaz. Lisboa, Difel, 1989, pp. 17-73. Conviene señalar que la elección del título de este libro que recoge varios textos de Bourdieu no ha sido demasiado afortunada: distorsiona a nuestro juicio el contenido. En concreto, el estudio que se cita —algo menos que un análisis metodológico y algo más que una serie de recetas prácticas— constituye una instructiva y modélica guía para todos aquellos que deseen iniciarse con espíritu crítico en la investigación científica.

37. «A mí lo que me ha salvado ha sido el hecho de no aceptar las evidencias comunes. Para resistir a las evidencias es preciso tener *mal* carácter. Hay que tener un espíritu de resistente». (Entrevista a Bourdieu en *El País*, 26.4.1988, p. 34).

38. BOURDIEU, *Leçon inaugurale faite le Vendredi 23 Avril 1982*, Paris, Collège de France, 1982, p. 20.

39. V. BOURDIEU, *Introdução a uma sociologia reflexiva*, pp. 34-44.

40. *Ibidem*, pp. 36-37. Son instrumentos por excelencia de esta clase los sistemas de clasificaciones más básicos que se utilizan para conformar las categorías de entendimiento dominantes dentro de una disciplina. Respecto de la historia del derecho, tendrían cabida aquí divisiones muy primarias que, como las de historia/derecho/historia del derecho, o derecho nacional/derecho supranacional, o juristas/gobernantes/gobernados constituyen obviedades que sirven para que el especialista pueda enseguida ponerse a hablar. Como ha escrito Aquilino Iglesia en su manual, y a propósito de la posibilidad de pensar una historia nacional del derecho, «puede discutirse en un plano científico esta posibilidad, pero no puede desconocerse que se trata de una realidad a la que estamos acostumbrados» (Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia del derecho español*, Barcelona, Signo, 1989, vol. I, p. 55).

41. La «vigilancia epistemológica» debe conducir así a un «ars inveniendi». Este puede decirse que era el trayecto que se proponía iluminar el libro de P. BOURDIEU/J.

No interesa ahora seguir a Bourdieu en el despliegue teórico que realiza para cumplir con este programa: entre otras cosas, porque nos parece que su sociología tiende en la práctica a ocuparse menos de los saberes en sí que de las personas y de las instituciones que lo producen<sup>42</sup>. Resulta mucho más importante insistir sencillamente en esta enseñanza: la reflexión —en el sentido que se está proponiendo aquí— sobre el papel de nuestra disciplina exige desnaturalizar el acto de escritura propio del historiador del derecho. El historiador del derecho no es un cazador de verdades y hechos objetivos que supuestamente se encuentren allí fuera, en el mundo, en la Historia, esperándole; no posee tampoco un lenguaje natural, ni siquiera dispone de «sentido común» alguno que no sea el producto de una construcción intelectual previa.

---

C. CHAMBOREDON/J. C. PASSERON, *Le métier du sociologue. Préalables épistémologiques*, Paris/La Haye/New York, Mouton, 1980: «A la différence de la tradition qui s'en tient à la logique de la preuve en s'interdisant par principe d'entrer dans les arcanes de l'invention et qui se condamne ainsi à osciller entre une rhétorique de l'exposition formelle et une psychologie littéraire de la découverte, on voudrait ici fournir les moyens d'acquérir une disposition mentale qui est la condition tant de l'invention que de la preuve» (p. 17). Este principio de programa ha sido adoptado por sectores de la sociología del derecho: «Seul un tel travail réflexif sur soi-même, une telle auto-analyse peut permettre en particulier de transformer la contestation de l'ordre dominant de la sociologie juridique en véritable révolution scientifique» (A. BANCAUD/ Y. DEZALAY, «La sociologie juridique comme enjeu social et professionnel», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 12 (1984), pp. 1-29, cita en p. 5). Una excelente y clara exposición de los problemas más recientes que plantean estas propuestas de análisis que surgen a partir de la «ruptura epistemológica» se puede encontrar en: Boaventura de SOUSA SANTOS, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Porto, Ed. Afrontamento, 1989.

42. Resulta muy palpable esta tendencia en el artículo que ha dedicado Bourdieu al campo jurídico. Aunque en él se hace mucho hincapié en la importancia de los efectos específicos de formalización, universalización o apriorización de la realidad que se derivan del derecho en tanto que discurso jurídico (la llamada «force de la forme» o *vis formae* del derecho), resulta no obstante innegable que la propuesta de análisis de Bourdieu se apoya en última instancia en el estudio de los juristas, divididos en prácticos y teóricos del derecho. No queda al final muy claro el modo de enlazar el estudio de los productores (juristas) con el estudio del producto (derecho). V. Pierre BOURDIEU, «La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique», en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 (1986), pp. 3-20. Al proponer la importación del modelo de Bourdieu en el terreno histórico-jurídico, ya se vivía esta dificultad en: Johannes-Michael SCHOLZ, «Éléments pour une histoire du droit moderne», en Joaquín CERDA RUIZ-FUNES/Pablo SALVADOR CODERCH (eds.), *I Seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona/Fundación Raimon Noguera de Guzmán, 1985, pp. 423-524. Cfr. la crítica de Carlos Petit a este texto en la reseña publicada en *AHDE*, 56 (1986), pp. 1096-1103.

Dicho de otro modo, no creemos que exista un Mundo (*Welt*) (ni un mundo histórico-jurídico) expuesto a la franca mirada de un investigador libre. Más bien nos inclinamos a pensar que lo único que realmente se encuentra en el exterior de este investigador son unos cuantos contextos, los cuales resultan además ser en todo momento modificables (la ciencia, la universidad, la cultura, el derecho *del momento*). Y que lo que debe hacer a la hora de ponerse a investigar es observarlos (ponerlos a distancia, distinguirlos) y ver de qué modo condicionan la observación que está haciendo del objeto que ha escogido. Con otras palabras, se trata de contextualizar el entorno del investigador en el marco específico de la investigación que se lleva entre manos<sup>43</sup>. Si antes el bagaje cultural del historiador del derecho funcionaba como un factor de distorsión difícil de detectar, ahora, porque se le ha mirado a la cara y se le ha reconocido, puede convertirse en un útil contexto que sirve para establecer comparaciones, descubrir discontinuidades, tender relaciones. En una palabra, para construir e inventar en el plano de la ciencia. He aquí, pues, de nuevo una observación de segundo orden como modo de superar esa amnesia acomodaticia de los hombres de cultura (considerando aquí, naturalmente, que los historiadores del derecho pertenecen a este grupo social)<sup>44</sup>.

Si intentamos resumir con otras palabras lo desarrollado en el punto anterior, podría decirse lo siguiente: cuando, por ejemplo, un historiador del derecho toma un documento o escoge una institución del pasado y se pone sencillamente a describirlos, está llevando a cabo una observación. Esta observación es de primer orden y resulta siempre bastante inocente, algo *naif*. ¿Por qué? Pues porque lo que hace en este punto el historiador no es sino ejecutar una distinción, algo que él ha resaltado y procede por tanto a exponer: «el documento x tiene un contenido jurídico-público», «la institución y representaba los intereses de la población». Esta descripción puede ser naturalmente justificada mediante descripciones suplementarias (x tiene un contenido jurídico-público porque «se trata de la concesión real de inmunidad a una determinada villa» o y representaba los intereses de la población «por-

---

43. Cfr. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 666 y ss.

44. Cfr. con las virtualidades de este tipo de observación que expone Yehudi Elkana: «Damit wir Experimente als Begriffe zweiter Ordnung denken können, müssen wir zum zweistufigen Denken zurückkehren: zur erstaunlichen menschlichen Fähigkeit, einen realistischen Bezug zu allen und jeglichen Phänomenen in einem vorgegeben konzeptuellen Rahmen zu haben und sich gleichzeitig bewusst zu sein, dass solche Rahmen relativistisch gewählt werden können und gewählt sind» (Yehuda ELKANA, «Das Experiment als Begriff zweiter Ordnung», en *Rechtshistorisches Journal*, 7 (1988) pp. 244-271. (Precede al texto una presentación para general conocimiento de historiadores del derecho, a cargo de Dieter Simon).

que en ella se tramitaban regularmente determinados agravios»). Sin embargo, no resulta difícil de advertir que en estas observaciones existe siempre un ángulo ciego: no se ve por ninguna parte el criterio en virtud del cual se establece la distinción. Dicho de otra manera: la operación de distinguir es bifronte (x es esto y no lo otro, y es esto y no lo otro), pero lo que se describe es siempre una de las dos vertientes (sencillamente, porque uno ve lo que ve: que «x tiene un contenido...», y que «y representaba los intereses...», etc.). Para que pueda aparecer ese criterio previo de distinción hay que tomar distancia y hacer otra observación distinta, que logre reunir los dos lados de la distinción primigenia. El observador de segundo orden empieza entonces por ver aquello que se ha descrito; después se interroga por aquello que no se pudo describir y finalmente se llega a localizar el criterio que estaba forzosamente oculto. Descubre entonces ciertos principios de distinción (público/privado, gobierno/oposición, poder/resistencia) que a lo mejor resultan más propios del momento en que vive el historiador del derecho que de la época en la que se otorgó el documento x o existió la institución y. En conclusión, la crítica es un asunto de distancias y, cuando es autocrítica, empieza (y quizás también concluye) con el desprendimiento intelectual de uno mismo.

Esta toma de distancia exige del historiador del derecho que ponga de vez en cuando entre paréntesis los esquemas conceptuales propios de su formación jurídica. Pero hay que matizar que esta suerte de suspensión de su juicio jurídico se traduce ante todo en una exigencia de reflexión. Se trata de mirar al menos con cierto detenimiento lo que uno hace; se trata de tomarse uno su tiempo (un poco como el pescador en el Maëlstrom del cuento de Poe y el ensayo de Norbert Elias <sup>45</sup>). Quizás nada más. Pero, en cualquier caso, nada menos: y esto significa que esta mirada distanciada no puede terminar dándole la espalda al derecho. Tal y como ha señalado Luhmann, no se debe nunca perder de vista que la investigación sobre carreras, grupos y roles profesionales

---

45. Sobre el pescador que logra salvarse del torbellino gracias a sus dotes de observación: «Quizás durante un tiempo estuvo aferrado a algún tipo de esperanzas imaginarias... Sin embargo, pasado algún tiempo se serenó y empezó a pensar con mayor frialdad; al retirarse mentalmente de la situación, al dominar el miedo y verse a sí mismo, desde una cierta distancia, como a un ser humano que, junto con otras fuerzas, fuerzas desencadenadas de la naturaleza, *formaba parte de una determinada constelación*, fue capaz de dirigir sus pensamientos hacia la situación de la que era prisionero... Al representarse simbólicamente la estructura y dirección del curso de los acontecimientos, descubrió un camino para escapar de éste» (Norbert ELIAS, «Los pescadores en el Maëlstrom», en ELIAS, *Compromiso y distanciamiento*, Barcelona, Península, 1990, pp. 61-152, cita en p. 67).

de los juristas no puede ser considerada realmente como sociología del derecho; todo lo más constituye una sociología jurídica sin derecho <sup>46</sup>. Esta matización mantiene toda su vigencia cuando se transporta al ámbito de la historia del derecho, la cual es por definición, y valga el pleonismo, historia del derecho y no historia de los juristas.

Teníamos mucho interés en aclarar esta cuestión, porque en la práctica es capaz de lograr que el historiador del derecho se convierta muchas veces en un mar de dudas. El sabe, por ejemplo, que si se ocupa de los bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal del Antiguo Régimen ha de tomar de inmediato distancias para que su análisis no quede sabotado por la estructura de pensamiento de un jurista del siglo XX; sólo si pone a ésta entre paréntesis (lo que a lo mejor obliga a hacer el sacrificio de tener que prescindir del propio lenguaje, abandonando incluso esa misma expresión inicial de «bienes jurídicamente protegidos») estará en condiciones de descubrir este tesoro maravilloso: otra lógica jurídica en acción, otra forma de normatividad, otro modo de relación entre la vara de la justicia, el alma y el cuerpo <sup>47</sup>. Ahora bien, también resulta conocido que la consecución del éxito en esta disciplina atlética del salto (epistemológico) de longitud requiere mucho entrenamiento y altas dosis de pericia. Cuando se ejecuta mal se corre el peligro bien de no saltar, bien de irse uno por las nubes. Y es que la experiencia muestra que cuando el historiador o el sociólogo del derecho, para tratar de cobrar una provechosa distancia crítica, considera la estructura cognitiva del derecho como un «obstáculo epistemológico» puede que llegue al final a tener muchas dificultades para apresar el objeto de investigación <sup>48</sup>. Como si el derecho (sus fuentes, sus instituciones, su doctrina), despechado en un primer momento, no acudiera después a la cita con el investigador cuando más necesario resulta. A

---

46. Luhmann habla de la aportación de lo que él denomina la «sociología clásica del derecho» (Marx, Maine, Durkheim o Weber) y a continuación indica: «Seitdem vegetiert die Rechtssoziologie teils als soziologische Jurisprudenz, teils als Rechtssoziologie ohne Recht, nämlich als Erforschung von Gruppen, Rollen, Karrieren oder Meinungen, die es mit dem Recht zu tun haben, aber nicht selbst Recht sind» («Evolution des Rechts» (1970), en LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 11-34, cita en pp. 11-12).

47. Es modélica —y de aquí que hayamos puesto este ejemplo— la concepción del problema que hace Bartolomé CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», en F. TOMAS Y VALIENTE/B. CLAVERO/A. M. HESPANHA/J. L. BERMEJO/E. GACTO/C. ALVAREZ ALONSO, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 57-90.

48. V. Johannes-Michael SCHOLZ, «L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit», en: Paolo GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 22), Milano, Giuffrè, 1985, pp. 275-312.

veces se trata sólo de una cuestión de *feeling*, de una extraña sensación que se apodera del profesional y que le indica que cuando se aparta de la orilla del derecho tiende a perder el rumbo: casi como el pescador en el Maëlstrom, en el torbellino.

La noción de observación de segundo orden nos parece que también constituye un artefacto conceptual útil a la hora justamente de paliar esta pérdida de la visión del derecho. Por de pronto, ya resulta terminológicamente más apropiada (sin duda también más elegante) que el concepto vecino de «observación-desde-fuera» (*Fremdbeobachtung*) del derecho. Esta noción, que se opone por definición a la de «auto-observación» (*Selbstbeobachtung*) u observación-desde-dentro del sistema jurídico, es fundamental sin duda para un historiador o un sociólogo *tout court*, es decir, para un tercero; pero respecto de historiadores del derecho que son juristas y respecto de estudiantes de la disciplina que aprenden en las Facultades de Derecho, puede resultar demasiado tajante<sup>49</sup>. El procedimiento en sí de la observación de segundo orden obliga a ser más sensible al derecho, a prestar atención a las observaciones de los juristas, a fijarse en las descripciones más exquisitamente jurídicas. La razón es muy fácil de entender. Basta decir que un observador sólo puede hacer observación de segundo orden si es capaz de conectarse, de engancharse a las observaciones de primer orden<sup>50</sup>.

Pero, en el fondo, ¿qué implica todo esto? Sencillamente, que la famosa distancia crítica alberga esta paradoja: hay que estar lejos del derecho para poderlo comprender, hay que estar cerca del derecho para poder estar lejos de él. Los problemas teóricos que esto plantea son complicados y sin duda muy interesantes<sup>51</sup>, pero nos interesa más extraer una última enseñanza. Esta: Un historiador que esté legítimamente preocupado por la adopción de una distancia crítica frente al derecho (¡un historiador del derecho crítico, vaya!) no debe caer en el error de pensar que lo mejor que puede hacer es buscarse un lugar extramuros a la hora de analizar. Por la sencilla razón de que tal lugar exento no

---

49. Cfr. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1986. Este importante texto era ante todo una provocación. A la vista de la inexistencia de una sociología del derecho en sentido fuerte (de una sociología de la dogmática jurídica, por ejemplo), se proponía que se practicaran *Fremdbeobachtungen* de las *Selbstbeobachtungen* realizadas dentro del sistema jurídico como forma más idónea de llenar esta laguna. Alguien que tomara aisladamente esta prescripción y que no tuviera a mano el extraordinario arsenal analítico del sociólogo de Bielefeld corría de inmediato el riesgo de alejarse demasiado del derecho.

50. Cfr. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 67 y ss.

51. V. Jesús Ignacio MARTÍNEZ, «El derecho como observador», en *Anuario de Filosofía del Derecho* 7, (1990), pp. 505-514.

existe <sup>52</sup>. Si pueden encontrarlo, por ejemplo, los que vayan a ocuparse del derecho desde la ciencia política o desde la economía. A ellos les viene dado. Pero mucho nos tememos que este no es el caso del historiador del derecho, que está obligado a analizar «poniendo en juego su formación y su sensibilidad de jurista». Utilizando en nuestro provecho la expresión de Tomás y Valiente <sup>53</sup>, este *ponerse en juego* debería ser la actividad por excelencia de un profesional, el historiador del derecho, que tiene que caracterizarse por su capacidad para enlazar observaciones de otros y ser a su vez enlazado por las de los demás. El historiador del derecho no tiene que creer que es un sujeto que mira soberano a su objeto de conocimiento (a *su* documento, a *su* institución). Porque sólo debe querer ser un sujeto anexionable (*anschlussfähig*). Dieter Simon ha dicho que su libertad depende de su capacidad para no desviar la vista <sup>54</sup>.

Lo que casi equivale a decir que ni es un sujeto ni tiene un objeto; debe ser más bien una estrella en una constelación, un par de ojos sagaces vueltos hacia la diversidad y la complejidad de lo jurídico.

#### 4. LA UNIVERSIDAD COMO ANOMALÍA

La adopción de una distancia crítica consiste realmente así en saber observar de un modo complejo: saber diferenciar observaciones diversas y estar en condiciones de tener a mano un enchufe al que conectar nuestras observaciones. Una cuestión de *saber relacionar*, pues. Esta perspectiva excluye, desde nuestro punto de vista, cualquier posible idea de jerarquía en el plano de la investigación. Un investigador sumamente entrenado en practicar observaciones de tercer orden (teorías, métodos, visiones globales sobre la historia del derecho, etc...) no es por principio superior a los demás. Y no lo es porque, sencillamente, esta idea de superioridad científica no cabe: si se aceptara, se incurriría en una contradicción en relación con todo lo que hemos

---

52. «Wer immer beobachtet, nimmt daran teil – oder er beobachtet nicht. Es gibt keine exemten Positionen,...» (LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, p. 86).

53. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 28. El autor afirma esto en un marco argumentativo de defensa de la singularidad de la historia del derecho dentro de la historia en general. Como él mismo señala, se trata de su respuesta al problema del «status» científico de la disciplina, el cual «suele ocupar a los historiadores del derecho». Este problema, tal y como aparece formulado, a nosotros no nos interesa.

54. V. DIETER SIMON, «Aufgaben der Rechtsgeschichte», en *Rechtshistorisches Journal*, 4 (1985), pp. 265-268.

venido diciendo. La razón estriba en el hecho de que alguien que está aprendiendo no puede sentirse superior. Y, ¿qué es (que debe ser) al fin y al cabo observar sino aprender? El historiador del derecho no tiene por qué ser como el intelectual, el cual es un personaje social tanto más limitado cuanto más cree que su capacidad de comprensión no conoce límites, y al que la lógica moderna de la división del trabajo le asigna la función de mostrar lo que los demás no pueden ver<sup>55</sup>. Por el contrario, el buen historiador del derecho es más bien un observador que en el curso de su investigación y, también, cuando ejerce la docencia (pe-se a todas las limitaciones estructurales de esta última actividad) aprende historia del derecho y aprende sobre sí mismo. Sólo ya porque necesita que su instrumental de observación sea lo más penetrante posible, y esto exige que sea a su vez lo más transparente posible para él mismo.

En una palabra, la complejidad nunca es reconducible a una escala de mando. Luhmann ha aventurado que «toda evolución y construcción de una complejidad más rica presupone líneas divisorias, y sólo de esta forma puede el mundo observarse a sí mismo»<sup>56</sup>. Esta es una buena hipótesis en la que basar esta lógica de la reflexión que estamos defendiendo y que ahora nos lleva desde esa falacia de la superioridad a la falacia de los primeros principios. Pues, en efecto, si lo que el historiador del derecho tiene ante todo que ver en la historia son líneas divisorias (instituciones en sus contextos, documentos en sus contextos, doctrinas jurídicas en sus contextos), si no debe hacer comenzar ni terminar su análisis en la *unidad* sino en la *diferencia* de lo jurídico, ¿qué valor puede postularse como principio orientador de su actividad? ¿el orden legal? ¿La justicia o la paz aseguradas por el derecho?<sup>57</sup> Seguramente ninguno. Pues no resulta estrictamente necesario poner un principio (una primera unidad) o un objetivo (una última unidad) cuando ese historiador del derecho que estamos proyectando es básicamente y cuando investiga un procesador de diferencias<sup>58</sup>. En resumen, que más

---

55. V. Pierre BOURDIEU, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Minit, 1979, pp. 567 y ss.

56. LUHMANN, «El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25 (1985), pp. 87-103, cita en p. 103.

57. Es cierto que los historiadores del derecho son sensatos y no suelen entrar a discutir expresamente este tipo de cuestiones relativas a principios. Esto, sin embargo, no significa que no se deslicen explícitamente en su discurso. Así, por poner un ejemplo nada nimio, cuando García-Gallo asevera al comienzo de su manual que «todo cuanto existe requiere un orden, y así también la vida del hombre en la sociedad», parece evidente que se trata más de una presuposición que de un hecho empíricamente verificado. (V. Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid<sup>10</sup> 1984, I, p. 1).

58. Sobre principios y diferencias, v. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 97-103.



que una cuestión de principios es un problema de inteligencia. Pero ésta no entendida de un modo arrogante, bajo una óptica elitista, sino en el modesto sentido que le otorga hoy la ciencia cognitiva: «la inteligencia no consiste ni en razonar muy alto ni en tener una lista de cosas guardadas en la memoria, sino en tener la capacidad de estar en el mundo de manera flexible»<sup>59</sup>.

A la vista de lo anterior, debería en buena lógica concluirse que las relaciones entre historiadores del derecho, en tanto que investigadores, deberían seguir el modelo de la *scientific community*, es decir, de una comunidad en la que impera la igualdad colegial. Unos dan a conocer observaciones con posibilidad de devenir «verdaderas» o «falsas» cuando son observadas por otros, cuyas observaciones son a su vez susceptibles de... etc. La única vía soportable para romper esta simetría de roles sería la adquisición de reputación por parte de algunos agentes; pero incluso este atributo no podría estar basado en la autoridad sino en una sobresaliente capacidad para observar las propias descripciones que uno hace antes de manifestarlas públicamente. En una palabra, la reputación tendría que basarse en la competencia para la autocrítica.

Que esta sea una situación ideal no implica que la veamos también como idílica. Esta última calificación nadaría completamente a contracorriente de todo lo que estamos diciendo: lamentablemente, en el ámbito de la investigación no rigen los derechos fundamentales y el obrar científico no está amparado por la presunción de inocencia. Más bien sucede todo lo contrario. La investigación es una actividad de alto riesgo en la que uno, si quiere aprender y ser un buen profesional, debe exponerse constantemente. Además, y como tantas veces ha mostrado Bourdieu, el hecho de que el público de los científicos esté constituido casi exclusivamente por científicos no es muy tranquilizador: resulta que los «enemigos» están entre los lectores<sup>60</sup>.

De otra parte, afiliaciones y lealtades, filias y fobias, feroces rivalidades, odios que maduran con el tiempo y el secreto, odios que se cultivan con paciencia y amor (¡amor propio!), todas estas conocidas variedades académicas de eso que Julien Bonnecase deliciosamente llamaba el estado de ánimo —*état d'âme*<sup>61</sup>— del profesorado «asimetrizan» también con mucha facilidad la comunicación científica<sup>62</sup>. Esta

---

59. La frase es de Francisco VARELA en «Las ciencias del conocimiento acabarán con el narcisismo», (Entrevista), *El País*, 7.3.1990.

60. V. BOURDIEU, *Introdução a uma sociologia reflexiva*, cit., pp. 38-39.

61. Jules BONNECASE, *Qu'est-ce qu'une Faculté de Droit?*, Paris, Sirey, 1929, pp. 182 y ss.

62. Dos ejemplos de esta particular pregnancia de las estructuras universitarias: por un lado, se deja notar vista la gran dificultad que implica establecer el estado de la

resulta ser muy sensible a estas veleidades, y especialmente a todas aquellas que tienen que ver con la adquisición de prestigio, aunque sea al precio de desviarse de la estricta lógica de un investigador. Por ello, tanto se puede hablar de una infección institucional del cuerpo científico como decir que éste se aprovecha parasitariamente de la disposición asimétrica del sistema de enseñanza superior. Y así, comprobamos que las ratas, que ya se encontraban en un laberinto pero que al fin y al cabo se apañaban entre ellas, resulta que reciben además aleatoriamente descargas eléctricas y granos de trigo por parte de la institución<sup>63</sup>.

Ahora bien, sería por otro lado deseable que la comprensible atención que generan los procesos degenerativos no haga apartar la vista de la razón de ser de la organización universitaria desde el punto de vista funcional. La inaplicación de proyectos globales de investigación, el fenómeno del mandarinato o un presupuesto económico insuficiente no son a la postre más que anomalías de una anomalía, pues la Universidad es hoy, en sí misma, una institución anómala. Mientras que la mayor parte de las organizaciones son o deben ser funcionalmente específicas, tenemos que la Universidad tiene que cubrir simultáneamente la docencia y la investigación, cuando en la actualidad resulta —y ya hemos intentado explicarlo— que ambas actividades se adscriben a

---

cuestión de una materia científica sin tener que utilizar de un modo masivo descriptores que son típicos del modo de funcionar y pensar universitarios (escuelas organizadas en torno a una cátedra, maestros y discípulos, maestros de los maestros, manuales más significativos, etc...). Cfr. FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, «Escuelas e historiografía en la historia del derecho español (1960-1985)», en Bartolomé CLAVERO/Paolo GROSSI/Francisco TOMAS Y VALIENTE (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, pp. 11-86. Por otro, recientemente el *Anuario* nos ha proporcionado un estupendo e interesante ejemplo de cómo las *cuestiones organizativas* pueden llegar a emponzoñar —hasta el patetismo— la comunicación científica. Ver, así, los quebrantos de Sánchez Albornoz en Ramón CARANDE, «Sánchez Albornoz ante la cuna del Anuario», en *AHDE*, 59, (1989), pp. 763-784.

63. No se ha hecho aquí ninguna interpretación extensiva de la metáfora de Luhmann. Cuando se habla de docencia e investigación, parece comprobada la alta eficacia simbólica de estos roedores. Así, tenemos que Bourdieu también tiene a bien invocarlos. Cuando describe la enseñanza superior francesa como un sistema «où se distribuent de manière aléatoire les sanctions et les profits», a continuación dramáticamente añade: «De tout façon, ne pourra pas rester indéfiniment dans la situation actuelle. Car il me semble avoir compris que lorsque des rats sont soumis à un traitement assez semblable à celui qui est fait aujourd'hui aux professeurs et aux chercheurs, distribuant au hasard les décharges électriques et les grains de blé, ils deviennent fous» («Université: les rois sont nus. Entretien exclusif avec Pierre Bourdieu», en *Le nouvel observateur*, 7.11.1984, pp. 87-90).

sistemas sociales distintos <sup>64</sup>. Así, se puede llegar a ser un profesor estimado y querido por los alumnos, un eficaz organizador de congresos y reuniones científicas o un magnífico vicerrector; se puede servir a la Universidad (o aprovecharse de ella) y desarrollar latentes cualidades personales como el sentido del mando, la cortesía pedagógica o el gusto por la ceremonia y la representación institucional: pues bien, todas estas cosas no coinciden exactamente con la tarea y el talante de un investigador. Si en otro lugar dijimos que, al final, el estante de la biblioteca nos colocaba en la disyuntiva de tener que elegir entre poner muchos manuales o bien muchas monografías, ahora cabe añadir lo siguiente: *en principio*, el tiempo que dedica un profesor a la investigación va en detrimento de su capacidad de prestación en el campo de la docencia. Y viceversa.

El acoplamiento que la Universidad exige de ambas tareas se convierte de este modo en un problema adicional. Antes intentamos explorar un terreno de observación desde el cual intentar compatibilizar el obligado ejercicio conjunto de la ciencia y la docencia. Desde el momento en que la Universidad demanda y produce funcionarios de la ciencia y funcionarios de la docencia, esta empresa resulta todavía más difícil: de todos es conocido que el *ethos* burocrático moldea desde *petits professeurs de province* <sup>65</sup> hasta *intellectual administrators, research promoters y executives of the mind*, pero en cualquier caso siempre condiciona la puesta en práctica de la mejor imaginación posible, que todavía sigue siendo la imaginación sociológica de la que hablaba Wright Mills, aquella que consiste en la capacidad para apresar la historia y proyectarla en la explicación de la sociedad en la que vivimos <sup>66</sup>.

---

64. V. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 678 y ss. Cfr. también, con referencia además a otro tipo de interferencias (entre sistema universitario y sistema de enseñanza superior, o entre éste y el sistema educativo, o entre éste y el sistema social global), Boaventura de SOUSA SANTOS, «Da Ideia de Universidade á Universidade de Ideias», en *Revista Critica de Ciências Sociais*, 27/28, (1989), (= Nos 700 Anos da Universidade de Coimbra), pp. 11-62.

65. «Aux plus obscures, professeurs de province, on décerne les qualités élémentaires, celles du bon professeur, le plus souvent associées à celles du bon père et du bon mari. Ensuite viennent les qualités intellectuels de rang inférieur, le sérieux, l'érudition, la probité, ou les qualités supérieurs appliqués a des activités inferieures, comme les traductions, les éditions critiques, travaux un peu scolaires que l'institution scolaire, on le sait, ne reconnait jamais qu'à demi» (BOURDIEU, *La noblesse d'Etat Grandes écoles et esprit de corps*, p. 70).

66. C. WRIGHT MILLS, *The Sociological Imagination*, New York, Oxford University Press, 1967, especialmente, pp. 100-118, a propósito del bureaucratic Ethos.

## 5. EL PROYECTO COMO RIESGO

Después de todo lo que se acaba de decir, conviene ahora afrontar esa interrogación inicial sobre la frecuente incapacidad de los proyectos docentes e investigadores para convertirse en dispositivos de reflexión. No resulta difícil adivinar que para nosotros este fenómeno se debe esencialmente a que la usual concepción académica de lo que debe ser una memoria se encuentra también apresada por el «sentido común» del investigador y del docente; en principio, éste dicta algo tan banal como que es evidente que hay que seguir hablando como se ha venido *hablando toda la vida*, y que resulta completamente lógico continuar armando el discurso en torno a un esquema cristalizado «concepto/método/fuentes», a pesar de que la legislación vigente diga claramente otra cosa, ya que se limita a utilizar exclusivamente la palabra «proyecto».

Dado que lo que está en juego es nada más y nada menos que la supervivencia profesional, esta hegemonía del sentido común se encuentra singularmente reforzada por la profunda asimilación del espectro más pedestre y más corriente del *habitus* académico, que son esas virtudes pequeño-burguesas de prudencia, cautela, seriedad o moderación (a la hora de vérselas con un discurso que permite acceder a un puesto en propiedad dentro de la disciplina, *no conviene hacer locuras...*). El resultado de esta operación es que, como ha señalado Bourdieu, estas cualidades propias de la gestión contable logran académicamente trastocarse en fines en sí, logrando que no se llegue a echar de menos la ausencia de un modelo teórico o de ciertas pautas metodológicas a la hora de trabajar (una moderada espontaneidad puede bastar...) <sup>67</sup>. Además, quien se encuentra en semejante tesitura suele aplicar fielmente otra regla no escrita de este mismo *habitus* universitario, la cual pasamos nosotros a formular en clave catequética: «PREGUNTA.— ¿Cómo están mejor las cosas? RESPUESTA.— Terminadas» (Bourdieu, a su modo, ha indicado que el *homo academicus* gusta ante todo de lo que está acabado) <sup>68</sup>. Esta variante del sentido común se suele traducir ahora en la necesidad de que el proyecto, más que problemas por resolver, muestre por encima de todo soluciones. El proyecto se convierte así en una suerte de escaparate de género curricular: se trata de hacer visible el valor de todo lo que uno ha hecho y conoce.

Ahora bien, el proyecto, quíerese o no, proyecto es. Tiene existencia legal y dispone de varias definiciones. Sin ir más lejos, entre ellas, según el diccionario, la de ser un «designio o pensamiento ejecutar algo»

67. BOURDIEU, *O poder simbólico*, p. 31.

68. *Ibidem*, p. 19.

y, también, una «representación en perspectiva». Y estos atributos tienen por fuerza que incomodar al sentido común, sobre todo en la medida en que implican una apertura del discurso hacia el futuro; en la medida, por tanto, en que hacen revertirlo sobre un trayecto intelectual; en la medida, en fin, en que obligan a pensar en la génesis del saber<sup>69</sup>. El proyecto obliga a reflexionar, a volver sobre uno mismo aunque sea livianamente, pero en la medida suficiente como para poder trastornar, en teoría, ese sentido común que, como intentó explicarse, es asumido por el investigador en forma de amnesia sobre los propios orígenes.

Parece claro que el tipo de saber histórico-jurídico aquí defendido mantiene por fuerza relaciones diferentes con ese condicionante externo del discurso que es el género o el documento administrativo «proyecto». Ahora éste tiene que vérselas con un discurso que, más que exponer lo que sabe o lo que vale, *se expone*: quiere mostrar algo que está naciente, apuesta por la inseguridad en la observación, no puede por sí sólo garantizar la rentabilidad de las inversiones intelectuales que propone. En una palabra, el «proyecto» —que sigue siendo, no se olvide, representación en perspectiva— proyecta hacia adelante más problemas que soluciones, expectativas que pueden ser defraudadas, observaciones en lugar de datos firmemente establecidos; proyecta, en suma, un *saber en ciernes*.

Esto puede parecer a primera vista algo improcedente: el investigador no sólo confiesa su inseguridad, sino que además se permite incorporarla a un sistema de riesgo por aspersión sobre un campo sembrado de... cabezas de alumnos. Sin embargo, nosotros opinamos por el contrario que justamente existe una íntima compatibilidad entre el tipo de observación aquí propugnado y el «proyecto», en tanto que género discursivo y pieza documental de carácter burocrático. Más exactamente, la plasmación de esa forma de saber en un proyecto viene a suministrar una conveniente dosis de estabilidad a la inseguridad: intenta que la inseguridad no se convierta en un dislate (es decir, y si se permite el juego de palabras, asegura la inseguridad). Esto es así porque el proceso de observación, cuando se ajusta a un proyecto, se somete a un cierto control externo por parte de la organización (en este caso, de la organización universitaria, que queremos considerar de un modo optimista, como organización y no como un ente anárquico).

---

69. Sobre este carácter normativo de los proyectos y su importancia desde el punto de vista del destino académico y el prestigio profesional, son ejemplares los análisis de Michael Pollak a propósito de las biografías de Paul F. Lazarsfeld y Max Weber, V. POLLAK, «Projet scientifique, carrière professionnelle et stratégie politique», en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 55, (1984), pp. 54-62 y POLLAK, «Un texte. L'enquête de Max Weber sur les ouvriers agricoles», en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 65 (1986), pp. 69-75.

En efecto, y como ha mostrado Luhmann <sup>70</sup>, un pensamiento o un análisis complejos necesitan ser sometidos a un orden temporal limitado para que puedan dar frutos. Lo diverso, para poder ser asimilado, tiene de alguna forma que descomponerse en *algo que sucede a algo*. Hace falta, por ejemplo, establecer un principio, aunque se permita luego un final abierto (así, una investigación sobre la justicia en el siglo XIX ha de empezar por la construcción de un objeto específico, sea la idea constitucional de división de poderes o la concreta erección de un Tribunal Supremo; de forma algo análoga a la conveniencia, para explicar en clase las diferencias jurídico-políticas entre la sociedad liberal y la del Antiguo Régimen, de establecer un punto convencional de ruptura, sea la Revolución francesa o la Constitución de Cádiz). Ahora bien, esta delimitación temporal de la inseguridad plantea el problema de saber quién se encuentra en condiciones de observarla, quién es capaz de observar tanto el principio como el final (pues partimos de la base de que tanto este principio como este final pueden quedar olvidados una vez que se ha puesto en marcha el mecanismo de la observación, el procesamiento de diferencias...). Para resolver este problema, se puede contar, justamente, con las organizaciones científicas y académicas: ellas no están comprometidas en este proceso creativo; son sencillamente un tercero, un complemento exterior del orden temporal que se dedica a marcar desde fuera un compás (así, al Vicerrectorado de Investigación o al Ministerio de Educación no le debe en principio interesar tanto entrar a discutir las tesis de los trabajos de investigación que subvenciona como verificar si éstas se han cubierto a tiempo y tienen mínimamente que ver con los objetivos inicialmente previstos). La organización entonces dice: lo que se empieza tiene al menos que dar la impresión de que va a poder terminarse. Una propuesta debe ser capaz de crear sólidas expectativas, lo que también significa que debe ser capaz de hacer posible la decepción (que es un componente más de las reglas del juego). En todo esto anida, implícita, una dosis de coacción suficiente como para luego imponer reducciones de la complejidad en los planos científico y docente.

Pues bien, desde este punto de vista, nos parece que un «proyecto» consiste también básicamente en una ordenación temporal de la inseguridad. Sólo porque estimula una forma creativa de comportamiento frente al saber y al mismo tiempo la domestica imponiéndole una cierta *secuencialización*: hay que establecer al menos algún principio, fijar unos cuantos objetivos flexibles, formular algunas hipótesis.

Unas cuentas bagatelas formales, puede entonces pensarse desde lo que es la praxis de la vida académica. Un pertinente modo de coer-

---

70. Para todo esto, v. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 336 y ss., 427 y ss. y 672 y ss.

ción, desde la perspectiva que estamos adoptando. Pues téngase en cuenta que, en el mundo de las observaciones de segundo orden, una simple «casualidad» (la lectura de una nueva monografía, la relectura de un documento, el reencuentro con la maravilla textual de alguna obra clásica, etc...) puede llegar a tener consecuencias insospechadas y prodigiosas. Los proyectos adquieren entonces la importante función de sincronizar el azar, de hacer que la imaginación se ahorme un poco y se despliegue en forma de expectativas científicas <sup>71</sup>.

## 6. MULTIPLICIDAD

Las expectativas remiten a fines y en este sentido una forma usual de concretar un discurso que incorpora determinadas propuestas en el terreno del saber consiste en interrogarle por los objetivos que pretende alcanzar. Dadas las características del que aquí se está desarrollando, la respuesta va a ser sin duda decepcionante: basta recordar lo que se ha establecido a propósito de la docencia y la investigación para llegar a la conclusión de que también este plano se ve afectado por el problema de la observación de la complejidad. Sin embargo, acabamos de someternos a la singular potestad normativa del género «proyecto», por lo que es preciso referirse a ciertos objetivos. Su explicitación requiere que recapitemos en parte lo que hemos visto, procesando de otra manera el trayecto recorrido.

---

71. Sería igualmente poco acertado extraer ahora la conclusión de que el trabajo con proyectos constituye algo así como una actividad paralizante, que restringe la creatividad y el tiempo disponible para investigar. Como hemos intentado mostrar a lo largo de estas páginas, un proceder científicamente inseguro no tiene nada que ver con un proceder espontáneo. Es más, nuestra experiencia en algún centro dedicado por completo a la investigación nos hace pensar que la virtud última de un proyecto es su provisionalidad, que es como decir que incluye implícitamente una cláusula de reforma que facilita su sustitución por otro. Esto, paradójicamente, puede llegar a garantizar la continuidad formal de la actividad investigadora e, incluso, la legitimación misma de la institución. Después, hemos creído encontrar cierto apoyo teórico a esta intuición en Luhmann: «(Organisationen) garantieren das Weitermachen auch für den Fall des Nichtweiterwissens. Vor allem ermöglichen Organisationen Periodenbildung, also Einrichtung von zeitlimitierten Projekten, mit der Gewissheit, dass der Betrieb (aber nicht notwendig die individuelle Anstellung und Karriere) nach der Beendigung weiterläuft»; y, más adelante: «Die Organisation kann, einfacher gesagt, das Beenden von Projekten unterscheiden und auf diese Weise beobachten und in dieser Beobachtung gewährleisten, dass das Ende des Projekts nicht das Ende der Forschung ist». (LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, pp. 674 y 675).

Como se recordará, el punto de partida lo proporcionaba un cierto asombro ante el hecho de que las memorias de oposiciones, que teóricamente se adscriben a un tipo de discurso especializado en la descripción de lo que uno hace (lo que ha hecho y lo que va a hacer) no provoquen una reflexión robusta y continuada sobre la disciplina. Empero, añadíamos que la constatación de este fenómeno no era suficiente: el asombro o la extrañeza constituyen excelentes disposiciones de ánimo de cara al ejercicio de la investigación, pero por sí solos no dicen nada. La constatación tenía pues que venir acompañada de algún tipo de explicación. Ahora bien, de nuevo la espontaneidad está excluida de esta operación: de la misma manera que la crítica se hace con criterios, las explicaciones no sobrevuelan la cabeza del historiador del derecho ni se dejan prender con la mano. Para explicar hay que observar. O, mejor, hay que saber observar. De aquí, nuestro esfuerzo por diseñar un lugar de observación y una forma de desplegar la mirada. Hemos hablado entonces, aunque en este punto simplificando terminológicamente las cosas, de practicar una observación de segundo orden.

Observar lo que hacen los otros, y también observar al derecho en la historia, exige, para empezar, una cierta pero imprescindible observación de los presupuestos desde los cuales uno mismo observa y describe. Se trata en principio de hacer algo tan sencillo como lo que explicaba Paul Valéry: «En todo tema, y antes de todo examen de fondo, considero el lenguaje; tengo la costumbre de proceder a la manera de los cirujanos que primero purifican sus manos y preparan el campo operatorio. Es lo que llamo la limpieza de la situación verbal. Perdóneme esta expresión que asimila las palabras y las formas del discurso a las manos y los instrumentos del operador»<sup>72</sup>.

A António M. Hespanha esta forma de encarar las cosas le resulta algo así como metodológicamente erótica: de hecho, en un artículo reciente, ha calificado esta actitud de *strip tease* intelectual, añadiendo que «é practicado, sobretudo, por leitores/discípulos de M. Foucault e de P. Bourdieu, entre os quais se conta o autor destas linhas, também ele retornado, há já um bom par de anos, de posições teóricas mais afirmativas»<sup>73</sup>. No habría mayores inconvenientes en incluir la reflexión aquí practicada dentro este curioso género erótico-metodológico. Esto ni mucho menos significa que uno se desnuda con técnica e inteligencia equiparables a las del historiador portugués; es sabido que uno se desviste como puede, es decir, en función, ciertamente, de su gracia y experiencia, pero sobre todo *del*

72. Paul VALÉRY, *Teoría política y estética* (1939), Madrid, Visor, 1990, p. 73.

73. António M. HESPANHA, «A Emergência da História», en *Penélope*, 5 (1991), pp. 9-25, cita en p. 19.



*tipo de ropa que lleva puesta* <sup>74</sup>. Pero sí que tratamos (o proponemos) asumir las consecuencias del destape que explicita Hespanha:

«A preocupação crítica, leva, aqui, a uma obsessiva preocupação de descrever o *lugar* donde se fala. A ideia, aqui, não é apenas a de que os factos são sempre construídos e encadeados partir de uma «teoria»; mas também a de que esta teoria, para além de «arbitraria», é contingente com o conjunto de condições em que o discurso é produzido. Então, a descrição, pelo autor, destas condições —ou, pelo menos— das categorias discursivas por elas geradas e de que o autor tem consciência— torna-se indispensável para «situar» a validade das proposições e evitar a tentação de lhes dar um alcance mais geral. Os saberes tornam-se «locais»; os intelectuais, «específicos»; as conclusões, «propostas» <sup>75</sup>.

Este singular modo de obsesionarse hace, según también Hespanha, que el discurso histórico se entienda como un acto político. No porque a través de la historia del derecho se pretenda todavía, de un modo militante, transformar el mundo, sino, sencillamente, por su capacidad para suministrar explicaciones: el historiador que describe modos múltiples de pulverización de la Verdad, o del Hombre, o de la Conciencia; que él mismo se «estiliza» hasta la negación del esencialismo porque

---

74. En este proyecto está claro que primordialmente le ha diseñado Luhmann. Dejando al margen el caso de Bourdieu, citado con aquí con cierta profusión, cabe sin duda plantear en abstracto el problema de la compatibilidad entre las teorías de Luhmann y Foucault, autor al que alude expresamente Hespanha en su frase. Por no ser esta la sede idónea, me permito remitirme al propio texto del historiador portugués, el cual hermana las «concepciones sistémicas» (Luhmann) con «corrientes críticas» como la representada por Foucault a la hora de negar existencia independiente a un supuesto objeto de la historia. Por nuestra parte, nos hemos ocupado de la compatibilidad entre ambas formas de análisis en: SERRANO, «Poder *sub specie legis* y poder pastoral», en Ramón MAIZ (ed.), *Discurso, poder, sujeto. Lecturas sobre Foucault*, Santiago de Compostela, Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1987, pp. 115-136 (también publicado, bajo el título «Poder legal y poder pastoral» y con mínimas modificaciones, en: *Droit et Société*, 11/12 [1989], pp. 193-218); *El poder como medio de comunicación. Un paseo por el laberinto de la sociología de Luhmann*, en: SERRANO, *La imaginación del poder*, cit., pp. 29-69. En una palabra, y si tuviera que darse razón de la ausencia *explícita* de Foucault en estas páginas, podríamos decir que su obra puede estar funcionando aquí exactamente del particular modo que señalaba una vez el propio filósofo francés: «Je crois que c'est important d'avoir un petit nombre d'auteurs avec lesquels on pense, avec lesquels on travaille, mais sur lesquels on n'écrit pas... Finalment, il y a pour moi trois catégories de philosophes: les philosophes que je ne connais pas, les philosophes que je connais et dont j'ai parlé; les philosophes que je connais et dont je ne parle pas» (Michel FOUCAULT, «Le retour de la morale», en *Les nouvelles* 28.6-5.7.1984, p. 40).

75. HESPANHA, «A Emergência da História», p. 19.

se aplica sobre sí este cuento, se encuentra en condiciones de abrir espacios en los cuáles resulten pensables nuevas alternativas de organización política, social o cultural.

Esta última cuestión que trata Hespanha es tan abierta, está tan cálidamente planteada, que nos deja... un poco fríos. Por una doble razón. Por un lado, y en el terreno si se quiere de los valores, tenemos serias dudas de que en la actualidad un análisis histórico cargado de buenas intenciones políticas y puesto deliberadamente al servicio de la sociedad (o de la emancipación de la sociedad...) sea socialmente más conveniente que otro simplemente más complicado (en el sentido de más refinado en relación con el instrumental de observación que utiliza y más susceptible de ser comparado o relacionado con otras descripciones de la sociedad de hoy y/o de ayer)<sup>76</sup>. Por otro, y ya desde la perspectiva concreta aquí adoptada, no sabemos hasta qué punto resultan verificables todos los componentes de esa dimensión política. Las limitaciones estructurales de la docencia y la investigación, de las cuales ya se ha hablado antes, impiden dar ese salto adelante que consiste en la evaluación política del posible impacto social del trabajo histórico. Como hemos señalado antes, la necesidad de observar el código en virtud del cual uno establece y encabalga distinciones (la lógica por la cual se dice «esto es esto y no lo otro», «esto es así y no de otra manera», etc.) lo único que en realidad reclama es que la historia sea, al menos en un insoslayable primer momento, una actividad de procesamiento de diferencias. Eso sí, conviene inmediatamente añadir dos cosas: a) Que estas diferencias están en la base de las construcciones historiográficas de nuestros contemporáneos (y uno es, en este sentido, contemporáneo de sí mismo) y también de las que estuvieron en la base de las construcciones jurídicas del pasado. Pues tratamos de diseñar una forma específica de mirar, pero lo suficientemente abstracta como para reunir en un lugar común el cómo se observa históricamente y el cómo se observa historiográficamente. b) Que su procesamiento no hace simplemente culminar con éxito una descripción. Como hemos intentado demostrar, la observación es siempre reflexiva, debe conducir o dar lugar a otras observaciones: tiene que ser, en una palabra, altamente enlazable, enganchable para merecer este nombre (y no

---

76. Si, por ejemplo, se toma en consideración la ciencia del derecho española del siglo pasado, no es difícil advertir que su predisposición a adaptarse a fines políticos o a objetivos generales de política legislativa —su «forma militante de percepción», por utilizar la expresión de Clavero— ha ido en detrimento de su cientificidad o, al menos, de su configuración como disciplina social. «La ciencia en rigor no ha entrado siquiera en juego» (V. Bartolomé CLAVERO, «La gran dificultad». Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», en *Ius Commune*, XII, (1984), 91-116, citas en pp. 99 y 109).

ser una prescripción o una mera transcripción de algo ya dicho)<sup>77</sup>. Y tiene que ser sumamente refutable también. Contingente e insegura, no puede simplificarse y disolverse en la fascinación de ver-lo-que-tú-no-has-visto o de ver-lo-que-él-no-vio (y decir, por ejemplo y por citar personajes que han sobrevolado el entorno académico de quien esto escribe, que Vives fue un ingenuo al pretender resolver el problema de la pobreza o Cabarrús un incauto al edificar el Banco de San Carlos). Expresado de otro modo, hablamos sin más de una predisposición para imaginar lo que vieron los demás que no suele venir dada por el «sentido común» del historiador-jurista, tan proclive a describir sin reflexión, a convertir sin quererlo los anacronismos en proyectiles sobre (contra) la historia.

Ahora bien, como sigue siendo lícita y muy importante la preocupación de Hespanha, la podemos retomar de la siguiente forma: A saber, ¿qué puede implicar globalmente, en tanto que propuesta de docencia e investigación, la observación de que el historiador del derecho es básicamente un procesador de diferencias? Una primera respuesta posible sería: En la medida en que se trata de una ruptura con el sentido común de los juristas, implica ya una mayor conexión de la historia del derecho con la actualidad. Esta afirmación tiene directamente que ver con lo explicado por Hespanha en el párrafo arriba transcrito. Nosotros aquí lo volvemos a explicar ahora del modo siguiente: Si no es por más tiempo admisible la idea de que el historiador del derecho dispone de un objeto de investigación —«el Derecho»— que le viene dado; de que existe en la historia una verdad objetiva —«este Derecho era», «el Derecho es»— que simplemente está cautiva, esperando su rescate; de que existe, en una palabra, familiaridad epistemológica entre las descripciones que un día hicieron los juristas y las que hoy pueda hacer el historiador del derecho, entonces automáticamente se perfilan con más nitidez tanto el lugar de observación de unos como el lugar de observación de otros. Tanto el pasado como el presente. Es decir, tanto la actualidad como el pasado de la actualidad. Y es ésta, justamente, la que tiene que salir ganando: cuando el historiador, que está desconcertado (del Derecho que ya ha sido), reflexiona sobre su modo de observar el pasado, porque esto le incrusta cognitivamente en el presente que vive, le obliga a tener en cuenta el modo en virtud del cual su posición en la sociedad (como investigador, como docente, como jurista, como ciudadano, etc.) condiciona su mirada; y cuando el histo-

---

77. Desde esta perspectiva, no hay entonces una diferencia cualitativa entre observar históricamente y observar historiográficamente. Esto es algo que ya se dijo como declaración de intenciones al principio, y que ahora me parece que ayuda a entender el hecho de que este proyecto no se haya convertido en un artículo de historiografía jurídica.

riador hace una descripción histórico-jurídica, porque hace ver, haciendo ver que el pasado jurídico fue diferente, que la actualidad es todavía más compleja de lo que parece, que es todavía más *condenadamente actual*. Y esta actualidad redomada nada tiene que ver, dicho sea de paso, con esa interesada «mentalidad-facsímil» de nuestras instituciones de hoy que reduce la historia cristalizándola en efemérides (de «Bicentenarios» a «Quintos Centenarios»).

Quizás se pueda concluir de un modo brutal la explicación de este punto, y decir entonces, adaptando unas palabras de Dieter Simon, que el intento de hablar como un romano o como un germano no es que sólo sea ridículo, es que además carece de interés; de lo que se trata es de hacer reconstrucciones *actuales* de construcciones *pasadas*, dejándose uno de «verdades históricas» y otras monsergas de semejante y fantasmagórico tenor<sup>78</sup>. Sería un error pensar que de esta receta se sigue que no hay que perder más el tiempo con los períodos histórico-jurídicos más lejanos, con los godos y con los romanos (aunque, por otro lado, no estaría de más dedicar más tiempo al pasado más inmediato, que en España responde al nombre de franquismo). Pero, sea como fuere, aquí hablamos de organizar la mirada, no de hacer un *ranking* de objetos de investigables. Hablamos, en el fondo, de que uno mira mejor cuanto más sensible es al problema de los límites de su conocimiento, que es contemporáneo al problema de los límites de los demás, incluidos los de los alumnos. Sobre todo, y pedimos aquí mil perdones por la ligereza, sin duda provocada por la fascinación ante el hecho de que lo sucedido en el mundo en los últimos dos años obliga a tirar los atlas a la papeletera, cuando quizás tengamos que barajar ya la hipótesis de que hoy, en las universidades, se está produciendo el curioso fenómeno de que unos profesores culturalmente formados en el siglo XX están dando clase a unos alumnos que viven y observan ya el cambio de siglo. Actuar entonces del modo más lúcido posible: he aquí en última instancia una pauta también para intentar paliar las causas más plausibles de la «crisis» que afecta a todas las disciplinas humanísticas, incluida la historia del derecho: diagnosticadas también por Simon, el tancredismo ante los acontecimientos sociales y políticos; la incapacidad para suministrar explicaciones y sentido a una sociedad ya postmoderna; la machacona perseverancia en un modelo

---

78. Exactamente él dice lo siguiente: «Der Versuch, wie ein Römer oder Germane zu reden, ist nicht nur lächerlich, sondern auch uninteressant. Es kommt nicht auf die «historische Wahrheit» oder ähnliche Phantasmagorien an, sondern auf die aktuelle Rekonstruktion vergangene Konstruktionen» (Dieter SIMON, «Aufgaben der Rechtsgeschichte», p. 267).

cultural inerte que, ante los ojos de los demás, con demasiada frecuencia lo único que fabrica es... agua de borrajas <sup>79</sup>.

Por todo lo que acabamos de decir, nos parece mejor, o por así decirlo más contenida, más fina, la propuesta que aparece en el mismo texto de Hespanha que hemos comentado, cuando, al criticar «uma história redutora de diversidade do humano, achantadora do tempo, enfim, unidimensional e totalitária» señala que «uma história destas impede esta construção da consciência da pluralidade da realidade humana que me aparece como um objetivo, não só politicamente mais libertador, mais também intelectualmente mais consciente e mais honesto» <sup>80</sup>. Esta referencia a la construcción de una «conciencia de pluralidad» nos viene finalmente muy bien para dar una segunda respuesta a la pregunta que estaba planteada (Simplemente, haciendo de antemano la salvedad de que preferimos hablar de «multiplicidad» en lugar de «pluralidad»: esta palabra es todavía demasiado deudora de la vieja ontología, pues en última instancia la «pluralidad» remite a una *unidad* superior que la engloba <sup>81</sup>).

Diremos entonces que una historia del derecho de estas características enseña por encima de todo (y sobre todo a los estudiantes) que las categorías y las instituciones jurídicas son múltiples. Esta es la conclusión más genérica que puede extraerse, porque se da la circunstancia de que ambas, categorías dogmáticas e instituciones, se encuentran sujetas a un doble desorden: Por un lado, el que se deriva del dato de que han sido construidas según contextos específicos que son diferentes entre sí (naturalmente, un manual de historia del derecho puede, por ejemplo, lograr que se conviertan en *roommates* un *conventus publicum vicinorum*, un *Consell de Cent* y una alcaldía constitucional, pero esto no es asunto nuestro); por otro, el propiciado por el hecho de que toda observación que se haga de ellas es una observación diversa, que encima las transporta a la propia actualidad del observador. Allí van a ser objeto de lucha y refutación, porque sabemos que un análisis histórico-jurídico debe ser por fuerza arriesgado.

La multiplicidad no tiene, por tanto, nada que ver con la generalidad, con el suministro de generalidades o comparaciones analógicas a los alumnos. De esta forma de explicar la historia o la historia del de-

---

79. V. Dieter SIMON, «Zukunft und Selbstverständnis der Geisteswissenschaften», en *Rechtshistorisches Journal*, 8 (1989), pp. 209-230.

80. HESPANHA, «A Emergência da História», p. 22.

81. Hay otra razón que explica esta sustitución terminológica: el gusto por adherirnos a algunas de las propuestas culturales —multiplicidad, visibilidad, etc.— de Italo Calvino para el próximo milenio. V. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, Garzanti, 1988, especialmente pp. 81-120.

recho habría que huir como de la peste <sup>82</sup>. El seguimiento de la multiplicidad implica profundización en la singularidad (por no utilizar de nuevo la palabra «diferencia»): implica que, aún tomando como objeto de docencia o investigación un concepto muy concreto, incluso algo nimio, uno ha de ser capaz de lograr que propicie el establecimiento de relaciones entre discursos jurídicos, niveles institucionales e, incluso, modelos de análisis distintos. Hasta la mayor trivialidad jurídica debería poder convertirse en un elemento de análisis *potencialmente interminable* <sup>83</sup>.

---

82. Si se permite la expresión, ya que es precisamente la rata la obligada a esta huida. Por si no se hubiera dicho ya lo suficiente sobre estas manifestaciones del «sentido común» profesoral, apostílese, en fin, que detrás de este empleo de la generalización se soterra el uso hermenéutico de dos conceptos: la unidad «individuo» y la unidad «sociedad». La crítica a estas unidades debería empezar por decir que, del mismo modo que resulta absurdo afirmar que la «sociedad» disminuye o aumenta de volumen cada vez que se produce una muerte o un nacimiento, la perennidad del «individuo» en la historia parece insostenible: no siempre han sido individuos los destinatarios por excelencia de las normas jurídicas y los agentes que actúan institucionalmente (cfr. Bartolomé CLAVERO, *Historia y antropología, por una epistemología del derecho moderno*, en: Joaquín CERDA/Pablo SALVADOR CODERCH (eds.), *I Seminario de historia del derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona/Fundación Raimon Noguera de Guzmán, 1985, pp. 9-35). También la creencia de que la unidad básica del mundo en el que vivimos no es ya el individuo sino la «sociedad» (o algún otra entidad más *regional* desde el punto de vista sociológico, como la «nación», etc.) puede ser criticada en términos semejantes. Simplificando bastante las cosas, puede decirse que la cobertura, por ejemplo, de realidades tan dispares como puedan ser Castilla y Borneo bajo ese manto único de la «sociedad» sólo puede llevarse a cabo al precio de convertir a ésta en un puro marco formal, por no hablar de la inestabilidad o inexactitud conceptual que acarrea la entronización de estas entidades regionales como descriptores privilegiados, ya que difícilmente pueden asentarse con firmeza los criterios en virtud de los cuales se adscriben los grupos o las instituciones al descriptor «Nación», etc. Formulado el problema de un modo clásico: ¿cómo distinguimos a los griegos de los bárbaros?...

83. Un ejemplo extremado de esto lo constituye, por ejemplo, el análisis que fue capaz de desarrollar Robert Musil a partir, sencillamente, de las siglas del Imperio austro-húngaro: *k.k.* o *k.u.k.* (= *kaiserlich und koniglich*). La inteligencia de este escritor logra que dos o tres inocuas letras se conviertan en *kakania*, es decir, en una palabra ficticia pero que rompe el lenguaje cifrado de la política y el derecho, hundiéndolo en la historia. Así nos hace saber que muchas cosas «se podrían decir de este Estado hundido de Kakania. Era, por ejemplo, imperial-real, y fue imperial y real; todo objeto, institución y persona llevaba alguno de los siglos *k.k.* o bien *k.u.k.*, pero se necesitaba una ciencia especial para poder adivinar a qué clase, corporación o persona correspondía uno u otro título. En las escrituras se llama Monarquía austro-húngara; de palabra se decía Austria, términos que se usaban en los juramentos de Estado y se reservaban para las cuestiones sentimentales, como prueba de que los sentimientos son tan importantes como el derecho público, y de que los decretos no son la única cosa en el mundo verdaderamente seria. Según la Constitución, el Estado era liberal, pero tenía un gobierno clerical. El gobierno fue clerical, pero el espíritu liberal reinó en el país. Ante la ley, todos los ciudadanos eran iguales, pero no todos eran igualmente ciudadanos. Existía un Parlamento que hacía uso tan excesivo de su libertad que casi

Honestamente desconocemos si, procediendo de este modo, la asignatura de historia del derecho se pone en disposición de proporcionar claves conceptuales para fabricar un nuevo «sentido común jurídico»<sup>84</sup> que suponga el logro, en la estela de los deseos de António Hespanha, de mayores dosis de felicidad social. La visión de lo múltiple no resulta desde luego humanista, y desconocemos si todavía ilustrada: pues no estamos seguros de que la esperanza y la creencia en una mayor racionalidad no estén presuponiendo de nuevo otra unidad más que dudosa, el futuro<sup>85</sup>. Queremos pensar que al menos es oportuna. En el sentido de que intenta espabilar al futuro jurista de una sociedad compleja a través del contacto con lo diverso (el derecho que es en realidad muchos otros) e, incluso, con lo improbable (el derecho que ha sido y ya no es, el derecho que pudo llegar a ser, el derecho que está desapareciendo).

ANTONIO SERRANO

---

siempre estaba cerrado; pero había una ley para los estados de emergencia con cuya ayuda se salía de apuros sin Parlamento, y cada vez que volvía de nuevo a reinar la conformidad con el absolutismo, ordenaba la Corona que se continuara gobernando democráticamente. De tales vicisitudes se dieron muchas en este Estado, entre otras, aquellas luchas nacionales que con razón atrajeron la curiosidad de Europa, y que hoy se evocan tan equivocadamente. Fueron vehementes hasta el punto de trabarse por su causa y de paralizarse varias veces al año la máquina del Estado; no obstante, en los períodos intermedios y en las pausas de gobierno la armonía era admirable y se hacía como si nada hubiera ocurrido. En realidad, no había pasado nada. Únicamente la aversión que unos hombres sienten contra otros (en la que hoy estamos todos de acuerdo), se había presentado temprano en este Estado, se había transformado y perfeccionado en un refinado ceremonial que pudo tener grandes consecuencias, si su desarrollo no se hubiera interrumpido antes de tiempo por una catástrofe» (Robert MUSIL, *El hombre sin atributos* (1930-1942), Barcelona, Seix Barral, 1983, vol. I, pp. 40-41). El ejemplo es extremado en la medida en que remite a la frontera del análisis histórico con la narrativa o la ficción. Este problema típico de vecindad, que subyace sin duda en la crítica de Hespanha a la moda de los telefilmes y niveles históricos («A emergência de História», pp. 16-19), cobra hoy gran importancia postmoderna. Sólo sobre la discusión metodológica norteamericana en torno al carácter narrativo de la historia, a partir de filósofos como Derrida e historiadores como Squinner y Pocock, v. John E. TOEWS, «Intellectual History after the Linguistic Turn: The Autonomy of Meaning and the Irreducibility of Experience», en *The American Historical Review*, 92 (1987), (pp. 897-967); David HARLAN, «Intellectual History and the Return of Literature», en *American Historical Review*, 94 (1989), pp. 581-609.

84. Últimamente se han utilizado expresamente estas palabras para señalar la imperiosa necesidad de inventar hermenéuticamente un modo de pensar el derecho liberado de las dicotomías Estado/sociedad, público/privado, formal/informal, etc. V., Boaventura da SOUSA SANTOS, «Stato e diritto nella transizione postmoderna. Per un nuovo senso comune giuridico», en *Sociologia del diritto*, XVII/3 (1990), pp. 5-34.

85. Cfr., sobre esperanza y sociedad, LUHMANN, «Hat die Hoffnung noch eine Zukunft?», en *Die Zeit*, 26.12.1986.