

II

LA HISTORIA DEL DERECHO COMO SOCIOLOGIA HISTORICA DE LA CULTURA (*)

Como sucede con toda observación sociológica del derecho, para que la historia del derecho adquiera rango científico es necesario antes de todo que adopte una actitud distante respecto a cualquier tipo de racionalización jurídica. Para ello ha de ser consciente de que el trabajo conceptual de los juristas consiste en una labor de clasificación social, que constituye al mismo tiempo una forma específica de intervención en un medio social polarizado. Esto resulta pensable si se tiene en cuenta que la fuerza y el carácter vinculante de las taxonomías y jerarquizaciones inscritas en la producción de los juristas se deriva justamente de una oferta de pacificación social que hacen éstos en base a su propia autoridad y a la vista de unos intereses que se encontrarían primordialmente en conflicto. A partir de aquí se ha de considerar preferentemente al derecho como un producto social conformado según las estructuras de oposición y los mecanismos de funcionamiento y transformación del campo jurídico. En consecuencia, y pensando en la estrategia a seguir en el análisis histórico jurídico, resulta obligado dedicar una particular atención a esta lógica social de la tecnología empleada y del saber desplegado por los juristas. Se ha de examinar por tanto y de un modo preferente las contiendas entre rivales, los conflictos de competencia y la pugna por ejercer, en régimen de monopolio, el derecho de decir aquello que el derecho es; todo ello, por parte además de unos actores que resultan ser especialistas en la cuestión del orden y que se encuentran funcionalmente organizados según un principio de división del trabajo. Sólo si se procede de este modo resulta factible comprender que los juristas se encuentran delimitados por su campo, es decir, objetivamente situados en una tesitura que les obliga por regla general tanto a salvaguardar su posición mediante inversiones de orden conceptual dentro del campo, como a utilizar esta acumulación de capital jurídico.

(*) Trad del alemán: Antonio Serrano.

simbólico para poder hacer frente a las exigencias provenientes de su exterior. Atendiendo a los inexorables dictados de la moderna división del trabajo, está claro que el tipo de legitimidad a ellos exigible sólo puede ser alcanzado de la mano, justamente, de una prestación profesional adecuada. De lo que correlativamente se sigue, en fin, que vayan a ser los juristas los encargados, en principio y cada vez en mayor medida, de poner a funcionar de un modo profesional la creencia social en tal división, a pesar de o precisamente porque ésta siempre es arbitraria y se hace cada vez más desproporcionada. A la vista de su aceptación en la vida de todos los días, puede afirmarse incluso que hoy esta tarea sigue correspondiendo a los juristas: para ello naturalmente han de tener la precaución de difundir un orden jurídico, en tanto que artefacto altamente consecuente y ajustado a las relaciones sociales existentes.

Un cambio de esta consideración en la investigación histórico-jurídica pasa en consecuencia por la convicción de que sólo puede llevarse a cabo mediante una ruptura epistemológica que vaya más allá del consenso básico existente dentro de lo que habitualmente se designa como historia del derecho¹. La naturaleza de ésta es esencialmente jurídica y tiene una íntima relación con lo que se puede denominar, con Bourdieu, el «habitus» de los administradores dominantes de la tradición jurídica. Por esta razón, y para que la historia del derecho tenga alguna posibilidad de llegar a ser de una vez por todas historia social, resulta imprescindible poner en tela de juicio la formación jurídica a ultranza del historiador del derecho; tanto más cuanto que, por su primaria condición de «hombre de leyes», su reconocimiento dentro de la disciplina resulta ser el resultado directo de su comprensión jurídica de las cosas. El ejemplo de los historiadores alemanes del derecho más consagrados —los cuales, dicho sea de paso, se encuentran perfectamente integrados en la academia— permite señalar a este respecto algunos de estos atributos profesionales. Compartiendo en primer lugar su aprendizaje, experimentándolos como propios después, trasluciéndolos finalmente en la sorprendente homogeneidad de su producción intelectual, cabe citar un pragmatismo esencialmente orientado hacia la toma de decisiones,

1. Cf Johannes-Michael SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in: Scholz (ed), *Vorstudien zur Rechts historik*, Frankfurt am Main 1977, p 1-175; SCHOLZ, *Éléments pour une histoire du droit moderne*, in: Joaquín CERDÁ-RUIZ-FUNES/Pablo SALVADOR CORDERO (eds), *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona-Bellaterra 1985, p 423-524, SCHOLZ, *L'obstacle épistémologique premier de l'histoire du droit*, in: Paolo GROSSI (ed), *Storia sociale e dimensione giuridica*, Milano 1986, página 275-312

una marcada predilección por la imagen de un juez neutral que enjuicia según reglas objetivas y, en fin, una visión fundamentalmente prescriptiva de las cosas. De aquí que resulte sin duda tan difícil pensar la historia de un modo relacional: es decir, pensarla de una manera distanciada y enriquecida teóricamente, que pueda sin embargo enfrentarse a un objeto de análisis para su revisión en la praxis. En lugar de un análisis de este tipo, la mirada jurídica suele oscilar, tal y como generalmente se entiende, entre lo que se denomina realidad y lo que se denominan normas jurídicas, con el fatal resultado de que el historiador del derecho de formación jurídica unidimensional pretenderá eludir la conflictividad de la historia mediante una reconstrucción armonizante, eufemizada, y en última instancia fundada sobre el «status quo». Todo ello en detrimento de la pertinencia de elementos de análisis tales como la discontinuidad histórica o las estructuras sociales antagónicas. Se llega así a un extremo tal en el que cada vez resulta más difícil concebir el discurso jurídico desde el punto de vista de su constitución histórica: la decisiva y crítica oportunidad que ofrece una observación desde fuera del derecho (*Fremdbeobachtung*), que pueda llegar a escindir el saber vivido del saber científico, queda de este modo desaprovechada. La historia del derecho se equipara en definitiva a una sociología jurídica que sigue desconociendo el hecho de que, dadas las condiciones estructurales de la sociedad, resulta imprescindible atenerse a la exigencia de «bifurcar» —por hablar como Luhmann²— la vía científica de la descripción desde fuera de la vía jurídica de la descripción desde dentro del derecho. Y todo ello porque prefiere limitarse a ofrecer materiales sociológicos para la discusión jurídica interna, lo que de paso muchas veces implica la imposición de la verdad en favor de su propia posición social.

En la medida entonces en la que cabe considerar en principio a la praxis jurídica y a su compañera de viaje, la historia del derecho, como particulares dispositivos de poder, parece lo más conveniente empezar realizando un análisis político de las prácticas de racionalización del derecho. Esta tarea va mucho más allá de los conocidos requerimientos a favor de la interdisciplinariedad o de la teorización de la actividad intelectual del historiador del derecho. En una operación parecida a la de adoptar distancias respecto a aquellos modelos de explicación que empiezan por no explicar sus condiciones de formación, de lo que se trata en consecuencia es de reformular sin ambages el objeto científico de la investigación histórico-jurídica. Para ello es preciso ante

2. Niklas LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main 1986, especialmente p. 44.

todo tener en cuenta aquellas estrategias de poder que justamente los juristas y los historiadores-juristas suelen soslayar en su praxis cotidiana. Aunque el carácter coercitivo de la normalización jurídica pueda hacer pensar lo contrario, para su localización hay que dirigir la mirada no tanto a la represión estatal como a toda esa serie de microorganismos sociales de implantación jurídica que son directamente proporcionales a los procesos de privación del poder. De aquí que en lugar de separar la política del derecho —tal y como parece deducirse de la lenta diferenciación de los campos sociales—, y en directa oposición a una actual y nunca desinteresada línea de investigación que fetichiza y universaliza las categorías de pensamiento (*Denkformen*) mediante el expediente de su deshistorización, la cuestión crucial de la legitimación cultural de estirpe jurídica deba ser elevada a un primer plano de análisis. Llegados a este punto, hay que ser finalmente precavidos a la hora de pedir auxilio a la lógica de las ciencias naturales de última factura. Pues no hay que olvidar que si se admite que el complejo fenómeno de la racionalización jurídica de la modernidad constituye una sutil estructuración de la realidad social en tanto que reorganiza las estructuras de dominación, no es sino porque básicamente se piensa que el modelo global de la convivencia social se corresponde con un sistema cuyas estructuras de poder se determinan y al mismo tiempo se reproducen culturalmente.

Bajo estas premisas, se puede afirmar que la sociología cultural de Pierre Bourdieu parece proporcionar por ahora el método de análisis más adecuado a la hora de avanzar en la explicación de las tradiciones culturales de los juristas³. Al menos sirve para aumentar sin duda el potencial heurístico, como ha podido constatarse cuando ha sido aplicado a diferentes ámbitos de investigación. De modo semejante a lo que han mostrado los análisis sobre la producción simbólica en los campos científico, religioso, político o artístico, todo hace pensar que una historia del derecho de este tenor, que reorienta sus pasos hacia la dimensión sociopolítica de los procesos culturales, puede contribuir al esclarecimiento histórico de la sociedad moderna a través de su encuentro con las lógicas divergentes —según el tiempo y el lugar— de los distintos campos jurídicos. Para rubricar esta convicción,

3. Para una introducción a la vasta obra de Pierre Bourdieu, cf. Alain ACCARDO/Philippe CORCUFF, *La sociologie de Pierre Bourdieu*, Bordeaux 1986 (con lista de bibliografía); para una primera aproximación a un análisis del campo jurídico. cf. BOURDIEU, *La force du droit, Eléments pour une sociologie du champ juridique*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986) 3-19; sobre su adaptación a la historia del derecho privado moderno, cf. SCHOLZ, *Eléments* (N. 1.).

y con la vista especialmente puesta en la naturaleza simbólica de las estructuras jurídicas, baste quizá simplemente recordar hasta qué punto el poder simbólico inherente al derecho, el cual se encuentra institucionalmente organizado y se presenta como racional y coherente, es suficiente en caso de conflicto para hacer persuadir de su autoridad jurídica, incluso a aquellos que tienen que soportarlo. El derecho es capaz de imponerse así con cierta naturalidad, por su aparente supremacía entre las diferentes instancias de orden.

Procediendo ya a hacer directamente uso de este modelo de análisis, de las proposiciones metodológicas anteriores pueden extraerse diversas directrices que encaminen la investigación. Cabe citar ahora tres. En primer lugar, habría que prestar una gran atención a las diversas técnicas que, adscribibles por regla general al catálogo doctrinal de la ciencia jurídica moderna, han sido empleadas en la modernización del derecho por parte de unos juristas que en su momento han solido detentar en régimen de monopolio la propiedad del discurso en su ámbito respectivo: impulsadas casi siempre para mayor beneficio de éstos, aquéllas han servido para materializar unas reformas jurídicas que al mismo tiempo venían a fundamentar y legitimar de un modo conceptual situaciones de poder que hasta entonces permanecían incógnitas. En relación con lo cual, dice sin duda mucho de este modo de conceptualizar y valorar el conflicto —en una palabra, de estas estructuras jurídico-simbólicas— el hecho de que la inversión intelectual realizada, en sí misma, por la propia virtualidad de una nueva reorganización discursiva y prediscursiva en la disposición de los enunciados jurídicos, es capaz de resultar de por sí rentable, en tanto en cuanto pueda estimular todavía más la aceptación de sus reglas de distribución y, de aquí, la imposición de criterios de jerarquización socialmente fundados. Se logra así domesticar la tensión social mediante una nueva retórica, la cual confía de nuevo los principales papeles a los valores de autonomía, neutralidad, universalidad y trascendencia del ordenamiento jurídico, así como a la solidez y transparencia de un principio de igualdad formal que ampara a todos y cada uno. Fundamentado en principio en el derecho natural, en apariencia devuelto más tarde a la historia, confiado en caso de duda a la competencia técnica, el derecho privado constituye un sector muy apropiado para apreciar este fenómeno, especialmente si se tiene en cuenta su progresiva cientifización (*Verwissenschaftlichung*), plasmada en procesos tanto de codificación como de descodificación que se suceden en el tiempo. Pero lo mismo cabría predicar del continuo trabajo de elaboración y adaptación del paradigma legal en teoría del derecho o de la tendencia a la estatalización y juridifica-

ción de la vida pública. Los recientes intentos de corregir los excesos causados por éstas —los cuales hay que intentar desde el principio comprender como la reacción objetiva a una mala experiencia y no como una simple maniobra maquiavélica— no dejarían por ello de estar de la misma forma implicados.

Además de lo anterior, el estructuralismo crítico de Bourdieu resulta hasta tal punto operacionalizable justamente porque permite analizar en detalle el campo jurídico a partir de su consideración como un campo de fuerzas doblemente determinado: desde el exterior y en el interior. Sobre esta base, es preciso concebir la normalización jurídica de los conflictos presentes o latentes como una producción simbólica objetivamente determinada por el principio de división del trabajo y predominantemente surgida en el seno de unas estructuras sociales antagónicas. Propuesta teórica de la que hay que deducir a su vez otras tres: a) estos productos jurídicos se encuentran socialmente estructurados, pero a su vez y en la misma medida ellos también estructuran la sociedad. b) Todos los campos sociales disponen de una estructura que es homóloga entre sí. Lo que significa que el campo jurídico debe ser considerado como un microcosmos del campo social general, dentro del cual los actores tienen que luchar por conservar la posición que ocupan. c) Dada la concurrencia cada vez mayor del principio de la división del trabajo, el rango social detentado por el ocupante de una determinada posición viene a depender siempre en mayor medida del reconocimiento otorgado por sus rivales dentro del campo. Aceptando estas consideraciones, quedan abiertas ante el historiador del derecho diversas vías de investigación. Póngase por caso el estudio de la doctrina. En lugar de limitarse a seguir la costumbre de hacer su paráfrasis, se trataría más bien de analizar hasta qué punto se encuentra ligada a una competición establecida dentro del campo jurídico. Al ser éste por añadidura sólo relativamente autónomo. no hay que olvidar entonces que aquélla viene también a su manera a reproducir los antagonismos generales existentes en el exterior del campo. Para empezar a responder a tales interrogaciones no faltarían sin duda indicios. Uno de ellos, lo constituirían sin duda las alianzas objetivamente predeterminadas entre los agentes dominantes en el interior del campo jurídico y los agentes dominantes en el exterior, es decir, en los campos político, económico o científico. Otro indicio vendría proporcionado por los enfrentamientos profesionales surgidos, por ejemplo, al calor de lo que se considera que debe ser la actividad genuina del jurista: detrás de la oposición entre los guardianes de la ciencia jurídica y los prácticos del derecho lo que está de verdad en liza es el mantenimiento o la defensa del capital adquirido. Este antagonismo

no puede sin embargo objetivamente llegar al extremo de poner en peligro el capital social común a todos los que integran el campo jurídico, dado que en ningún caso y por ninguna de las dos partes se consideraría admisible —con la vista, por ejemplo, puesta en las cada vez más poderosas ciencias sociales— la invasión por parte de nuevos candidatos a especialistas del orden.

Justamente estos ejemplos hacen pensar, por último, que gracias a la teoría general sobre los campos sociales de Bourdieu se puede llevar a cabo un análisis de esta particular economía de las prácticas de dominación, en lo que respecta en este caso a la historia del derecho. Más allá de las particularidades del caso concreto, un estudio de este tipo serviría para confrontar la regla de la convertibilidad entre los capitales social, económico y simbólico, lo que sin duda obligaría a plantear nuevas y ulteriores interrogaciones. En la misma línea, habría en especial que empezar por evaluar la competitividad de un orden concebido a través del derecho, así como la interrelación existente entre —de una parte— las inversiones realizadas y los beneficios obtenidos dentro del campo jurídico y —de otra— aquellos sistemas normativos de carácter no jurídico. Cuestión ésta respecto a la cual es importante no olvidar el hecho de que, más pronto o más tarde, un tipo de violencia suave (*violence douce*), de corte simbólico y consensuada en la praxis, resulta más rentable y acarrea costes menores que una opresión por la opresión, es decir, que una opresión ejercida a ciegas. Piénsese en este sentido, y dejando al margen una dicotomía generalmente aceptada que distingue posiciones simbólicas y posiciones económicas de poder, en la plausible correlación existente entre la sustitución del «ius commune» por un derecho patrio y las exigencias objetivas del mercado de las técnicas de dominación. La consideración de este fenómeno debe hacer pensar también en los posibles desfases que puedan darse: así sucede, por ejemplo, cuándo esta forma de trabajo conceptual va mucho más adelantada que las propias estructuras económicas nacionales. O, por citar otro aspecto, no debe tampoco menospreciarse la utilidad económica derivada directamente de las prestaciones científicas de los juristas, por mucho que estas ganancias no hayan podido ser objeto de cálculo consciente por parte de éstos. En relación con todo esto, resulta necesario, por tanto, darse cuenta del considerable denuedo con el que, tanto desde un punto de vista económico como intelectual, se ha procedido a objetivar el capital jurídico-simbólico, bien a través de la inversión en instituciones (creación y especialización de las instancias jurisdiccionales, etc. .), bien mediante la formalización por escrito (codificación). Con ello se garantizaba además, y por añadidura, la facultad de ser reproducido a un bajo coste

Esta perspectiva se completa, en fin, si se atiende a lo que sin duda hay que estimar como una explotación doctrinal y metódica de los modelos jurídicos del pasado —los inscritos, en una palabra, en la historia del derecho— a la hora de ofrecer soluciones para el presente. En contra de lo que generalmente se suele pensar, este tipo de operación responde a una mentalidad propia de la actividad económica que se expresa esencialmente en la aplicación de pautas de eficiencia.

Precisamente esta última referencia a la historización de la producción jurídica contemporánea resulta muy adecuada a la hora de concluir presentando un proyecto, el cual quiere ser representativo de otros estudios emprendidos⁴ que quieren adscribirse a lo que se puede denominar como una historia de la ciencia jurídica. En concreto, se trata de reconstruir los mecanismos sociales en virtud de los cuales se hizo objetivamente necesario, a partir de los años treinta del siglo XIX, dotar de una fundamentación científica a la genuina tradición catalana, justamente para que ésta pudiera obtener el reconocimiento general. Tal empresa pasa sin duda por una crítica específica de todo tipo de apelaciones a una historia nacional, lo que tanto recuerda a las actuales corrientes neopandectísticas de la ciencia jurídica alemana, pero sobre todo por una crítica global de la forma en que hasta ahora se ha expoliado en provecho propio la ciencia jurídica del pasado. Para lo cual hay que empezar reconstruyendo históricamente la morfogénesis del campo jurídico español y sobre todo catalán. Con otras palabras, es preciso concentrarse en los distintos procesos de diferenciación (*Ausdifferenzierung*) iniciados a partir del siglo XVIII. En este sentido, la formación de una ciencia jurídica moderna en España y, de aquí, el renacimiento del derecho catalán —perceptibles en la erección y organización de academias de jurisprudencia y legislación al margen de las universidades y en la creciente profesionalización de los prácticos del derecho—, constituyen sin duda uno de los primeros y más

4 Cf J-M. SCHOLZ, *La función sociopolítica del krausismo*, in: T. RODRÍGUEZ DE LECEA/D. KONIECKI (eds.), *Reivindicación de Krause*, Madrid 1982, p. 87-97; *Krausistische Staatskritik in der spanischen «Restauración»* in: C. BERGFELD et al. (eds.), *Aspekte europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1982 p. 323-343; *Legitimationspraktiken krausistischer Dezentralisierungspolitik*, in: *Ius Commune* 12 (1984) 117-163, *La raison juridique à l'oeuvre: les krausistes espagnols*, in: Erk Volkmar HEYEN (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1986, p. 37-77; *La reterritorialización contemporánea del derecho civil español*, in: *Anuario de filosofía del derecho* 3 (1986) 281-342; *Katalanisches Notariat und Transformation des juristischen Feldes im 19. Jahrhundert*, in: *Ius Commune* 15 (1988) 135-197; *Rendre justice. Eléments pour une histoire contemporaine de l'espace judiciaire espagnol*, in: *Mélanges de la Casa de Velázquez* 25 (1989).

significativos indicadores. A partir de este punto, el análisis ha de centrarse en lo que desde una perspectiva sociológica se pueden denominar estructuras antagónicas del campo jurídico, así como en las alianzas establecidas para intentar compensar los déficits coyunturalmente existentes. Todo lo cual, claro está, ha de ser entendido como directamente dependiente de las constelaciones de poder y de las potenciales sectorizaciones que puedan advertirse dentro del campo jurídico. Hablando con más concreción, la documentación necesaria para cumplimentar esta estrategia investigadora ha de proceder en buena parte de estudios prosopográficos, para luego ser tratada en el mejor de los casos de un modo estadístico e informático. Lo ideal sería, en una palabra, poder llegar a efectuar un análisis multidimensional de diversas variables escogidas en función del capital heredado y adquirido. Más tarde, y para precisar mejor la dinámica histórica, se tiene también que someter a discusión lo siguiente: por un lado, el movimiento de *longue durée* y las coyunturas de mercado de la bolsa de trabajo de los juristas catalanes; por otro, la presión general que la evolución de una sociedad española que es concebida cada vez más de un modo capitalista ejerce con carácter estructurante sobre el campo jurídico. Contando ya con esto, se puede pasar a analizar el aspecto de la producción, haciendo especial hincapié en la transferencia de tecnología jurídica subyacente a la reconceptualización historicista del discurso jurídico catalán. Sólo, pues, desde estas bases, resulta finalmente posible la comprensión histórica del fenómeno de la construcción, sobre los pilares de la familia y la propiedad, de una nueva normatividad catalana dentro del marco general español. Para lo cual, y en resumidas cuentas, se propone aquí la hipótesis de que esta normatividad —que reúne un trabajo de racionalización y otro de legitimación amparados en la tradición jurídica— no es sino el producto de unos antagonismos sociales que, siendo legibles en la estructura oposicional de aquélla, tienen una determinada localización en el espacio y el tiempo históricos.

Johannes-Michael SCHOLZ