

Universidad Carlos III de Madrid

Repositorio institucional e-Archivo

<http://e-archivo.uc3m.es>

Área de Historia del Derecho

DDPPHD - HD - Monografías. Serie Historia del Derecho

2012

Introducción teórica a la historia del derecho

Fonseca, Ricardo Marcelo

Universidad Carlos III de Madrid

<http://hdl.handle.net/10016/14913>

Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid

INTRODUCCIÓN
TEÓRICA A LA
HISTORIA DEL
DERECHO

RICARDO MARCELO FONSECA

Introducción teórica a la historia del derecho

Introducción teórica a la historia del derecho

Ricardo Marcelo Fonseca

Prefacio de Paolo Cappellini

Traducción de
Adela Mora Cañada, Rafael Ramis Barceló y Manuel Martínez Neira

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2012

Título original: Introdução teórica à história do direito - Juruá editora

© 2012 Ricardo Marcelo Fonseca

**© 2012 Adela Mora Cañada, Rafael Ramis Barceló y Manuel Martínez Neira,
para la traducción**

**Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>**

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9031-070-0

Depósito Legal: M

**Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/14913>**

*À memória de minha mãe,
Leocádia Meger Fonseca (1942-2009)*

CONTENIDO

Prefacio de Paolo Cappellini	11
Nota preliminar	17
Introducción: pensar qué hacer para no actuar sin pensar	23
Historia del derecho: un intento de definición	35
Positivismo, historiografía positivista e historia del derecho	41
Escuela de los <i>Annales</i> e historia del derecho	71
El materialismo histórico y la historia del derecho	93
La historia en el derecho y la verdad en el proceso: el argumento de Michel Foucault	113
Michel Foucault y el discurso histórico-jurídico: Estado y poder	135
Walter Benjamin, la temporalidad y el derecho	153
Índice general	167

PREFACIO

Para el que escribe es una oportunidad y un privilegio poder consignar estas palabras. Se entiende que el que escribe viene precisamente de lejos.

Dice “viene de” y no “está” o “vive” lejos (lo que también es verdad, ya que esta podría ser vista también como “una carta desde Florencia”), por las razones que resultarán en seguida evidentes.

Es por lo tanto una oportunidad. Y más precisamente una oportunidad de dar testimonio: testimonio que es, sí, de amistad, pero de una amistad que se basó y se basa en la profunda colaboración en un proyecto cultural.

Porque Ricardo Fonseca es ante todo un hombre de diálogo; y lo es porque acredita firmemente la dimensión espiritual, intelectual y cultural de la experiencia jurídica y acredita también que esta dimensión se manifiesta ante todo en la historicidad de aquella experiencia.

También un privilegio, decía.

De hecho, para abrir aquel diálogo a nuevos horizontes, Ricardo Fonseca, muy joven –pero no solo, porque estaba amparado por la dedicación y por el entusiasmo de su esposa Ángela– y por su espontánea iniciativa, vino a pasar más de un año (de noviembre de 2003 a octubre de 2004 y después un mes más en 2006) en Florencia.

Elección pensada y no casual, dado que la ciudad de Santa María del Fiore con su cúpula brunesquiana y sus puentes –en primer lugar el Ponte Vecchio– que rodea el río Arno, es también la sede universitaria en la cual Paolo Grossi vino a fundar su “Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno” y la revista que es su más viva expresión, o sea los “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno”.

Nada casual, subrayábamos.

No es casualidad que la “divisa” que tal vez califique mejor aquella

iniciativa siempre fuera formulada por Paolo Grossi como “diálogo entre juristas” (y no con los juristas), queriendo decir que el historiador del derecho es plenamente jurista y, precisamente como tal, está llamado a dialogar fructíferamente con los colegas “positivistas”, no limitándose a considerar momentos abstractos, meramente ligados a las contingencias arbitrarias tenidas como presentes por un legislador o un operador profesional –los “puntos”, en fin– del movimiento del ordenamiento jurídico, sino buscando identificar el hilo, evidente o tácito –la “línea”, para usar una feliz imagen suya¹– del decurso histórico del derecho entendido en su integralidad.

Pero Ricardo Fonseca, con la sensibilidad que le caracteriza, no se limitó a recibir, en diálogos lógicos, interesantes y puntuales –de los cuales tuve frecuentemente el privilegio de ser testigo y, algunas veces, partícipe– la fuerza innovadora de tal mensaje.

Hizo más: lo desarrolló e lo introdujo creativamente en el debate jurídico-cultural brasileño, haciendo posible el inicio de una relación fructífera entre la historiografía jurídica brasileña y la florentina e italiana.

Una relación susceptible de desarrollos que en este punto representan también para nosotros, los del otro lado del océano, un imprescindible punto de referencia y de continua confrontación.

En un importante ensayo sobre la cultura jurídica brasileña y el proceso de codificación civilística del siglo XIX, el propio Ricardo Fonseca recordaba cómo su bellísima tierra, Brasil, fue anfitriona –y también fuente de importantes sugerencias y reflexiones– para uno de nuestros grandes juristas exiliado del régimen opresor:

Tullio Ascarelli, eminente jurista italiano del siglo XX, que en la época del fascismo encontró abrigo y acogida en Brasil durante casi diez años, gracias a su participación, durante su estancia, en la vida cultural e universitaria brasileña, pudo probar, con sensibilidad histórica y argucia intelectual, que el rasgo más típico del derecho privado brasileño estaba en la vigencia ininterrumpida, hasta la codificación de 1916, del viejo derecho común integrado en el plano legislativo por las Ordenaciones Filipinas de 1603. Para el gran jurista italiano, así, la mayor y más curiosa marca de la legislación brasileña era la de haber cargado hasta la segunda década del siglo XX con un derecho con claras huellas medievales².

1 P. Grossi, *El punto y la línea: historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo* (Acto solemne de investidura como Doctor Honoris Causa del profesor Dr. D. Paolo Grossi), Sevilla, 1998.

2 R.M. Fonseca, “Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura

Casi puede decirse que el papel desempeñado por nuestro gran mercantilista, su “participación durante su estancia, de la vida cultural y universitaria italiana”, se ha repetido provechosamente por parte de nuestro huésped curitibano, que por ello pudo después permitir, en primer lugar a Paolo Grossi –elegido, como confirmación de su pertinente atención al derecho vivo de los juristas y de los jueces, juez de la Corte Constitucional italiana– y después, con gran generosidad cultural, también a varios de nosotros, recorrer, por así decir, las sendas brasileñas de Tullio Ascarelli.

Pero esta referencia reviste también una importancia sustancial.

El redescubrimiento de la naturaleza “peculiar” de la secular experiencia jurídica brasileña a la que Ascarelli hacía mención –con los breves paréntesis del positivismo y de la “legolatría” moderna– produce de hecho una importantísima consecuencia.

La que no he dudado en definir como la *Nouvelle vague* de la historiografía jurídica brasileña (de la que el actual Director de la Facultad de Derecho de la UFPR y presidente del IBHD –Instituto Brasileño de Historia del derecho, fundado en 2002 y que ya ha llegado a su pleno desarrollo organizativo y cultural– representa sin duda alguna una de las voces más originales, al lado de autores como Arno Dal Ri Junior, Airton Seelaender y Samuel Barbosa, por no hablar de un iuspublicista sensible a la historia como Gilberto Bercovici o de exponentes de la generación inmediatamente precedente, como Antonio Carlos Wolkmer y Joses Reinaldo de Lima Lopes, de algún modo unidos a los primeros por la analogía de sus intereses) puede imprimir un despegue y un entusiasmo nuevos en la investigación histórica sobre la materia, casi diríamos, sin temor a exagerar, un verdadero giro expresado también en la fundación, con ocasión del III Congreso del IBHD celebrado precisamente en Curitiba en septiembre de 2007, del ILAHD (Instituto Latino-americano de Historia del Derecho). Giro que está marcado también, como uno de sus principales rasgos, por la original reelaboración, en clave claramente anti-positivista y por tanto pluralista, de los temas “florentinos” relativos al “absolutismo jurídico” burgués de los siglos XIX y XX.

Y si tenemos presente la importancia que tiene (y en parte continúa teniendo de modo resistente), y no solo en la historia no jurídica de

giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 33-34/II (2004-2005), p. 963.

Brasil, la corriente “positivista”, podríamos apreciar plenamente también el valor del texto que aquí se publica.

No es sólo una modesta, una mera *Introducción teórica a la historia del derecho*, sino un verdadero y propio ajuste de cuentas con un complejo recorrido cultural que, procediendo en el curso del tiempo – como demuestra la datación de las diversas contribuciones recogidas y reelaboradas, hasta la última, interesantísima, resultado de la intervención reciente en el congreso de São Paulo de septiembre de 2009, sobre los “usos” que se dan actualmente en Brasil de la propuesta historiográfica del historiador inglés E. Thompson–, restituye no solamente el proceso de formación biográfico-científico del autor en todos sus matices, sino que constituye una verdadera contribución para la “Autobiografía cultural” de la que convinimos en llamar *Nouvelle vague* de la historia del derecho brasileño.

De hecho, después de una introducción en que se da cuenta de la “falta” (hasta ahora: pero en vías ya de “liberación”) en Brasil de un debate y de un marco teórico del papel de la disciplina, a continuación de los abundantes enfoques positivistas, nos encontramos ante el esfuerzo por redefinir, más allá de las simplificaciones, el papel de los diferentes positivismos (filosófico, sociológico y, finalmente, histórico).

Todo eso en un “espacio discursivo” que dialoga de modo innovador –además de con las mejores fuerzas actuales de la historia del derecho europeo, de Carlos Petit a A.M. Hespanha y a Paolo Grossi– con la “École des Annales”; con las corrientes más críticas y agudas del marxismo; con las perspectivas foucaultianas; para concluir con una serie de páginas de gran interés sobre Walter Benjamin, buscando identificar posibles vías de conexión entre su reflexión sobre las “tesis sobre el concepto de historia” y la historiografía jurídica.

Un esfuerzo, en suma, para dotar a las nuevas generaciones de aquella historiografía de los instrumentos metodológicos y conceptuales necesarios para la tarea que ya se entrevé como ineludible: la de hacer salir “reflexivamente” a la luz, a partir de una Modernidad, “una dimensión” que somete la compleja naturaleza del derecho y la creatividad del jurista, siempre en perjuicio de una “imaginación social” capaz de enfrentarse a los desafíos que se pongan por delante.

En este sentido, es una obra que merece una atenta reflexión, pero no solamente en ultramar.

PREFACIO

Es por lo tanto una “carta florentina”, con la conciencia adquirida de una solidaridad que liga ya indisolublemente nuestros mundos, aparentemente distantes. Y, también, conciencia de la madurez adquirida por la investigación histórico-jurídica brasileña.

Paolo Cappellini
Universidad de Florencia

NOTA PRELIMINAR

das coisas que eu fiz a metro
todos saberão quantos quilômetros são
aquelas em centímetros
sentimentos mínimos
ímpetos infinitos não?

Paulo Leminski

Este texto nace de la necesidad, en la enseñanza de un curso de historia del derecho y antes de comenzar un programa de esa disciplina, de situar a los estudiantes ante las especificidades y complejidades del conocimiento histórico. Tal necesidad se debe a la evidencia de que el sentido común teórico (que los estudiantes traen consigo) acerca del significado de la historia, en cuanto saber que mira al pasado humano, está cargado muchas veces de una visión estrecha y paralizadora de la historia. En la mayoría de los casos se piensa, antes de entrar en el terreno de esa disciplina, que solamente se encontrará en ese recorrido teórico una narración lógicamente concatenada de acontecimientos que “explicarán” el presente (en este caso, el presente jurídico) y, tal vez (ojalá), dará un caudal de erudición que podrá adornar el conocimiento jurídico “correcto” (dogmático) del futuro. Así, la historia que se espera parece ser una relación de “curiosidades” cuya función se limitaría a aumentar el conocimiento general, en un sentido superficial y poco operativo, del derecho vigente.

Este enfoque tiene evidentemente (como no podría ser de otro modo) una explicación que es, en sí misma, histórica: a saber, que, de un lado, nuestra tradición cultural en general, y de modo muy particular en el modo de concebir la historia, siempre estuvo impregnada de un posi-

tivismo decimonónico con un fuerte olor a rancio que resistió (y resiste) mucho, impidiendo que soplaran los vientos de teorías y de concepciones historiográficas más abiertas y adecuadas a otro ambiente cultural, hecho este que ocurría ya en otros lugares desde el comienzo del siglo XX. Por otro lado, la educación jurídica brasileña, desde la creación de los cursos de derecho en 1827, siempre estuvo marcada por un estilo que privilegiaba el ornamento, la retórica y un efecto contrario al contenido y a la profundidad de la reflexión. Son las características del llamado *bacharelismo jurídico*, tan estudiado ya por sociólogos e historiadores¹. De hecho, esto determinó el alejamiento del saber jurídico (sobre todo a lo largo del siglo XX) de las innovaciones que se realizaron en las otras ciencias sociales (subrayo en nuestro caso el alejamiento de las innovaciones historiográficas) que acabó por crear un foso entre el saber jurídico y la efectiva comprensión histórica. Claro que aún existen otros factores que explican este fenómeno, pero esto ya indica que hay en Brasil un serio obstáculo de naturaleza teórica que debe ser abordado por quien estudia y aprende historia del derecho.

Esta breve explicación muestra ya que la historia (y, en particular, la historia del derecho) puede tener otro objetivo: el de *explicar y plantear problemas críticamente* (y no solamente enunciar datos sepultados, con una curiosidad necrófila tan inútil como nociva), haciéndolo de tal modo que ese saber sirva de algún modo (de un modo crítico que atienda a la complejidad y plantee problemas), a nuestro presente. En fin, la historia, después de un diálogo teórico que procure eliminar una buena parte del polvo cultural que nuestra tradición cultural y nuestra tradición jurídica acumulan, puede transformarse en un saber activo, crítico y, en consecuencia, más interesante que el que se emprende en el terreno de esta disciplina jurídica aún joven en los currículos universitarios brasileños.

Pero que esas observaciones no lleven a la conclusión equivocada de que aquí se hará una gran discusión metodológica o de que aquí nacerá una nueva teoría. La pretensión del libro es más modesta: la de indicar las características teóricas centrales de las escuelas que se esfuerzan

1 Véase al respecto S. Adorno, *Os Aprendizizes do Poder*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988; S.B. de Holanda, *Raízes do Brasil*, 25^a ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, pp. 156-165; A. Venâncio Filho, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Perspectiva, s/d; R.M. Fonseca, "A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879)", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*. Madrid, 8 (2005), pp. 97-116.

en cuestionar la visión del pasado humano. Con esto se intenta demostrar que también el enfoque del pasado jurídico debe tomar precauciones para no caer en tentaciones simplificadoras de ciertas reivindicaciones históricas del derecho tan presentes todavía hoy, al tiempo que *muestra* algunos instrumentos de las corrientes historiográficas examinadas que pueden ser útiles en el enfoque del pasado jurídico. Así, la finalidad es más describir las formas teóricas de abordar el pasado que buscar soluciones, estrategias o recetas. No es la finalidad del libro “enseñar” a nadie a hacer historia del derecho y, por eso, la discusión teórica de las escuelas que son propiamente historiográfico-jurídicas (discusión que podría ser útil, pero debería ser hecha en otra sede) no es objeto de este libro que tiene objetivos mucho más limitados. Por todo ello, este es un libro destinado a los estudiantes o al profesional o estudioso del derecho que comience ahora a interesarse por el estudio de la historia jurídica.

De todos modos, aunque la finalidad de la obra sea de hecho modesta, garantizo que la meta a la que pretende contribuir tiene su importancia: creo de verdad que la consolidación de una historia del derecho didáctica y científicamente sólida en Brasil solo puede hacerse desde el momento en que se deje definitivamente de lado esa visión tradicional, museológica y reduccionista del pasado y se adquiera conciencia de que comprender el pasado es una operación compleja que también debe ser avalada internamente, esto es, desde una perspectiva teórico-metodológica. Si la lectura de estas páginas contribuye a ello de algún modo (tal vez permitiendo nuevos vuelos) el autor se considerará satisfecho.

Este libro se gestó lentamente. Desde que frecuenté la Facultad de Historia siempre tuve una enorme afinidad con la “teoría de la historia” y no fue una casualidad que, varios años después, escribiese mi tesis de máster (1997) en el ámbito de la “teoría de la historia del derecho”. Muchas cosas han ocurrido desde entonces, pero a partir de aquel momento siempre se ha mantenido la preocupación por una reflexión teórica en todo lo que vengo haciendo. La reunión de los textos que contiene este libro es, pues, en cierto modo, el testimonio de un recorrido concreto.

Como en todo recorrido, me encontré con muchas personas que, en esta discusión de la teoría de la historia del derecho, fueron cruciales para mí. De ahí la necesidad de algunos agradecimientos. El primero de ellos, institucional, al CNPq, que viene financiando mis investigaciones.

Para seguir con los agradecimientos personales, debo decir, porque es de justicia, que fue Ana Maria Burmester quien me introdujo en este territorio cuando yo era aún estudiante. Luiz Fernando Coelho, Celso Ludwig, Antonio Carlos Wolkmer y Jayme Antonio Cardoso hicieron observaciones y correcciones en el rumbo. La familiaridad con la obra y, más tarde, el privilegio de poder contar con el diálogo y la amistad de Antonio Manuel Hespanha (“objeto” de análisis de mi tesis, hace más de 12 años) es para mí un privilegio absoluto. Mi estancia postdoctoral florentina, entre 2003 y 2004 me abrió la posibilidad de conocer y de dialogar con la escuela de Grossi, y a partir de ahí ya no volví a ser el mismo y cambió mi forma de abordar la historiografía jurídica. Leer, traducir, dialogar, aprender y disfrutar de la convivencia científica y personal de Paolo Grossi (y de Paolo Cappellini y de Pietro Costa) son y serán siempre tesoros bien guardados. Más adelante tuve el privilegio de estrechar relaciones y aprender con otros maestros a quienes también debo mucho en mi formación “metodológica”: Bernardo Sordi (Florenia), Giovanni Cazzetta (Ferrara), Massimo Meccarelli (Macerata) y el español Carlos Petit (Huelva). Fue también un privilegio poder dialogar con algunos amigos de varios lugares sobre la teoría de la historia del derecho (y “obligar” a algunos de ellos a leer algún texto de los que ahora se publican): se trata de Ramón Narváez (México), Alberto Spinosa (Florenia), Illario Belloni (Pisa) y Manolo Martínez Neira (Madrid). Por aquí, soy deudor, de un lado, del fructífero diálogo académico que mantengo con los amigos del Instituto Brasileño de Historia del Derecho (IBHD) que, creo, han contribuido para dar un “paso adelante” en este área en Brasil: Airton Seelaender (UFSC), Andrei Koerner (UNICAMP), Antônio Carlos Wolkmer (UFSC), Arno Dal Ri Junior (UFSC), Gilberto Bercovici (USP), Samuel Barbosa (USP) y Luis Fernando Lopes Pereira (UFPR). A este último le dedico un agradecimiento especial por la lectura de la última versión del texto y por las pertinentes sugerencias realizadas (mas debo eximirlos de cualesquiera errores e imprecisiones que haya cometido). De otro lado, fue crucial y continúa siéndolo mi arraigo institucional en la Facultad de Derecho de la UFPR, polo de excelencia en la graduación y en la postgraduación en derecho de Brasil, donde tengo colegas y amigos de la mejor calidad (y que, siendo tantos, no me arriesgo a nombrar para no olvidar a ninguno). Debo añadir que después de un curso de extensión que dicté en la UFPR en 2003 sobre “teoría de la historia del derecho”, los que entonces eran mis monitores, Ivan Furmann

(hoy profesor e investigador) y Thais Sampaio (hoy juez federal), fueron cruciales en la transcripción y organización del material enseñado.

Por fin (pero no por último), sin Angela –conmigo desde la primera línea del primer texto y que hace la primera lectura y dice la última palabra– este trabajo, simplemente, no existiría. Como tampoco el modo en que hoy concibo la existencia no sería el mismo sin los regalos que, juntos, engendramos: João y Antonio.

INTRODUCCIÓN: PENSAR QUÉ HACER PARA NO ACTUAR SIN PENSAR

não fosse isso e era menos
nã fosse tanto e era quase.

Paulo Leminski

1. *¿Por qué historia del derecho?*

Comenzar este libro con esta pregunta puede parecer absurdo. Quizá se puede tener la impresión de que la disciplina sobre la que se escribirá a partir de aquí (la historia del derecho) necesita de una justificación para su existencia, de una disculpa para su estudio. ¿Qué tipo de conocimiento precisa justificarse antes de ser estudiado? ¿La importancia de una determinada rama del saber no debe ser importante por sí misma sin que haya necesidad de mayores explicaciones?

Esta pregunta en parte es absurda y en parte no lo es.

Es absurda, de un lado, porque la historia del derecho no debería justificarse como disciplina (como tampoco lo necesitan la filosofía del derecho o la sociología del derecho, por ejemplo). Está dotada de una especificidad dentro de este saber mayor –que es el saber jurídico– que desvela aquí lo que antes estaba encubierto (velado) en el fenómeno jurídico y también formula las preguntas (y ofrece las respuestas) propias de sus estrategias teóricas de enfoque. El énfasis que damos a la formulación de nuevas preguntas es deliberadamente mayor que la oferta de respuestas,

pues un saber es tanto más estimulante cuanto mayor capacidad tenga de formular cuestiones nuevas, a veces inusitadas y sorprendentes, dentro de una realidad que algunas veces está desgastada por mirarla siempre de la misma manera. La historia del derecho, sin duda alguna, tiene un enfoque muy propio, muy específico y también muy penetrante que no se confunde con la mirada filosófica y sociológica o con la mirada de las disciplinas dogmáticas, aunque se cruce constantemente con ellas (y también con otras disciplinas).

Desde luego, debe añadirse que la historia del derecho es también un enfoque teórico que se localiza dentro de los límites de las disciplinas de la *historia* (en cuanto saber general que es cultivado de modo “científico” a partir del siglo XIX, pese que tiene sus raíces en el griego Heródoto). No se puede hacer historia del derecho sin prestar atención a las contribuciones, las investigaciones, los enfoques y los métodos específicos que los historiadores “generales” utilizan –a veces con un refinamiento ejemplar– dentro de sus áreas específicas. Al final, si el derecho está presente en la sociedad y si es, él mismo, histórico, su análisis del pasado no puede desprenderse del análisis de la propia sociedad en la que se inserta y en la que dialoga con la política, con la cultura, con la economía, con la sociedad, etc.

Pero esa pregunta (¿para qué la historia del derecho?) se asienta, en parte, en premisas que nada tienen de absurdo. En primer lugar porque todas las disciplinas –de modo explícito o no– tienen sus estatutos y credenciales “científicos” vinculados a vicisitudes que son eminentemente históricas y, por tanto, ligadas a una provisionalidad y a un carácter “terrenal”. No hay ninguna razón suprahistórica que imponga, de modo metafísico, una determinada rama del saber como “privilegiado” en un espacio y en un tiempo. Ningún saber se impone por sí mismo, pues, al final, los saberes también forman parte del juego de las fuerzas que componen el mundo histórico en el que vivimos. Eso vale para las ciencias en general y para el conocimiento jurídico en particular. Nadie mejor que el propio historiador puede percibir hasta qué punto la primacía que en una determinada época se da a un dato, un enfoque o una determinada “ciencia” (o una rama suya) está ligado a prácticas, luchas, intereses y, en fin, hechos eminentemente históricos (por tanto terrenalmente provisionales) que nada tienen que ver con la imposición “por sí misma” de alguna idea intrínsecamente ligada a la esencia de esa “ciencia”. Eso implicaría ver actuando en la historia algo que está fuera de esa misma historia. Por

eso, preguntar “¿por qué la historia del derecho?” es, en cierto modo, entrar en el escenario histórico de los acontecimientos que eligen privilegios y preferencias al tiempo que determinan exclusiones y repulsas en las ramas del saber.

En segundo lugar, esa pregunta no es un total despropósito ya que los juristas en general –y los juristas brasileños en particular– no están realmente acostumbrados a considerar el fenómeno jurídico como algo que tiene que ser comprendido desde una perspectiva temporal. El pasado no se considera como algo que tenga mucho que enseñar al presente, al menos al presente jurídico. El sentido común de los juristas (se habla evidentemente de manera general) gusta de pensar que el derecho actual, el derecho moderno, es el culmen de todas las elaboraciones jurídicas de todas las civilizaciones precedentes, ya que es el único ungido con el agua bendita de la “racionalidad”. El derecho moderno es considerado frecuentemente como el resultado final de una evolución histórica donde todo lo que era bueno en el pasado va siendo sabiamente aislado y apartado con el fin de transformar nuestro derecho vigente en la más sofisticada y elaborada manera de abordar el fenómeno jurídico.

Y, generalmente, cuando se habla de algo bueno en el pasado, se piensa en el derecho romano y en sus respectivas instituciones jurídicas que tanto legaron a nuestro derecho moderno (especialmente al derecho privado moderno). Sin embargo, generalmente se piensa en el derecho romano como algo que contiene en sí mismo un núcleo precioso de juridicidad “pura” que podría ser aplicada directamente (o después de algunas pocas intervenciones) a nuestra realidad moderna. Evidentemente, este modo de observar el derecho romano (muy difundido en Brasil) ignora el modo en que fue filtrado y recibido por el derecho moderno, hasta el punto de transformarlo y diluirlo muchas veces en este mismo derecho moderno. Como dice Paolo Cappellini, no se debe ver la relación del derecho romano con el derecho moderno solamente en términos de una forzada *continuidad*, sino sobre todo deben apreciarse las discontinuidades, las rupturas y los cambios de rumbo, pues, a fin de cuentas, los juristas europeos miraban hacia la antigüedad pero con ojos “modernos”¹. Y si así

1 P. Cappellini, “Dal diritto romano al diritto moderno”, en A. Schiavone (ed.), *Diritto romano privato: un profilo storico*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 454 ss. Desde esta perspectiva que encuadra históricamente el derecho romano, véase también A. Schiavone (ed.), *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, Giappichelli, 1994.

lo hiciésemos –esto es, *historizando* el derecho romano– ciertamente se presentaría con mayor riqueza, con una incitante fuerza crítica y relativizadora (aunque solo se puede hacer a partir del análisis de las características de la sociedad romana que acoge su magnífico derecho), y no será solo un saber pasado que solo sirve para ser observado en la medida en que puede reproducirse y reflejarse en las instituciones jurídicas vigentes, buscando justificar, de forma no siempre convincente, su actual existencia. De hecho, por desgracia, el derecho romano (que es una disciplina importantísima en la formación del jurista, y que desafortunadamente está cada vez más devaluada en la formación de los jóvenes estudiantes) se enseña muchas veces como si fuese un complemento del estudio del derecho privado vigente, una especie de demostración de lo bien que, a fin de cuentas, aprovecha el derecho actual el viejo legado latino.

De esta forma, si exceptuamos este aprovechamiento dudoso que se hace del derecho romano, poca cosa queda del pasado histórico en el trabajo intelectual que realizan los juristas para la comprensión del derecho. Generalmente la Edad Media es solemnemente despreciada como el “período negro” de la historia de Occidente –que no tiene nada útil que enseñarnos– y todo el carácter conflictivo que caracteriza a la Modernidad desde sus orígenes es considerado como un proceso llano y tranquilo en el que la razón se va imponiendo hasta llegar plácidamente a la sofisticada elaboración jurídica moderna. Y eso por no hablar de cómo se ignoran en la comprensión del derecho las especificidades de la historia brasileña (comenzada con un proceso de conquista y de exploración, con la eliminación de los indios y con la mancha de la esclavitud, que dejó más signos en nuestras instituciones y en nuestro derecho de lo que se puede sospechar en un principio).

Desde luego existen para ello razones históricas (que el presente trabajo, sin embargo, no tiene la intención de examinar). De todas maneras, este escenario demuestra que es necesario buscar las razones de la presencia o de la ausencia de la historia del derecho como saber en la educación jurídica. Pero conviene desde luego avanzar en la dirección de la complejidad que puede provocar el debate acerca de la historia del derecho.

2. Una primera aproximación al contenido de la historia del derecho

En general, la “historia del derecho” se concibe como un conjunto de saberes con una complejidad bien definida y definible, como algo dado, como algo que tal vez no merezca una discusión bajo una criba teórico-metodológica. En fin, se puede pensar que cuando hablamos de Historia del Derecho ya sabemos de qué se trata.

En efecto, nuestro sentido común teórico² acostumbra a definir rápidamente lo que significa esta disciplina de la siguiente forma: si no fuera una ciencia, un saber (en el sentido de “la disciplina de la historia del derecho”, o “la historia del derecho enseña que...”), significaría desde luego el *objeto* de este saber, que es, precisamente, el pasado jurídico. O, en otros términos: en este segundo sentido, la historia del derecho sería el conjunto de acontecimientos y hechos que componen el pasado jurídico de la humanidad, reconstruidos a través de procedimientos controlados (cuando no simplemente objetivos), extraídos de la rama de las ciencias humanas (en realidad muy desordenado teóricamente) que es la “ciencia de la historia”. La historia del derecho se definiría así rápida y tranquilamente, pues parece haber poco que discutir ante la certeza de que la historia del derecho es, por un lado, la rama del conocimiento que se ocupa del pasado jurídico y, por otro, el conjunto de los acontecimientos que forman ese pasado.

Aunque una reflexión más detenida demostraría que las cosas no suceden así. Un filósofo “idealista” diría que los hechos y los acontecimientos no tienen una materialidad exterior al pensamiento, sino que solo existen las ideas de estos hechos. Todo lo que tenemos, para esta forma de analizar el mundo, no pasa de un conjunto de concepciones mentales. A partir de esta reflexión, podríamos decir que el pasado del derecho, entendido como el conjunto de acontecimientos concretos y materiales, no existe; lo que existen son solamente ideas o representaciones de ellos. Así pues, la historia del derecho no existiría; no habría más que elaboraciones subjetivas sobre el pasado del derecho, hechas posibles a través de la conciencia.

Por otro lado, si pensamos en el concepto de historia del derecho como saber (y no como objeto de este saber), y si el saber histórico, como he dicho arriba, fuese “el conjunto de hechos” del pasado humano, habría aún otra posibilidad teórica –sin necesidad de ser idealistas– que con-

2 Véase cap. 6.

sistiría simplemente en dudar de los criterios tradicionales de selección de los “hechos” que componen el saber histórico jurídico. Así pues, si el saber histórico es la recopilación de algunos acontecimientos del pasado humano y, a fin de cuentas, cada minuto ocurren simultáneamente millones de hechos de orden y naturaleza variados, debemos preguntar qué criterios justifican la elección de unos acontecimientos y no de otros para formar parte de la galería de la historia. ¿Cuáles son los medios para juzgar que unos hechos son “históricos” (o al menos dignos de ser inscritos en la historia) y otros no?

Si no nos contentamos con la respuesta fácil (que será analizada más adelante) de que son dignos de inscribirse los “grandes” acontecimientos, nombres y fechas (en el caso de la historia del derecho, los grandes acontecimientos legislativos y las grandes escuelas jurídicas), advertimos que la respuesta a la pregunta sobre el significado de la historia del derecho es aún más difícil. Y todo esto por no hablar de la posibilidad de suprimir sin más los hechos de la ciencia de la historia (que serían, en palabras de Fernand Braudel, una mera “agitación de la superficie [...] con oscilaciones breves, rápidas y nerviosas”³), sustituyéndolos, como hicieron Lucien Febvre y Marc Bloch (así como, en rigor, buena parte de la historiografía francesa educada en la Escuela de los *Annales*⁴) por los análisis estructurales de larga duración en los que los acontecimientos pierden importancia y dignidad. A fin de cuentas, para esta importante corriente de la historiografía francesa el plano de los hechos es demasiado pobre para el análisis histórico, y prefiere los enfoques que se plantean los problemas en términos de coyuntura y de estructura.

Hasta aquí se puede advertir que la conclusión trivial de que la historia del derecho sería, finalmente, una simple “reconstrucción de los hechos jurídicos del pasado” puede ser seriamente cuestionada y puesta en duda desde varios ángulos. Como se puede ver, una definición o explicación rápida de la historia del derecho se convierte en algo tremendamente problemático: al final no hay un único camino para el conocimiento histórico (como tampoco puede haber un único camino para el saber).

3 F. Braudel, “Escritos sobre la historia”, pp. 112-119 en G. Bourdieu/H. Martin, *As Escolas Históricas*, s/l, Publicações Europa América, s/f, p. 131.

4 Un ejemplo de ese intento de hacer una historia que tiene “horror al acontecimiento” que culmina en una “historia sin hombres” es el texto-manifiesto de E. Le Roy Ladurie, *Le territoire de l'historien*, Paris, Gallimard, 1973.

3. Reflexionar sobre la historia del derecho: una cuestión de método

Todo esto demuestra que reflexionar sobre la historia del derecho implica necesariamente una serie de interacciones teórico-metodológicas sobre las que pasa superficialmente una primera interpretación ingenua. No hay aproximación a un objeto del saber sin el empleo de un instrumental teórico-metodológico. A este respecto, Michel Löwy⁵ ofrece una metáfora interesante: compara la actividad de un científico con la actividad de un pintor. El *pintor* que tiene ante sí un paisaje para ser reproducido sería el *científico*, que tiene también un objeto (un paisaje) que considerar. El *paisaje* para el pintor correspondería, pues, al *objeto* para el científico. Pero es fundamental para el científico también un mirador, un *observatorio* desde el cual vislumbrar el paisaje de un modo más inspirador (quizá más exhaustivo) para reproducirlo en su cuadro. No es posible pintar un cuadro de un paisaje sin que el pintor se coloque a una determinada altura y desde una perspectiva para establecer el observatorio desde el cual reproducirá el paisaje. Pues bien: este *observatorio* corresponde a la *teoría* del científico, pues sin un determinado punto de observación (como una altura y una perspectiva dadas) no podrá alcanzar su objeto. No existe ciencia sin una estrategia teórica que busque alcanzarla. Así como para el pintor existen varios observatorios posibles (y es lógico pensar que en alguno de estos observatorios el paisaje se verá más que en otros), para el científico existen diversas teorías posibles que llevarán a diferentes niveles en el descubrimiento de su objeto⁶.

Si el científico (pintor), ante su objeto (paisaje), necesita de una

5 M. Löwy, *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen: marxismo e positivismo na teoria do conhecimento*, 5ª ed., São Paulo, Cortez, 1994.

6 Es evidente que el uso de esa metáfora no nos hace despreciar en su totalidad la esencial postura teórica del paradigma hermenéutico según el cual la operación cognitiva debe superar la dualidad sujeto-objeto (propia del paradigma epistémico) respecto a una relación sujeto-sujeto, o, dicho de otro modo, a la evidencia según la cual el acto de conocer no es solo dedicarse a un objeto que se sitúa en una naturaleza inerte listo para ser aprehendido por un sujeto altivo, dominador y racional, sino sin una operación que se da en el mundo del lenguaje en el que la interpretación y la creación del saber tienen un papel central. Al respecto, véase G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma/Bari, Laterza, 1994; y también C. Ludwig, "Gadamer: racionalidade hermenêutica – contraponto à modernidade", en R.M. Fonseca (coord.), *Critica da modernidade: diálogos com o direito*, Florianópolis, Boiteux, 2005.

teoría (observatorio) a falta de la cual no puede realizar su trabajo, ha de establecerse la conclusión lógica de que la elección de la teoría implicará no solo la elección de un determinado camino, sino también el logro de un resultado diferente.

Por eso, al reflexionar sobre la historia del derecho, debemos plantear ante todo la cuestión teórico-metodológica de esta disciplina. Como en cualquier rama del saber, no se puede hacer historia del derecho sin disciplina teórica, sin cuestionar los fundamentos y el método. En este mismo sentido, Hespanha consideraba que “se puede afirmar que la tarea historiográfica no puede transcurrir sin la adhesión a un modelo explicativo previo que permita seleccionar las cuestiones relevantes y relacionarlas entre sí, adoptar las estrategias de investigación adecuadas y establecer vínculos entre los hechos examinados por la investigación empírica”⁷.

Si lo hacemos así, la acomodación teórica será intuitiva, por consiguiente irreflexiva y, por lo tanto, llena de consecuencias teóricas y prácticas indeseadas. Organizar los instrumentos teóricos de la Historia del Derecho significa, por lo tanto, capacitar a todo aquel que entra en los límites de esta disciplina mediante algunos instrumentos que, de algún modo, le permitan un mejor manejo de este saber específico. Pietro Costa advierte con razón que

si una investigación histórica quiere ser un auténtico acto de intelección, debe servirse de un lenguaje (de lenguajes, por cierto) adecuados y rigurosos, de procedimientos controlables donde el “sentido común” ceda su lugar al ejercicio de la razón crítica: la investigación histórica tiende a la teoría en el método y en el resultado, así como la teoría se vuelve real en la reflexión históricamente fundada⁸.

Ante esta situación parece que una de las primeras tareas es, precisamente, volver a discutir los presupuestos teóricos y metodológicos de esta disciplina para hacerla capaz de enfrentarse a discusiones históricas relevantes, alterando el punto hacia el que se dirigen tradicionalmente los haces de luz teóricos. Al final, según Hespanha, la “adopción por la historiografía jurídica de un modelo metodológico científicamente fun-

7 A.M. Hespanha, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978, p. 16.

8 P. Costa, *Iurisdictio: semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1110-1433)*, reimpres., Milano, Giuffrè, 2002, p. 7.

dado representa, a su vez, la adquisición de un nuevo sentido para esta disciplina en el marco de las disciplinas sociales y jurídicas –no un sentido apologético, no un sentido mistificador, sino un sentido liberador–”⁹.

4. *Teoría y método: algunas aclaraciones necesarias*

Desde luego conviene aclarar que método y teoría no son una misma cosa. La metodología en la historia del derecho, o la metodología en la ciencia en general, se refiere a los pasos que ha de dar el científico en el proceso de elaboración de su saber. Así que la metodología dentro de la historia puede ser explicada como el modo de seleccionar las fuentes, el modo de abordarlas e interpretarlas, el modo de clasificarlas y organizarlas y, en fin, a partir de todo ello, el modo de describirlas. La metodología es ir dando pasos, es el camino que se hace para tener como resultado el conocimiento. Aquí, la teoría es la clave conceptual, la herramienta que el teórico utiliza para tratar un determinado tema de la ciencia en general (y de la historia o del derecho en particular).

Es cierto que esa distinción es un tanto artificial porque no se puede manejar una metodología sin emplear alguna teoría, como tampoco se puede manejar una teoría sin el empleo de alguna metodología. Hay que darse cuenta de que en la práctica el trabajo teórico y el trabajo metodológico se confunden un poco –aunque sigan siendo conceptualmente diferentes.

Dada esa distinción, se aclara desde luego que este libro dará más preferencia a la teoría que a la metodología. La intención es formular un discurso que contribuya más a la reflexión y comprensión teórica que a la competencia metodológica (aunque, como se ha dicho, a veces puedan confundirse hasta en los mismos argumentos que podamos detallar más adelante).

Finalmente, en cuanto a este particular, es obligatoria otra observación: la discusión pura y simple sobre teoría y sobre metodología, cuando esté completamente desvinculada de los propósitos de la rama del saber en cuestión (en nuestro caso, de la historia del derecho), puede convertirse en una discusión hasta cierto punto estéril. Al final, tanto la teoría como la metodología sirven para hacer operativo un saber que no

9 A.M. Hespanha, *A história do direito na história social*, pp. 16-17.

debe agotarse ni en la teoría ni en la metodología. Lo que se pretende, en fin, es que se haga una historia del derecho bien informada (o al menos, autoconsciente) en sus límites teórico-metodológicos. Por, otra parte, tampoco puede perderse de vista el hecho de que el enfoque del saber específico (en este caso la “historia del derecho”) no puede separarse sino de un modo ficticio de la discusión teórica y metodológica que lo rodea. La diferencia entre el “objeto” del saber y el modo en que este es aprehendido es una distinción retórica, dado que el modo de aprehender el objeto constituye, en cierta medida, este mismo objeto. Abordar el objeto es en cierto sentido construir este objeto. En otras palabras, discutir sobre historia del derecho es, a cada paso y en cada momento, discutir también sobre sus límites y posibilidades desde el punto de vista teórico y metodológico.

5. La “historia” y el plan de este libro

Hechas todas estas salvedades y tomadas todas las precauciones, se puede ahora anunciar el camino elegido en este pequeño libro para guiar al lector en este debate teórico sobre la historia. Se aclara desde luego que no se hará una *historia de toda la historia* (proyecto tan amplio como irrealizable), pero sí de un periodo muy definido. Aunque la reflexión sobre el significado de la historia en los autores anteriores al siglo XIX sea importante para quien busca una comprensión completa de la formación de la historia como rama del saber, no se seguirá aquí este camino. Se opta solo por un periodo, cuyo punto de partida es justamente el momento en que se comenzó a creer que se estaba haciendo “ciencia” de la historia, esto es, a partir del momento en que volverse hacia el pasado dejaba de ser, en el discurso de los historiadores, algo que iba en busca del “ejemplo” de los antepasados y se convertía en una “descripción objetiva”, con un enfoque científico, de lo que ya aconteció. Este es un momento en que el estudio del pasado, en efecto, se profesionaliza, pasa a ocupar un lugar digno en las universidades, pasa a revestirse (como se verá seguidamente), junto con otras jóvenes ciencias sociales, de un aura “científica” capaz de alcanzar una “verdad” del mismo modo que las “ciencias naturales” ya existentes. Es también el momento en que se comienza a reflexionar como nunca sobre el propio acto de hacer historia —es decir, comienza a existir un discurso teórico y metodológico sobre la disciplina—. Estamos ya, finalmente, en el

siglo XIX, período cuyas características epistemológicas serán justamente calificadas como la “*era de la historia*”¹⁰.

Para este periodo, el recorrido comienza con un breve texto (concebido como voz de un diccionario)¹¹ escrito en 2009 sobre la definición de la historia del derecho como disciplina. A continuación se aborda el “positivismo” en el conocimiento histórico (sobre todo el decimonónico, consciente, ante todo, de que el propio término “positivismo” puede ser aquí ocasión de controversia). Este texto tiene un largo recorrido: hubo una primera versión en 1997 (como parte de mi tesis de máster), fue reescrito en 2004 y recibió las últimas pinceladas cuando fue finalmente publicado en 2009¹².

Seguidamente nos ocupamos de las dos “escuelas” historiográficas que, como convienen prácticamente todos los estudiosos, son las que mayores huellas dejaron en el trabajo académico de los historiadores a lo largo del siglo XX: en primer lugar la *escuela de los Annales* o escuela francesa y, en segundo lugar, el marxismo o materialismo histórico. Ambas, cada una a su modo, aportaron un caudal de cuestiones al historiador que hoy no puede, de ningún modo, descartar. En cuanto a lo que se dice respecto al marxismo, aunque sea un tanto artificial “separarlo” en diversas “contribuciones” disciplinares (pues no se entiende que el marxismo sea “escindible” porque de esa forma ese enfoque pierde un tanto su fuerza argumentativa), lo que se intentará hacer aquí es centrar el foco de atención, consciente del riesgo de reduccionismo, en la contribución de esta corriente a la historia (el núcleo de lo que fue conocido como *materalismo histórico*), pues cualquier mirada ideológicamente desapasionada deberá reconocer, si se tiene una pizca de honestidad intelectual, que ese enfoque enriqueció mucho la mirada de la disciplina histórica sobre el pasado. Ninguno de ambos textos había sido publicado antes, son también partes de mi tesis de máster (escrita en 1997), y sufrieron cambios importantes. Con todo, no he intentado actualizar los textos de modo exhaustivo con la enorme bibliografía que ha surgido desde entonces sobre estas dos “escuelas”, pues esto significaría reescribir los dos textos.

10 M. Foucault, *As palavras e as coisas*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1992, pp. 231 ss.

11 R.M. Fonseca, “História do direito”, en A. Travessoni, *Dicionário de teoria e filosofia do direito*, São Paulo, LTr, 2012, pp. 208-210.

12 R.M. Fonseca, Ricardo Marcelo, “Positivismo, a história positivista e a história do direito”, *Argumenta*, vol. 10, 2009, pp. 143-166.

Finalmente, serán también discutidos otros dos enfoques: se trata de las contribuciones específicas para el conocimiento histórico que fueron realizadas por los filósofos Michel Foucault y Walter Benjamin. Se reproducen dos textos sobre Foucault: el primero de ellos, publicado en 2000¹³, intenta un análisis limitado a su análisis del proceso y su papel dentro los diversos saberes; y el segundo, publicado en 2006¹⁴ partiendo de una evaluación más general de las contribuciones del filósofo francés para el conocimiento histórico, acaba abordando sus contribuciones al análisis histórico de los aparatos públicos del siglo XIX. Finalmente, sobre Walter Benjamin, se reproduce el texto “Walter Benjamin, a temporalidade e o direito” publicado en 1999¹⁵, resultado de la participación en un evento, el año anterior, sobre “La Escuela de Frankfurt y su derecho”.

Como es posible advertir, los textos fueron concebidos y escritos en épocas diferentes. Esto puede explicar ciertas repeticiones ocasionales y las diferencias de tono, énfasis y enfoque. Aunque la reunión de todos estos textos pueda parecer, en principio, un mosaico (de temas, de tiempos e incluso de etapas y grados de madurez diferentes del propio autor), como he dicho antes, creo que su reunión ahora puede desempeñar una función útil para la tarea (que me sigue pareciendo crucial) de reflexionar sobre la historia del derecho en términos teóricos.

13 R.M. Fonseca, “A história do direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault”, *Revista Genesis de Direito Processual Civil*, 18 (2000), pp. 570-585.

14 R.M. Fonseca, “Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico: encontros e desencontros entre Estado e Poder” en Íd. (coord.), *Direito e discurso: discursos do direito*, Florianópolis, Boiteux, 2006, pp. 139-159.

15 R.M. Fonseca, “Walter Benjamin, a temporalidade e o direito”, en R. Musse *et alii*, *A Escola de Frankfurt no Direito*, Curitiba, Edibej, 1999, pp. 75-86.

HISTORIA DEL DERECHO: UN INTENTO DE DEFINICIÓN

A história faz sentido
 isso li num livro antigo
 que de tão ambíguo
 faz tempo se foi na mão de algum amigo.
 Logo chegamos à conclusão
 tudo não passou de somenos
 e voltaremos à costumeira confusão.

Paulo Leminski

La historia del derecho puede ser definida de dos modos distintos, de acuerdo con el doble sentido que la propia palabra 'historia' encierra. De un lado, la historia del derecho es *la rama del saber* que se ocupa del pasado jurídico (como en la expresión "la historia del derecho aborda prioritariamente el período moderno"). Por otro lado, la historia del derecho es el *objeto de ese mismo saber*, aquello que está siendo estudiado (como por ejemplo en la expresión "la historia del derecho demuestra que la aparición de la propiedad fue un proceso discontinuo y complejo"). Este texto se centrará en la primera acepción.

La historia del derecho es estudiada y cultivada prioritariamente en las Facultades de Derecho, tanto en Brasil como en el extranjero. Aunque haya innumerables historiadores (y también sociólogos y científicos de la política) que se dediquen de modo profesional al objeto "derecho", es en las academias jurídicas donde se ha dado su estudio de un modo más

específico. Claro que esta afirmación depende de la idea concreta de historia del derecho que se adopte. Siendo un área que se mueve en más de un terreno de conocimiento, la propia definición disciplinar de la historia del derecho puede ser bastante controvertida. Pero un criterio válido en apariencia consiste en considerar como efectivamente histórico-jurídicos los estudios que centran sus instrumentos de análisis (sus hipótesis, su “objeto”, por emplear una expresión científica hoy en uso) en las cuestiones realmente jurídicas. Esto es, el derecho sería el centro de la preocupación teórica de estos estudios y no un mero instrumento de análisis. Como ejemplos de usos “instrumentales” del derecho (y que, por tanto, no serían rigurosamente estudios histórico-jurídicos), tenemos los análisis en los que la semántica del derecho (sus conceptos, su doctrina) es “utilizada” por un determinado estudio para presentar una cuestión más externa al derecho (como la política, la sociedad, la filosofía), o cuando las fuentes jurídicas (sobre todo procesos judiciales en el pasado) son usadas como medios para resolver y comprender cuestiones que no son estrictamente jurídicas (la investigación sobre la esclavitud, por ejemplo). Para hacer todavía más explícitos los ejemplos: si un sociólogo trabaja con problemas como la “libertad” o la “democracia”, o si un historiador basa todo su esfuerzo por conocer un período dado de la esclavitud brasileña en las fuentes judiciales, tales hechos, por sí solos, no transforman estos estudios en “historia del derecho”. Al contrario, cuando la investigación se centra, de modo no instrumental, en analizar el pasado de cuestiones como “codificación”, “constitucionalismo”, “libertades” (por citar solo algunos ejemplos), y las estrategias de investigación toman en cuenta, en gran medida (aunque no exclusivamente), una comprensión y un análisis interno de estas fuentes (ya sea la ley, la doctrina o la costumbre del pasado, por ejemplo), estamos ante un estudio de historia del derecho. Para aclarar lo que se quiere decir: se puede, por ejemplo, utilizar una ley para un estudio que pertenezca a la historia social o económica (ejemplificando: analizar la Ley de Tierras de 1850 como un instrumento para comprender una etapa de la historia agraria brasileña), o para un análisis histórico-jurídico (continuando con el ejemplo: se utiliza la Ley de Tierras de 1850 para comprender cómo intervino el derecho en la modernización de la idea de propiedad moderna en Brasil).

Se repite que es evidente que esta es una distinción precaria, lo que es normal en una disciplina que transita por varios saberes. Es un

criterio –hay que aclararlo– que no quiere caminar de modo alguno hacia el “encasillamiento” de la disciplina en el área del derecho y hacia su consecuente aislamiento de las áreas afines (como la historia en general, la filosofía, la sociología, etc.). Tanto es así que existen personas que trabajan en facultades de Historia o Ciencia Política (y no de Derecho) que pueden ser consideradas legítimamente como historiadores del derecho. Si el historiador del derecho no navega por otras áreas y se aísla en el saber jurídico corre el riesgo efectivo de elaborar una historiografía jurídica poco abierta e incluso estéril. A pesar de todo ello, el criterio presentado es capaz de distinguir prácticas de investigación, modos de actuación en la investigación y, sobre todo, una actitud en relación al “objeto” de análisis –el “derecho”– bastante distintos. Y tales distinciones no parecen ociosas.

En el ámbito europeo, la preocupación por la historia del derecho no es reciente. Basta recordar (entre tantos otros ejemplos posibles) el esfuerzo de la llamada *escuela culta del derecho* (o *humanismo jurídico*), en el siglo XVI, en la controversia con los juristas medievales, por “historiar” el legado romano. Pero es en el siglo XIX cuando la historia del derecho (como prácticamente todas las ciencias humanas) trata de conseguir un estatuto bastante específico y “científico” como área de saber. Es evidente que tales esfuerzos no son “neutrales” ni están aislados de las circunstancias históricas que los rodean. Por un lado, en el siglo XVIII se produce el uso de la historia del derecho simplemente para justificar los resultados de la dogmática (como ocurría en el seno de la pandectística alemana – *usus modernus pandectarum*–); por otro, con las revoluciones burguesas, la historiografía jurídica insistía en la naturalidad del nuevo orden, en contraste con la irremediable historicidad del orden social y político postrevolucionario¹. De cualquier modo, la historia del derecho es desde entonces una disciplina que forma parte de los currículos de las facultades de Derecho de Europa y que, por tanto, desempeña un papel importante en la formación de los juristas (a pesar de las fuertes oscilaciones de su metodología y de sus compromisos teóricos e ideológicos).

Sea como fuere, a lo largo del siglo XX (sobre todo a partir de los años 60), especialmente en el ámbito europeo, la historiografía jurídica trató de afrontar sus crisis y dilemas metodológicos y avanzó significativamente en otra dirección. Autores como António Manuel Hespanha

¹ A.M. Hespanha, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978, pp. 10-11.

(Portugal) y Paolo Grossi (Italia), por poner solo unos ejemplos representativos, demostraron otra función de la historiografía jurídica: no volver a construir retrospectivamente la “línea del tiempo” del derecho (generalmente comenzando en la antigüedad remota o, al menos, desde la época romana clásica), con la finalidad mal encubierta de situar el presente en un punto de llegada inevitable de todo el proceso de preparación y de “perfeccionamiento” histórico; no volver a dejar aislada la historiografía jurídica en una función meramente “introdutoria” (y, en cierto sentido, servil) de la dogmática jurídica.

Al contrario, al demostrar las profundas diferencias existentes entre las experiencias jurídicas del pasado y las de la actualidad, el estudio del pasado del derecho pasa a importar, justamente, para tener la capacidad de relativizar el presente, de contextualizar lo actual “desnaturalizándolo” y colocándolo en la contingencia y en la provisionalidad histórica a las que pertenece. El análisis del pasado del derecho, al afirmar la historicidad que es inherente al derecho (que no es, por tanto, algo que planea de modo aislado por encima de la realidad o es mero “efecto” de la economía o de la política), sirve para demostrar a los juristas de las áreas de la “dogmática jurídica” (civilistas, penalistas, procesalistas, etc.) que sus saberes, para ser bien practicados, dependen fundamentalmente de un análisis diacrónico responsable. Ya no será nunca más una mera “introducción histórica” anacrónica –habitual en los manuales y también en los trabajos más académicos– que acentúe principalmente las continuidades y permanencias (frecuentemente de modo artificial) a lo largo del tiempo, sino, al contrario, la historia del derecho demostrará que un análisis teórico de cualquiera de las “ramas del derecho” debe ser atravesado por la historia (dado que los conceptos e instituciones jurídicas están también empapados de historicidad) y que su buena comprensión depende de su adscripción temporal.

En otros términos, la historia del derecho pasa a tener una función crítica y desmitificadora del formalismo jurídico que trata siempre de “aislar” el derecho de su tiempo, actuando de este modo como “conciencia crítica” de los demás juristas².

En Brasil, al contrario de Europa, la disciplina “Historia del derecho” es relativamente reciente en las facultades jurídicas. Desde la fun-

2 Como bien ha destacado P. Grossi, *História da propriedade e outros ensaios*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 90.

dación de las primeras facultades de derecho en Brasil, en 1827, hasta el final del Imperio, esta disciplina no estaba incluida en los currículos. Solo con la proclamación de la República y con la llamada *Reforma Benjamin Constant*, al final del siglo XIX, surge para la formación de los juristas brasileños. En este momento, sin embargo, como ocurría con las ciencias en general en Brasil, el análisis histórico estaba marcado por una fuerte evolución positivista (como en la importante obra de Isidoro Martins Junior, de la Facultad de Derecho de Recife), lejos, evidentemente, de un enfoque crítico y más reflexivo.

Luego, sin embargo, la Historia del derecho va desapareciendo gradualmente de los currículos de las facultades. En el inicio del siglo XX, una fuerte influencia de la romanística europea sustituye al interés por los análisis histórico-jurídicos. Esto ocurre en gran medida porque el derecho romano, en la mayoría de los casos, es estudiado no como disciplina *histórica*, sino como contenido *actual*. En efecto, esta era la atmósfera imperante: al final, la principal obra de Savigny, en los años cuarenta del siglo XIX, era su monumental (y de título sintomático) “Sistema del Derecho Romano actual”; por otra parte, la corriente pandectística que prosperó algunas décadas después y que ya se mencionó brevemente, trataba de actualizar el uso de las Pandectas de Justiniano (parte del *Corpus Iuris Civilis*, documento del siglo VI que sirvió de base a todo el estudio del derecho romano en Occidente). Con todo esto, el derecho romano desempeñaba sobre todo (y no sin cierto anacronismo) la función de materia introductoria del derecho (sobre del derecho privado), teniendo como premisa teórica inevitable, naturalmente, el proceder a una reconstrucción lineal del pasado jurídico desde los romanos hasta el “derecho vigente”. Esta fuerte presencia del derecho romano estudiado en estos moldes acabó, por tanto, por sustituir la historia del derecho tal como era practicada en el momento de su introducción en las facultades brasileñas, siendo su vida científica, en este momento, bastante breve.

Este contexto comenzó a cambiar en las últimas décadas del siglo XX. La Ordenanza/MEC 1886 de 1994 –que establece las directrices curriculares para los cursos de derecho– contribuyó a establecer la importancia de los estudios teóricos en los cursos de derecho. Esta directriz es retomada y ampliada en la Resolución/CNE 09 de 2004 actualmente vigente (que sustituye a la Ordenanza anterior), que establece la necesidad, en los cursos de derecho, de contenidos de historia. Progresivamente, la

disciplina de la Historia del derecho vuelve a introducirse en los grados curriculares de las facultades de derecho; en algunos lugares sustituyendo a las viejas cátedras de Derecho romano, en otros conviviendo con ellas. Pero esta nueva introducción, a causa precisamente de su larga falta de cultivo científico y de la ausencia de diálogo con las nuevas tendencias europeas en circulación, reaparece marcada por una crisis teórica. En la mayor parte de las facultades reproduce un enfoque marcado por la linealidad y la facticidad y por el matiz de justificación y accesoriedad frente a las disciplinas de dogmática jurídica. La ausencia de bibliografía adecuada y la ausencia de traducción de los autores extranjeros punteros hacen que buena parte del enfoque se mantenga, en términos historiográficos, marcadamente positivista (o “historicista”).

A partir de los últimos años del siglo pasado este contexto comienza a cambiar. Comienzan a aparecer algunos buenos manuales brasileños (aunque aún convivan y concurran con el enorme éxito de otros, acrílicos, descriptivos y pretenciosos, elaborados solo para satisfacer el mercado editorial). Además, empiezan a circular en los medios académico-jurídicos brasileños importantes autores extranjeros del área, se traducen los textos importantes del área, se crean asociaciones científicas con fuertes criterios académicos para la historia del derecho y comienzan a celebrarse congresos de calidad.

Sin embargo, esta disciplina retomada en Brasil –con rigurosos criterios académicos de calidad– convive aún con un enorme diletantismo en el enfoque del pasado jurídico. Los abundantes resquicios de los enfoques lineales, demasiado amplios, descriptivos y fácticos aún persisten en la práctica de la educación y en buena parte de la bibliografía de la Historia del derecho. Se trata, por tanto, de una fase de transición de una disciplina joven cuyas paradojas y ambigüedades deben, también ellas, admitir la comprensión histórica.

POSITIVISMO, “HISTORIOGRAFÍA POSITIVISTA”
E HISTORIA DEL DERECHO

tudo dito,
nada feito,
fito e deito.

Paulo Leminski

1. *Contexto histórico del positivismo*

A pesar de que los presupuestos teóricos iniciales del positivismo, como dice Löwy¹, están relegados al museo de las ideologías del siglo XIX, el hecho es que la semilla del positivismo y de sus premisas epistemológicas, sembrada a partir de la reflexión del filósofo francés Augusto Comte, estaba destinada a convertirse en uno de los pilares de la ciencia moderna. Y, de hecho, aunque pocas veces explícito pero muchas veces subyacente, el positivismo está presente en los análisis de diversas áreas de las *ciencias humanas*.

Y para la comprensión del positivismo es necesario destacar, ya de entrada, que se trata de una corriente de pensamiento típicamente decimonónica. Ser una teoría del siglo XIX significa, en primer lugar, decir que se trata de una reflexión que se da en un contexto liberal (o que se va volviendo así progresivamente) y posrevolucionario. Las llamadas revoluciones burguesas acontecieron en el siglo XVIII y no al inicio del siglo XIX

1 M. Löwy, *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen. Marxismo e positivismo na teoria do conhecimento*, 5ª ed., São Paulo, Cortez, 1994, p. 26.

(hecha la excepción de la gran Gloriosa Revolución en Inglaterra, ocurrida en el siglo XVII). Y esto significa que es el siglo en el que la burguesía ya se instaló en el poder, que es una época en la que reina otro orden político. Las revoluciones burguesas significan exactamente que la burguesía, que ya era hegemónica desde el punto de vista económico, pasa a ser hegemónica también desde el punto de vista político. Se puede decir sin rodeos que el siglo XIX es el siglo burgués. Además de eso, y en parte por culpa de eso, el siglo XIX es el siglo del optimismo por los prodigiosos progresos científicos y tecnológicos que entonces se realizan, progresos sin par en la historia incluso si los comparamos con los progresos tecnológicos de los siglos anteriores cuando nació la ciencia moderna. El siglo XIX es heredero de la Ilustración triunfante, es el siglo que acredita al hombre de modo incondicional.

Precisamente por eso el positivismo no podría nacer en otra época más que en el siglo XIX. El positivismo, como veremos más adelante, tiene en sus bases epistemológicas, sociológicas e historiográficas una fe en la capacidad de conocer, en la capacidad de hacer una ciencia pura, que solo se puede definir como algo típico del siglo XIX.

2. *Positivismismo y "positivismos"*

Al abordar algunos aspectos de esta amplia corriente de pensamiento (sobre todo en la forma en que se manifestó en el siglo XIX, cuando nació y tuvo una enorme influencia), conviene, ante todo, señalar de modo claro que el modo en que el positivismo incidió en el ámbito filosófico, sociológico, jurídico e histórico no fue semejante. Aunque pueda ser identificada una "matriz" epistemológica común (sobre la cual se reflexionará más adelante), el hecho es que podemos señalar la existencia de un positivismo filosófico, sociológico, jurídico, histórico, etc. En otras palabras, a pesar de haber entre estas ramas una identidad epistemológica, hay diferencias de enfoque y por esto existen peculiaridades (incluso en la aparición histórica de las manifestaciones teóricas particulares) en cada uno de estos "positivismos".

En función de ello, tal vez sea un tanto problemático hablar de un positivismo "puro". Se puede decir con más propiedad que existen 'positivismos' diferentes: existe el positivismo de Auguste Comte (conocido

como el fundador de esta corriente de pensamiento), que sería una especie de positivismo filosófico (del cual, curiosamente, se apartó en varios aspectos el llamado *positivismo histórico* del que más adelante se hablará). Existe un positivismo sociológico, que es el de Émile Durkheim (que, también paradójicamente, inspiró más tarde, en gran medida, a algunos historiadores tremendamente “antipositivistas”, como Marc Bloch). En el ámbito jurídico, cuando se habla de *positivismo* se piensa en primer lugar (no sin cierta controversia) en la escuela francesa de la exégesis, integrante del movimiento del positivismo jurídico como consta en la conocida obra del filósofo italiano Norberto Bobbio². Pero una investigación cuidadosa vería pocos reflejos del positivismo filosófico en este ámbito jurídico –porque este *positivismo jurídico* es, en cierta medida, incluso anterior al llamado *positivismo filosófico* de Comte–.

Esta falta de diálogo, o incluso a veces la ausencia de parentesco entre esas diferentes formas de positivismo es también visible en el ámbito del conocimiento histórico: lo que comúnmente se conoce como *positivismo histórico* (léase, el modo de hacer historia a partir del modelo de Leopold von Ranke, de quien hablaremos con más detenimiento más adelante) tenía una declarada aversión a los grandes modelos filosóficos cultivados en el siglo XIX, incluyéndose en estos modelos filosóficos las abstracciones de Augusto Comte. A partir de aquí, algunos autores llegan incluso a sostener la impropiedad de calificar la historia *rankeana*, que también es conocida como *historia tradicional*³, de historia positivista. Es el caso de Ronaldo Vainfas⁴ y de Helio Rebelo Cardoso Jr.⁵ que, con razón, demuestran cómo esa discusión es un poco más matizada de lo que parece en un principio. En efecto, se advierte que la historia *rankeana* está cargada de influencias un tanto heterodoxas, ya que lo que vino a llamarse en Alemania *positivismo histórico* acabó empapándose del importante movimiento del romanticis-

2 N. Bobbio, *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 1995.

3 P. Burke (ed.), *A escrita da história: novas perspectivas*, São Paulo, Unesp, 1992, pp. 9 ss.

4 R. Vainfas, “História das mentalidades e historia cultural”, en C.F. Cardoso/R. Vainfas (eds.), *Domínios da história. Ensaios de teoria e metodologia*, Rio de Janeiro, Campus, 1997, p. 130.

5 H.R. Cardoso Jr., *Tramas de Clio: convivências entre filosofia e história*. Curitiba, Aos Quatro Ventos, 2001, p. 169 ss. Dice este autor: “la historiografía positivista no es el positivismo, aunque conserva sus rasgos esenciales” (p. 169).

mo alemán⁶. Considérese la importante *escuela histórica* alemana, para la cual, frente a la concepción iusnaturalista del hombre (que le atribuye caracteres eternos, inmutables y transhistóricos), la esencia del hombre y sus realizaciones se funden en un mismo núcleo cuyo contenido y cuya forma se definen como históricos; siguiendo a esta escuela alemana, habría en realidad unidad entre los hombres y las fuerzas de la naturaleza, y la historia, como un eterno flujo de generaciones, moldearía a los hombres, hermanándolos y reuniéndolos en una comunidad de autoconciencia. A partir de ahí, el concepto de *Volkgeist* (espíritu del pueblo), es fundamental para esta corriente (y, en consecuencia, para la “escuela histórica del derecho” de Savigny⁷), pues es en la historia donde todo se funde, es en ella donde deben buscarse las raíces. Esta fusión desempeñará un importante papel, que se atribuirá a los personajes notables de la historia. Es decir, personalidades imbuidas del “espíritu del pueblo” y que, por tanto, deberán ocupar el primer puesto en el escenario histórico e historiográfico. Así pues, este carácter nuclear de los “grandes nombres” en la historiografía alemana del siglo XIX, considerados en muchos casos como “encarnaciones” del *Volkgeist*, se comprende mucho mejor a partir de la mirada a esas raíces del romanticismo alemán y de la escuela histórica alemana –y no del positivismo “filosófico” que nace en Francia con Auguste Comte⁸–.

Pero a pesar de esa efectiva falta de unidad genealógica entre los “diversos tipos” de positivismo (en el sentido de que no se puede, en muchos casos, identificar una relación de parentesco o de influencia recíproca entre ellos) y, más aún, a pesar de la efectiva diversidad teórica que, de hecho, puede encontrarse en cada uno de ellos (y, particularmente, en el caso del ámbito de conocimiento de la historia), este texto, haciendo las debidas salvedades antes referidas, opta por utilizar el término *positivismo histórico*, el tipo de conocimiento que fue puesto en circulación por Ranke y que tanto influenció la historiografía posterior, dado que, como ya se ha dicho (y pretendemos demostrar), existe una base epistemológica común entre el positivismo filosófico y el histórico (que se relaciona tam-

6 Sobre el romanticismo, véase M. Löwy/R. Sayre, *Revolta e melancolia: o romantismo na contramão da modernidade*, Petrópolis, Vozes, 1995; E.P. Thompson, *Os românticos: a Inglaterra na era revolucionária*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

7 Véase F.J. Contreras Peláez, *Savigny y el historicismo jurídico*, Madrid, Tecnos, 2005.

8 H.L. Cardoso Jr., *Tramas de Clio*, cit., pp. 170-171.

bién con el positivismo sociológico y el jurídico). Esto es, todos ellos tienen una forma común de aproximarse al conocimiento, de captar el objeto y, dígase de paso, muy típica del modo de ver el mundo en el siglo XIX.

Dicho esto, la opción metodológica para abordar este positivismo (póngase de relieve: positivismo decimonónico) está estructurada del siguiente modo: partimos de sus *presupuestos epistemológicos* buscando una aproximación del modo más “filosófico” de aprehensión del saber por esa corriente (o, en otras palabras, veremos de qué modo se produce la relación sujeto-objeto); después, dando un paso más, abordaremos algunos *presupuestos del positivismo en las ciencias humanas*, que se revisten de especial importancia en la medida que las ciencias del hombre nacen de hecho con la marca positivista; y, finalmente, veremos los *presupuestos del positivismo en el conocimiento de la historia*, que aplican de modo más específico los presupuestos más generales del positivismo al saber en general y al saber de las ciencias humanas en particular en el ámbito del conocimiento del pasado humano.

Aunque ya de entrada se manifieste el carácter no exhaustivo de esas explicaciones, se justifica el camino tomado en la medida que los “presupuestos históricos del positivismo”, como se verá, dependen y en cierto modo se fundamentan en los “presupuestos del positivismo en las ciencias humanas”, así como estos últimos, a su vez, se asientan en los “presupuestos epistemológicos”.

3. *Presupuestos epistemológicos del positivismo*

Para exponer los “presupuestos epistemológicos del positivismo”, nos servimos de parte de las premisas citadas por Antony Giddens, citadas a su vez por Buenaventura de Souza Santos⁹, que seleccionamos por entender son esclarecedoras en este paso “epistemológico” de comprensión del positivismo.

3.1. La realidad está dotada de exterioridad. Declarar que la realidad está dotada de exterioridad quiere decir que para el positivismo la realidad es

9 A. Giddens, *Studies in social and political theory*, Londres, Hutchinson, 1980, en B.S. Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Rio de Janeiro, Graal, 1989, p. 52.

exterior al sujeto. Esto es, el objeto existe independientemente del sujeto. “El objeto es”, en el sentido de tener una existencia suficiente en sí misma. El objeto no precisa del sujeto para afirmar su propia existencia.

Aunque en un primer momento se pueda pensar que se está afirmando una obviedad (y hasta cómo sería posible que el positivismo no tuviese razón en este presupuesto: a fin de cuentas, los objetos existen), un vistazo a nuestra tradición filosófica demuestra que no se trata de una afirmación tan pacífica ni de una discusión tan trivial.

De hecho, buena parte de la historia de la filosofía debatió este problema en la disputa del “realismo” contra el “idealismo” (en la que se encuentran posiciones muy polarizadas y muchas posiciones intermedias¹⁰). La primera corriente, en términos muy generales, consideraba la realidad como un dato *sobre el que no interfiere la existencia del sujeto*; en otros términos, para el “realismo” la realidad (el objeto) existe independientemente del sujeto. Hay una realidad ontológica independiente de la subjetividad. Como se ve, esta es exactamente la posición del positivismo –que podría, por tanto, ser catalogada entre las corrientes “realistas”–. La segunda corriente, por su parte, también en términos generales (y en diversos grados), *consideraba la existencia del objeto condicionada por el sujeto*, o, dicho de otro modo, consideraba que la existencia del mundo real solo era posible en vista de la existencia de una conciencia (en la Modernidad se dirá: de una razón subjetiva) que lo percibiera, pues aquí el mundo se constituye a través de actos mentales. Como se advierte, la primera corriente (el “realismo”), en la que se sitúa el positivismo, en esa relación cognitiva, pone un acento fuerte en el *objeto*; y la segunda corriente (el “idealismo”), en la operación del saber, acentúa la figura del *sujeto*.

Solo por citar un ejemplo de esa forma “idealista” de concebir la relación sujeto-objeto, tomemos a Gorgias (filósofo griego pre-socrático, perteneciente al grupo de los llamados *sofistas*), que estableció algunas conocidas máximas: a) nada existe; b) si algo existiese, no sería cognoscible; c) si fuese cognoscible, no podría ser transmitido. Centrémonos especialmente en la primera (“nada existe”). Lo que él quiere decir en realidad (y en coherencia con la postura sofista de poner al “*hombre como medida de*

10 Más allá, claro está, de posiciones (como la hermenéutica, por ejemplo) que buscan superar la dualidad sujeto-objeto (y, por tanto, la polarización entre *realismo* e *idealismo*).

todas las cosas”, como decía Protágoras) es que nada existe *más allá de los sentidos*. Es decir: es el modo particular de percepción del hombre el que da existencia a las cosas. Porque el hombre posee formas específicas de percepción que le dotan de un determinado modo y tales posibilidades sensitivas proporcionan al mundo una manera -forma- específica de existencia que da sentido a las cosas. Así, en palabras llanas, se puede decir que si no fuese por esa percepción humana, si no existiese el hombre, las cosas no existirían. Las cosas sólo existen porque existe esa percepción que da sentido a todo un mundo exterior. La verdad sobre las cosas está, por tanto, en la subjetividad¹¹. Y tal posición filosófica forma parte, en gran medida, del debate filosófico occidental, como se puede advertir a través de la obra del filósofo inglés de principios del siglo XVIII George Berkeley y, en cierta medida, de todo el llamado *idealismo alemán* del siglo XVIII.

Pues bien: como se puede ver, esa posición “idealista” representa exactamente lo contrario del presupuesto del que parte el positivismo. Como ya se ha dicho, para el positivismo, como corriente “realista” que es, el objeto existe en sí mismo, es suficiente en sí mismo e independiente de quien lo observa. Con independencia de quien lo observa, “es” de aquella manera, tiene un estatuto que le es propio. Como se ve, la posición “epistemológica” del positivismo en el sentido de que el objeto existe y de que la realidad está dotada de exterioridad es una peculiaridad de su método. En suma, aquí sujeto y objeto son entidades radicalmente diferentes e independientes, siendo esta una premisa necesaria para que la operación del conocimiento pueda seguir únicamente al *objeto* –pues es el objeto el que debe ocupar la posición central en el proceso cognitivo–, siendo el *sujeto* (que está dotado de otro estatuto ontológico), en su posición de “observador” exterior al objeto, quien debe permanecer en el lado “de fuera” y en posición de no interferir en el objeto, so pena de transformar la operación cognitiva en algo no “objetivo” y –error imperdonable– “subjetivar” el análisis. Pero eso se explicará más detenidamente en el análisis de los presupuestos siguientes.

11 Las demás premisas citadas arriba parten del mismo presupuesto: si las cosas existiesen (más allá de los sentidos) no podrían ser cognoscibles... *pues el conocimiento también depende de los sentidos*; finalmente, si fuesen cognoscibles, no podrían ser transmitidas porque... *la comunicación del saber es directamente dependiente de los sentidos humanos*. De ahí el énfasis en colocar al hombre como referencia y medida de las cosas: es en los límites del propio hombre (y de sus sentidos, y de su percepción) donde se da el conocimiento.

3.2. El conocimiento es representación de lo real. Una vez establecido que sujeto y objeto son dos realidades separadas e independientes, el positivismo puede afirmar que el conocimiento (el proceso cognitivo) es capaz de abarcar el objeto en su integridad, es capaz de representar el objeto *de la manera que es* porque, a fin de cuentas, como se ha visto en el primer presupuesto, el objeto “es”. El conocimiento, por tanto, puede decir la verdad sobre el objeto. Luego sería mejor decir que el objeto no *representa* el objeto, sino que *presenta* el objeto. Para el positivismo no existe pérdida alguna en el proceso de conocimiento. Es decir, al registrar el objeto (pues el objeto puede ser registrado) este se muestra de la manera que “es” – dado que, repetimos, el objeto “es”–.

Así, si recordamos la metáfora que presentaba la analogía del objeto del conocimiento como el paisaje y del sujeto del conocimiento como el pintor¹², podremos decir que para el positivismo el conocimiento que resulta no es propiamente un *cuadro* (como quiere la metáfora) sino más bien un *espejo*. El sujeto no tiene exactamente una participación en el proceso de conocimiento, como deberíamos presuponer por la metáfora (pues el pintor es el que pinta el cuadro). La tarea del sujeto (del “pintor”) es meramente mecánica, es meramente pasiva. No puede “representar” el paisaje –pues eso implicaría el hecho de tener que imprimir en la pintura su técnica, o su conocimiento de pintura, en fin, su “subjetividad”–; debe, eso sí, “presentar el paisaje” como es, pues el conocimiento, según el positivismo, tiene esa capacidad de presentarlo. En suma, el sujeto/pintor solo debe colocar un espejo frente al paisaje. El conocimiento solo debe reflejar las características del objeto y, por eso, el conocimiento no puede ser un cuadro –que es algo excesivamente dependiente de las cualidades de quien lo pinta– sino que debe ser un espejo que refleje de modo fiel el objeto, independientemente de quien esté sosteniendo el espejo.

Como se ve, decir que *el conocimiento es una representación de lo real* quiere decir que no debe existir participación del sujeto en la construcción del paisaje/conocimiento; el sujeto debe solo seguir los pasos metodológicos para reflejar al final en el espejo lo que el objeto “es”. Adviértase por tanto que, de hecho, el positivismo es una teoría empapada del optimismo del siglo XIX, como dijimos hace poco. Para el positivismo el conocimiento *dice* el objeto. No hace una *interpretación* del objeto, sino que (y eso es una demostración de optimismo teórico) *presenta* el objeto

12 En Löwy, *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen*, cit., p. 14.

como “es”. En este proceso de conocimiento del objeto, por tanto, no habría pérdidas entre el momento de la “percepción” del objeto y el momento de su fijación en el conocimiento. El conocimiento del objeto y el propio objeto se identifican.

Todo esto, en el fondo, viene, paradójicamente, de una creencia ilimitada en la capacidad de la razón humana, que podría crear un método y una “ciencia” capaces de alcanzar lo real en su integridad (pues, como dice el primer presupuesto visto antes, lo real existe) y, al alcanzarlo, sería capaz de representarlo/presentarlo (por la “ciencia”) en su integridad. Y dijimos antes que esa pretensión es paradójica ya que, en el fondo, toda esa capacidad de alcanzar el objeto en su pureza y en su integridad, sin ninguna contaminación subjetiva (que es la meta de la verdadera ciencia según el positivismo), depende en realidad de esa potente razón que, a fin de cuentas, está en la esfera del sujeto. Es decir: la razón sería un instrumento “neutro”, una herramienta aséptica y capaz de aislar del objeto de análisis, tomado en su pureza, del propio sujeto racional. Y este aislamiento y esa separación entre sujeto y objeto vuelven a ser tratados en el tercer presupuesto, que se examinará seguidamente.

3.3. Hay una dualidad entre hechos y valores. Del mismo modo que existe una separación radical del objeto, de un lado, y del sujeto, de otro (como dice el primer presupuesto), hay también, de modo semejante, una separación radical, una verdadera dualidad entre los hechos, de un lado, y los valores, de otro. Los hechos pertenecen al orden del objeto; los valores pertenecen al orden del sujeto. En el proceso cognitivo, se entiende que no existen valores en el objeto, así como no se puede encontrar una instancia fáctica en el sujeto.

Es evidente que en el ámbito de las ciencias humanas (inventadas por el propio positivismo) el hombre (que, en la figura del “científico” o del “filósofo”, ocupa la función de *sujeto* del conocimiento) pasa a ser también *objeto* del conocimiento. Y en tal caso, la joven sociología, por ejemplo, tiene precisamente como objeto el hombre como integrante de la sociedad. Pero, en este caso (como veremos seguidamente), el hombre-objeto del saber deberá ser tratado como “cosa”, como un “dato” —en la famosa receta que se nos da en la sociología positivista de Durkheim— (por insistir en la terminología adoptada) deberá ser tratado como “hecho”. Habrá, por tanto, en la percepción del positivismo, una radical diferencia entre

el hombre sujeto del conocimiento (científico) y el hombre objeto de conocimiento (que produce hechos sociales y es observable y cuantificable).

Por tanto, hechos y valores corresponden exactamente a la separación entre objetos e sujetos; así como existe una enorme diferencia entre sujeto y objeto, hay igualmente un foso que separa hechos y valores. Y adviértase que, para el positivismo, no hay solamente una *posibilidad* de separación, sino que, además, existe la *necesidad* de esa separación pues no se puede llevar a cabo un conocimiento adecuado si no se separan hechos y valores. La operación cognitiva que los separa posibilitará que todos los focos se dirijan solo a los hechos, al objeto. De esa forma se completa el ideal del proceso cognitivo perfecto para el positivista, que es, como dijimos, agotar el objeto, reflejarlo en su pureza. Todo esto para que sea posible, finalmente, un conocimiento que represente/presente lo real.

Esa separación entre hechos y valores (que corresponde a la separación entre sujeto y objeto) posibilita al positivismo afirmar (como adelantamos hace poco) que el ideal del saber es que este sea siempre enteramente objetivo. Para esta corriente, esta es la única manera de elaborar un conocimiento válido. Si no se concentra exclusivamente en el objeto (en los hechos), pueden quedar vestigios no deseados del sujeto (de los valores), lo que compromete la “cientificidad” del proceso. Si hechos y valores se mezclan, el proceso de conocimiento está contaminado por la subjetividad. El conocimiento deja de ser objetivo, ya que la apreciación del objeto es alterada por los valores.

Todo este aparato “epistemológico” de funcionamiento del positivismo asumió algunos rasgos específicos en las “ciencias humanas” recién inventadas (comprendiendo aquí sobre todo la sociología, pero también, ulteriormente, la “ciencia de la historia”, la antropología, psicología, etc.). En efecto, en estas esferas es posible vislumbrar las consecuencias de estas premisas epistemológicas aplicadas específicamente al “hombre” considerado como objeto científico, de modo que es posible que hablemos de presupuestos del positivismo en las ciencias humanas –que están a mitad de camino entre los presupuestos “epistemológicos” del positivismo y los presupuestos específicos del positivismo en el conocimiento histórico–.

4. *Presupuestos del positivismo en las ciencias humanas*

En este punto seguiremos los pasos de Michel Löwy¹³, que trata de detallar el funcionamiento del positivismo en el ámbito de las ciencias humanas por medio de lo que él denomina *premisas estructuradoras del sistema* positivista en el ámbito de las ciencias sociales. Llamamos la atención sobre el hecho de que la comprensión de los presupuestos determinados por el referido autor, y que ahora tomamos prestados, es dependiente de la adecuada comprensión de los llamados los “presupuestos epistemológicos” que acabamos de enunciar (o, por lo menos, la facilita).

4.1. La sociedad se rige por leyes naturales, eternas, inmutables, independientes de la voluntad y de la acción humanas, y en la vida social reina una armonía natural. Como se ve, para el positivismo, el punto de partida para delimitar el método de las ciencias es la existencia de un naturalismo en la sociedad impreso por leyes inmutables y eternas. Así como la naturaleza estaría regida por algunas leyes inalterables (como la ley de la gravedad o del movimiento de la tierra en torno al sol), independientes de la voluntad y del deseo del hombre, también la sociedad está dotada de leyes inalterables, “naturales”, que escapan a cualquier forma de condicionamiento humano.

Los positivistas creían en las leyes absolutas de la sociedad. Existirían, pues, unas reglas inalterables de funcionamiento de las sociedades, como es inalterable la “ley de la gravedad”, por ejemplo. Es esto, incluso, lo que hace posible la cientificidad de las ciencias humanas. Descubriendo las leyes que rigen la sociedad, según los positivistas, pueden hacer de su estudio algo tan seguro como, de modo general, son seguras las ciencias naturales (la física, la química, la biología). Adviértase, por lo tanto, que el positivismo une, en un primer momento, la naturaleza y la sociedad, aunque esto se refleja mejor aún en el segundo presupuesto.

4.2. La sociedad puede equipararse epistemológicamente a la naturaleza y ser estudiada con los mismos métodos y procesos de las ciencias naturales. Existen leyes invariables tanto en la naturaleza como en la sociedad; la sociedad puede ser estudiada de la misma manera que son estudiadas las ciencias naturales, es decir, a partir de los mismos métodos y de los

13 Ibid., pp. 17 ss.

mismos procesos que en ellas se utilizan. Tanto en un caso como en otro, el “objeto” (que existe y que puede ser representado/presentado por el saber) debe ser buscado por el científico. Del mismo modo que un científico de la naturaleza se coloca en una posición “exterior” respecto a un fenómeno físico, a una reacción química o a una respuesta biológica en un experimento de laboratorio, también el científico social debe colocarse “fuera” del objeto que analiza, aunque tal objeto sea el hombre. El modo como el científico de la naturaleza aborda su “objeto” (sea una sustancia mineral o un ratón de laboratorio) no debe ser sustancialmente diferente del modo como el científico social aborda el suyo (el hombre en la sociedad presente o pasada). De un modo y de otro, por ser “exterior” al sujeto, el objeto debe ser tratado como “cosa”. Cobra sentido aquí a afirmación de Durkheim –el fundador y exponente de la sociología positivista– presente en el clásico *Las reglas del método sociológico*, en el sentido de que “[...] la primera regla y la más fundamental es la de considerar los hechos sociales como cosas [...]. Comte, de hecho, proclamó que los fenómenos sociales son hechos naturales sometidos a leyes naturales. Con ello, reconoció implícitamente su carácter de cosas; pues no hay sino cosas en la naturaleza”¹⁴.

Por tanto, según el positivismo, existe una *homogeneidad epistemológica* entre las ciencias humanas y las ciencias naturales. Las ciencias humanas nacen, pues, a partir del modelo epistemológico de las ciencias naturales.

4.3. Las ciencias naturales y sociales debían limitarse a las explicaciones causales de los fenómenos de forma objetiva, neutra, libre de juicios de valor o de ideologías, de nociones y concepto previos. Adviértase, ante todo, que la comprensión de este presupuesto depende fundamentalmente de la aceptación de los presupuestos “epistemológicos” del positivismo. Solamente en la medida en que se separa el objeto del sujeto (primer presupuesto epistemológico) haciendo que este objeto, aislado del sujeto, sea susceptible de ser reflejado en el conocimiento (segundo presupuesto epistemológico) en la misma medida en que se separan hechos y valores (tercer presupuesto epistemológico), puede ser viable la creencia en la posibilidad ilimitada de un conocimiento objetivo que esté libre de juicios de valor y de ideologías so pena de estar contaminado.

14 Ibid., p. 26

Se trata, aquí, del *principio de neutralidad axiológica* de las ciencias humanas, es decir, el principio de que se puede hacer la ciencia del hombre (como ciencia natural) dejando de lado los valores. Siendo la *axiología* el estudio de los valores humanos, hablar en *principio de la neutralidad axiológica* de la ciencia significa acreditar la posibilidad de que el conocimiento científico sea elaborado sin intromisiones valorativas. La función del sujeto debe limitarse a captar los hechos (siguiendo un procedimiento metodológicamente controlado: el método positivista), de modo objetivo, dejando los valores de lado.

Pues bien, a partir de estas premisas del positivismo en las ciencias humanas (que presuponen la existencia de “leyes sociales” que acreditan una correspondencia metodológica entre ciencias naturales y ciencias sociales y que apuestan firmemente por la neutralidad axiológica del conocimiento científico), se pueden deducir finalmente de modo consecuente algunos presupuestos del positivismo en la historia.

5. *El positivismo en la historia y sus presupuestos*

Es precisamente el historiador alemán Leopold von Ranke –el autor más representativo de lo que aquí se ha denominado *historia positivista* y de quien se hablará seguidamente– quien formula de modo más o menos explícito algunos postulados teóricos de la que debería ser la *historia científica* por excelencia y sobre los cuales se va a establecer precisamente el terreno en el que va a brotar buena parte de la producción historiográfica de las décadas siguientes (y también del siglo siguiente). Tales postulados, como se podrá comprobar, pueden ser considerados como una aplicación de los presupuestos del positivismo en la epistemología y en las ciencias humanas (ya examinados antes) para elaborar un saber histórico y una “ciencia de la historia”. Sigamos, pues, los pasos de Ranke en la interpretación de Martin y Bourd¹⁵ para determinar los presupuestos del positivismo en la historia. Son los siguientes.

5.1. No hay dependencia entre el sujeto conocedor (que es el historiador) y el objeto del conocimiento (que es el hecho histórico); como hipótesis, el

15 G. Bourd¹⁵/H. Martin, *As Escolas Históricas*, s/l, Publicações Europa América, s/f, p. 114.

historiador escapa a cualquier condicionamiento social, lo que le permite ser imparcial en la percepción de los acontecimientos. ¿Qué se puede ver aquí, en este primer presupuesto? En primer lugar, que hay una separación radical entre el sujeto y el objeto. El objeto, la materia prima, aquello a lo cual se debe prestar atención en relación al conocimiento histórico, son los hechos históricos. Y como hipótesis, el historiador escapa a cualquier condicionamiento social, lo que significa que debe aplicar el principio de neutralidad axiológica para alcanzar la “imparcialidad” exigida a un historiador –y es evidente que, para esto, ese mismo historiador debe aceptar la separación entre hechos y valores, debiendo atenerse solo a los hechos y dejando sus valores de lado–.

Por otro lado, deja claro que, más allá de la deuda que este presupuesto tiene con el de la exterioridad del objeto respecto al sujeto, es igualmente perceptible en la base de esa afirmación rankeana la estricta separación (dualidad) entre hechos (los hechos históricos, lo que al final debe ser “conocido”), de un lado, y los valores (la instancia subjetiva con una carga axiológica –esto es, el historiador–), de otro. De hecho, estas dos entidades, que son concebidas como ontológicamente separadas, deben permanecer así para que el historiador (sujeto) alcance los hechos históricos (objeto) de modo “imparcial”.

5.2. La historia existe en sí, objetivamente, tiene incluso una forma dada, una estructura definida que es directamente accesible para el conocimiento. Más de una vez se observa con este elocuente presupuesto que, para el positivismo, la historia existe en sí y que la historia como objeto del saber (como pasado histórico que debe ser reconstruido) existe independientemente de la percepción que el sujeto o el historiador tenga de este objeto. Al vislumbrar incluso una forma y una estructura en el objeto (en nuestro caso, el pasado histórico), el presupuesto de la exterioridad de lo real es llevado hasta sus últimas consecuencias. Y la segunda parte de este presupuesto remite al hecho de que el conocimiento es representación de lo real: en efecto, estas determinadas *formas y estructuras* del pasado histórico son consideradas como si fueran directamente accesibles para el conocimiento. Es decir: ya que existe en sí misma –de un modo perfectamente delimitado, diáfano y definido– esta configuración histórica, es lógica la conclusión de que toda esta estructura histórica (real e identificable) puede ser, toda ella, captada por el saber. Así, si el saber “objetivo”

(el que está libre de los vestigios axiológicos del sujeto) tiene la vocación de ser un espejo fiel del propio objeto (recordemos una vez más el paisaje y el espejo), para la corriente positivista, el conocimiento histórico (o *saber histórico*, o *ciencia de la historia*, poco importa la terminología) tiene la capacidad de reflejar el “pasado histórico” de modo fiel (ya que, es evidente, se han seguido de modo correcto los pasos “científicamente” recomendados).

5.3. La relación cognitiva es conforme a un modelo mecanicista. El historiador registra el hecho histórico de manera pasiva, como el espejo refleja la imagen del objeto. Este presupuesto expresa la llamada *teoría del reflejo* acuñada por Ranke –además de expresar, como se puede advertir fácilmente, toda la discusión epistemológica del positivismo–. Aborda la idea de que el pasado histórico, como objeto de análisis de nuestro conocimiento, solo tiene que ser *reflejado*, correspondiendo en este proceso al historiador tan solo una función mecánica. El historiador no debe pretender “recrear” el paisaje que tiene delante (el pasado), sino que, con los pasos metodológicos aconsejados, lo refleja fielmente, hace como si la realidad se hiciese presente, y todo ello sin interferencias subjetivas, sin interferencias de los valores del historiador. Volviendo una vez más a la metáfora ya tantas veces repetida, el historiador, en vez de ser el “pintor” del paisaje que refleja, debe ser tan solo el que sujeta un gran espejo (función mecánica, pasiva, no creativa), debiendo tan solo garantizar que el reflejo se realice de modo fiel para que no se “distorsione” el objeto.

5.4. Incumbe al historiador no juzgar el pasado ni instruir a sus contemporáneos, sino simplemente dar cuenta de lo que realmente pasó. Resalta aquí la opción metodológica (más que eso, la necesidad) de establecer, en la confrontación del historiador con el pasado histórico, una radical separación entre valores y hechos, una aplicación estricta del principio de neutralidad axiológica, so pena de contaminar una investigación histórica con la mancha de la subjetividad y, de esta forma, convertirla en un saber no “científico”. El historiador debe atenerse tan solo a los hechos, dejando de lado sus valores. Y ateniéndose solamente a los hechos, el historiador, para el positivismo, tendrá abiertas las vías para describir lo que *pasó realmente*. Se advierte, por tanto, que la verdad histórica (“lo que pasó realmente”) es la meta del conocimiento histórico positivista, un objetivo que puede ser

alcanzado (al menos idealmente) si la investigación, desde el punto de vista metodológico, no “cede”, sobre todo, a las tentaciones de subjetivismo.

6. La “historia positivista”: su contexto histórico y teórico

Después de este recorrido que, para llegar a las características (los “presupuestos”) de la historia positivista, tiene antes que pasar por las premisas epistemológicas del positivismo y por los presupuestos del positivismo en las ciencias humanas, conviene indicar, aunque brevemente, el contexto histórico y teórico en que surgió y se desarrolló esta “historia tradicional”. Con eso se pretende, al menos en parte, explicar el “molde” en el que se encajan las características de esta historiografía antes expuesta, además de mostrar cómo, a pesar de las críticas que se le puedan hacer hoy, esa forma específica de enfoque del pasado humano constituyó, en la época, una impactante novedad metodológica.

Como señalamos en algunos apartados anteriores, hablar de *positivismo histórico* o de *historia tradicional* ya presupone, evidentemente, un recorte muy delimitado en la realidad historiográfica y requiere homogeneizar una determinada producción y algunos métodos. En efecto la historiografía del siglo XIX encontró incluso cierta multiplicidad metodológica al surgir autores valiosos, metodológicamente innovadores que resulta imposible reducir a una única vertiente teórica. No se puede decir, por lo tanto, que la historiografía decimonónica sea un bloque monolítico “positivista”. Lejos de estar únicamente preocupada por aspectos políticos, militares y diplomáticos como muchas veces se dice, la historiografía del siglo XIX contempla muchos cultivadores de la historia religiosa, de la historia socio-cultural, etc. Peter Burke¹⁶ señala el ejemplo de Edward Gibbon (con su *Decadencia y caída del Imperio Romano*)¹⁷, que aúna la narración de acontecimientos políticos con un nuevo tipo de historia socio-cultural. También sirven de ejemplo Jules Michelet y Jacob Burckhardt, que escribieron más o menos en la misma época (1865 y 1860 respectivamente) sus historias sobre el Renacimiento y que cultivaban una visión de la historia más

16 P. Burke, *A Escola dos “Annales” (1929-1989). A revolução francesa da historiografia*, 3ª ed., São Paulo, Unesp, 1991, pp. 18-19.

17 Publicado en Brasil como E. Gibbon, *Declínio e queda do império romano*, São Paulo, Companhia das Letras, 1997.

amplia que los seguidores de la historia política¹⁸: en cuanto al primero, defendía una historia que hoy podríamos denominar “desde la perspectiva de las clases subalternas”; el segundo interpretaba la historia como un terreno en el que actuaban al mismo tiempo las fuerzas del Estado, de la religión y de la cultura. Tenemos aún el ejemplo de Fustel de Coulanges que, en su clásico *La ciudad antigua* (de 1864), atendía a la historia de la religión, de la familia y de la moralidad en detrimento de la historia política¹⁹. Incluso Marx y Engels ofrecían también un paradigma histórico que se apartaba mucho de la historiografía política y de hechos. Para terminar con estos ejemplos, hay que citar al historiador alemán Gustav Schmoller, al inglés William Cunningham y al francés Henri Hauser, todos ellos exponentes de una historia económica²⁰. Tal multiplicidad temática, por otra parte, es resultado del florecimiento de una *nueva historia* que se inició en el siglo XVIII. Y este florecer, en cierto modo, quedó estancado por el importante advenimiento del movimiento historiográfico liderado por Leopold von Ranke a mediados del siglo XIX, que aportó un nuevo patrón metodológico a la historiografía. Aquí puede decirse que nace lo que llamamos *historia tradicional* (o historia positivista).

Esta *historia tradicional*, historia *rankeana* o simplemente *historia positivista* será hegemónica en la historiografía europea del siglo XIX, sobre todo en Alemania y en Francia. Se puede decir que el punto álgido de su prestigio se dio entre 1880 y 1930, al menos en Francia²¹. Pero su reflejo en Brasil también fue significativo y llega hasta hoy.

Como se ha dicho, Leopold von Ranke es el exponente de este nuevo enfoque metodológico. Pero debe resaltarse una vez más que Ranke, desde el punto de vista teórico, era un personaje muy complejo, ya que tenía muy arraigadas influencias de la escuela histórica (de donde provendría su gran valoración de los “personajes” y de los “nombres” en la narración histórica) y sobre todo del romanticismo alemán, del cual muchos autores lo consideran uno de sus epígonos²². Generalmente es considerado como el iniciador de un viraje historiográfico importante que pasa

18 Burke, *A Escola dos “Annales”*, cit., pp. 18-19.

19 *Ibid.*, p. 19.

20 *Ibid.*, pp. 18-19.

21 Bourd e/Martin, *As escolas históricas*, cit., p. 112.

22 Véase, por ejemplo, E. Cassirer, *Storia della filosofia moderna: il problema della conoscenza nella filosofia e nella scienza* (III. I sistemi posthegeliani, tomo primo), Torino, Einaudi, 1976.

de la “crónica” narrativa al “registro” documental. Es aclamado como el primero en formular una teoría seria sobre la crítica de las fuentes históricas y, en fin, como el autor de una verdadera *revolución copernicana* en la historiografía del siglo XIX²³. Y, de hecho, Ranke fue un personaje importante en el proceso de profesionalización de la historia y un autor fundamental, dentro del furor disciplinar cientificista del siglo XIX, en la transformación de la historia en una rama respetada del saber académico. Con su programa, Ranke trata de otorgar seriedad académica y científica a la historia. Tanto, que su primer gran mandamiento es llevar a cabo la revolución de las fuentes. De hecho, para el historiador alemán las fuentes que debe utilizar el historiador tienen que ser únicamente las oficiales, las documentales, pues de este modo se pretende alcanzar cierta “seguridad” en su uso y manejo, dejando de lado las creencias, las leyendas y otros recursos comúnmente utilizados por muchos que se proclamaban “historiadores”. Hay, así, una verdadera obsesión por los documentos oficiales, estatales, públicos, de archivo, porque estos documentos revelarían, sin rodeos ni falsedades (y de modo directo) los *hechos* (como antes se vio, para el positivismo el científico debe atenerse rigurosamente a los hechos, a los objetos). Todo ello, entre otras cosas, profesionaliza el oficio del historiador, que, académicamente, pasa a ser considerado como el encargado de buscar esa “verdad histórica”. Con Ranke, a fin de cuentas, se inaugura, en cierto sentido, lo que puede denominarse *historiografía profesional moderna*.

Este modelo *rankeano* cruzó fronteras y también echó raíces en la academia francesa, que desarrolló, sobre aquella inspiración teórica, su propia corriente historiográfica tradicional: la *escuela metódica*, establecida en torno a la fundación de la *Revue historique*, en 1876, por G. Monod y G. Fagniez²⁴. Los pilares de la *escuela metódica* no difieren mucho de los presupuestos rankeanos. Reclamaba el total desapego del investigador y la total independencia en relación con cualquier religión, doctrina o partido. Exigía un trabajo riguroso con las fuentes de los archivos y adoptaba una teoría del conocimiento en la que la relación entre el sujeto (el historiador) y el objeto (o documento) no era explícita. Se pretendía la

23 P. Burke, *O mundo como teatro: estudos de antropologia histórica*, Lisboa, Difel, 1992, pp. 223-234.

24 Bourd /Martin, *As escolas históricas*, cit., pp. 97-98.

“desaparición” virtual del historiador tras los textos²⁵. Estos presupuestos tuvieron seguidores influyentes en los círculos universitarios franceses en los que destacaron Charles-Victor Langlois y Charles Seignobos, que definieron juntos las reglas de la disciplina histórica (según la concepción de la “escuela metódica”) en una obra que se convirtió en la guía para toda una generación de historiadores: *Introducción a los estudios históricos*, cuya primera edición es de 1898. Es importante citar también, en este contexto francés, la presencia de Ernest Lavisse, que coordinó el proyecto de elaboración de una importante obra denominada *Histoire de France depuis les origines jusqu’à la Révolution*, concebida en 1890, que siguió estrictamente las líneas indicadas por la *Revue historique*²⁶.

A pesar de la importancia de la obra de Leopold von Ranke para la disciplina histórica, hay quienes, como Peter Burke, consideran el impacto de su obra (y de sus seguidores más allá del Rin) en sentido negativo: de hecho, la valoración de la historia política y el desprecio de los otros sectores de investigación (que culminó con el ya mencionado “estancamiento” de la variedad metodológica existente hasta entonces en el siglo XIX), transforma la presunta *revolución copernicana* operada por Ranke en el ámbito historiográfico en una verdadera “contrarrevolución” –pues la rigidez de sus presupuestos ocuparía el lugar de una historiografía al estilo de un Burckhardt, un Coulanges, un Michelet etc.–, lo que en realidad haría de él, en palabras de Burke, un reaccionario en la evolución de la historiografía²⁷–.

Polémicas aparte –y aquí enlazamos que se vio antes con lo que se explicará a partir de ahora–, si tomamos todos los presupuestos teóricos ya señalados (en particular los referentes a la historia), resultará, de hecho, una historiografía con unas características más o menos definidas: será una historia centrada en los hechos y, entre estos hechos, serán los acontecimientos políticos, militares y diplomáticos los considerados con “dignidad histórica” efectiva. De aquí deriva la extarordinaria tendencia de esa forma de hacer historia a favorecer los grandes acontecimientos y los grandes personajes del pasado (y aquí una vez más se nota la influencia en Ranke de la “escuela histórica” alemana). Todo ello, como puede verse, implicará un cierto declive de la historia “cultural”, “religiosa” o

25 Ibid., p. 102.

26 Ibid., pp. 105-107.

27 Ibid.

“social” o incluso “económica”. Esta historia positivista será una historia que, precisamente por acreditar que los hechos pueden aislarse del sujeto que los confronta (el historiador) y pueden percibirse con sus rasgos precisos, será capaz de describir la verdad sobre los *hechos históricos* (que, en este punto, constituyen para el positivismo la propia historia), pues el análisis del objeto puede ser aislado por la ciencia (la ciencia metodológicamente bien informada –esto es, la ciencia positivista–) sin que se produzcan ni pérdidas ni reducciones: el saber histórico tiene la capacidad de reproducir fielmente los hechos históricos. Es por eso por lo que este tipo de historia adopta la forma de “historia universal”, “historia general” u otras pretensiones totalizantes de este género, pues la potencia del saber (alimentado por el optimismo científico del siglo XIX) da también a los historiadores la impresión de poder abarcar todo el pasado humano. Y, sobre todo, será una historiografía que se pretende “objetiva” y “neutra”, una historiografía que sigue el principio de ‘neutralidad axiológica’ de las ciencias humanas pues confirma que el influjo de la subjetividad contaminará el objeto y, por lo tanto, invalidará la investigación.

Pues bien: una vez enunciados, aunque de modo muy genérico, los rasgos esenciales de la historiografía rankeana (que aquí definimos como *positivista*), llega el momento de abordar algunos de los problemas centrales de este tipo de enfoque.

7. Algunos problemas del enfoque positivista

Es evidente que podrían comentarse muchas cosas respecto de las implicaciones de esta “historia positivista” o respecto de sus límites y de sus escollos. Este no es el lugar para intentar un discurso exhaustivo a este propósito. Con todo, algunas de las críticas esenciales a este modo “rankeano” de vislumbrar el pasado se van a tratar aquí, porque buena parte de la historiografía posterior construyó sus alternativas a partir de las críticas que formuló a esa “historia tradicional”. Siendo así, nos limitamos a apuntar tres problemas del enfoque positivista de la historia considerados aquí básicos: el modo poco matizado en que se da la relación sujeto-objeto; el presupuesto (tomado de modo absoluto) de la necesidad de neutralidad axiológica en el conocimiento; el excesivo valor dado en su enfoque al *hecho singular*, con las consecuencias que de ello se derivan.

Para el positivismo, la primera cuestión antes mencionada –la relación excesivamente lineal y simplista que se establece entre sujeto y objeto– demuestra, paradójicamente, que en realidad esta corriente teórica no plantea de un modo serio el *problema* del sujeto y del objeto. Y ello porque entre sujeto y objeto hay efectivamente un problema –y de los más complejos–. El positivismo huye de este dilema ignorando este aspecto fundamental de la discusión sobre el conocimiento. Precisamente por eso, el positivismo puede ser considerado, en este sentido, una forma de dogmatismo²⁸, pues el dogmático, en términos de teoría del conocimiento, es precisamente quien ignora el difícil problema del conocimiento, dejándolo de lado o metiéndolo “bajo la alfombra”. De hecho, para el positivismo este problema no se plantea porque hay una especie de evidencia del objeto por sí misma que le permitiría ser aprehendido por el sujeto de un modo completo y definitivo –lo que es tributario, como ya dijimos, de cierta forma de encarar a cuestión del saber y de la ciencia en el siglo XIX–. El sujeto (historiador) tendría una especie de conciencia absolutamente autónoma y lo suficientemente potente para, a partir de una perspectiva completamente externa al objeto (el pasado histórico), percibirlo en su integridad y conocerlo en su exterioridad, de modo que el historiador será capaz de conocer el pasado “como fue” –parafraseando a Ranke–.

Pero las cosas se presentan de un modo un tanto más complejo. Al final, el pasado histórico no se presenta como un espectáculo ante un observador sumiso y neutro, sino que implica, hasta cierto punto, la construcción del propio sujeto (historiador)²⁹. El historiador del derecho portugués António Manuel Hespanha dice pertinentemente, respecto de esta cuestión epistemológica, que la primera de las estrategias a adoptar

debe ser la de infundir una fuerte conciencia metodológica entre los historiadores del derecho, cuestionando la concepción ingenua de que la narración histórica no es sino el relato incontestable, lineal y fluido de lo que “realmente aconteció”. Porque, de hecho, los acontecimientos históricos no están ahí, independientes de la mirada del historiador, prestos a ser descritos. Son convocados por el trabajo del historiador, que selecciona la perspectiva y construye objetos que no tienen una existencia empírica³⁰.

28 J. Hessen, *Teoria do conhecimento*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 29-30.

29 A.M. Hespanha, *História das instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 7.

30 A.M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, 3ª ed., s/l, Europa-América, 2003, p. 24.

El segundo problema trata de la cuestión de la neutralidad axiológica del historiador ante su “objeto”, el pasado. Y, como ya vimos, este problema es resuelto fácilmente por el positivismo siguiendo la huella del esquematismo que sufre la dualidad sujeto-objeto: en la medida en que sujeto y objeto son realidades tan fácilmente distinguibles y separables en el proceso cognitivo, la objetividad de los hechos puede alejarse también de la subjetividad de los valores, de modo que la verdadera “ciencia” se centrará únicamente en los hechos y en su carácter objetivo.

El problema de la neutralidad absoluta no es fácil de resolver. A este respecto, Buenaventura de Souza Santos, por ejemplo, hace una distinción entre, por un lado, la “objetividad” (que es una meta a seguir ya que es el corolario de la honestidad que todo investigador debe tener en el proceso cognitivo) y, de otra, la “neutralidad” (que no sería nunca alcanzable, al menos dentro del molde imaginado por los positivistas del siglo XIX)³¹. Ya Eric Hobsbawm, al analizar el delicado problema del “compromiso” del historiador, diferencia el terreno en el que, por un lado, se pueden hacer afirmaciones sobre la veracidad de los hechos (que son evidencias independientes del historiador), y el terreno en el que los hechos son escogidos y combinados (que son operaciones que no pueden comprenderse sin un sujeto-historiador que las ejecute –y tampoco sin un grado, mayor o menor, de carga subjetiva–)³². De cualquier modo, aparte de la discusión sobre esta cuestión, es pacífica la convicción de que ya no puede mantenerse la creencia de los científicos sociales decimonónicos (incluyendo los historiadores) de que es imposible producir un conocimiento aséptico y libre de “juicios de valor o de ideologías”. La presencia decisiva del sujeto en el proceso de conocimiento (que escoge el tema objeto de la investigación, delimita y especifica el enfoque, escoge el método y selecciona un modo concreto de exposición) no autoriza a creer en la objetividad pura de un objeto del saber. No sería necesario entrar en discusiones ligadas al psicoanálisis (la carga inconsciente del sujeto, que no puede ser percibido aquí como una unidad coherente e inescindible) o a filosofías más recientes como la de Foucault (que pone al desnudo las

31 B. de S. Santos, *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, São Paulo, Cortez, 2000.

32 E. Hobsbawm, *Sobre historia: ensaios*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, p. 140.

relaciones entre “saber” y “poder”³³) para demostrar que el conocimiento no es el resultado “puro” de una operación que busca “reflejar” el objeto, sino un proceso complejo en el cual el sujeto interfiere decisivamente en la ‘construcción’ del resultado final de una investigación científica.

El valor dado a los *acontecimientos o hechos* en el enfoque historiográfico (el tercero de los problemas abordados), típico de la *historiografía positivista*, trae consigo también sus consecuencias nocivas. Al ser los “hechos” la entrada básica de esta historiografía y al dejarse de lado la cuestión de la subjetividad (como el indagar quién y *por qué* son escogidos unos determinados hechos y por qué otros son preteridos) la “historia positivista” tiende a distanciarse de la dinámica histórica efectiva, procediendo a un conocimiento presentista o retrospectivo. En efecto, no en vano esa historiografía se caracteriza por ser la que “proyecta sobre el pasado categorías sociales y mentales del presente, haciendo del devenir histórico un proceso (escatológico) de preparación de la actualidad”³⁴.

Con ello podemos identificar una consecuencia directa de este procedimiento que reduce la realidad histórica a un encadenamiento de hechos: la necesaria exclusión que produce precisamente dicha opción. Y es que, en la medida en que la historia es considerada como una secuencia lineal y armónica de hechos que se encadenan de modo lógico en el tiempo, se está elaborando en realidad una lógica que excluye todas las perspectivas y posibilidades históricas ocurridas o frustradas pero que permanecerán a lo largo del proyecto que rigió el encadenamiento de los hechos elegidos. En otras palabras, se elabora un conocimiento histórico íntimamente ligado a una lógica que es propia *del historiador* que escribe dicha historia y que, a su vez, no puede separarse de todo un código de valores, de preocupaciones teóricas, etc., pertenecientes en realidad a la época del historiador (y no a la época estudiada). La linealidad que se construye de esta forma se convierte en una deformación grave del pasado por este filtro de la lógica de la exclusión (del presente). Como recuerda Hespanha, mediante este procedimiento, “el presente se impone al pasado; pero, además, el pasado es prisionero de categorías, problemáticas y angustias del presente, perdiendo su propio espesor y especificidad, su manera de imaginar la sociedad, de organizar

33 Sobre todo en M. Foucault, *A ordem do discurso*, São Paulo, Loyola, 1996; Íd., *A microfísica do poder*, 8ª ed., São Paulo, Graal, 1989.

34 A.M. Hespanha (ed.), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993, p. 51.

los temas, de colocar las cuestiones y de resolverlas”³⁵. Más allá de eso, hay que destacar que la elección de los datos por el historiador positivista para llenar el camino de la historia no está claramente motivada, ni tampoco lo está el rechazo a abordar otros hechos u otros enfoques. De este modo, como una época histórica no puede ser aprehendida en su totalidad por el conocimiento, el criterio positivista de elección de los datos que satisfará nuestra visión sobre dicha época (pretendidamente de modo “definitivo”) no dejará espacio, por desgracia, para otras decisiones y caminos que no sean los pertenecientes a la linealidad. La riqueza y lo fecundo de la realidad son reducidas a una lógica aleatoria que acaba presa de intereses que nunca se ponen al desnudo por su propia metodología. Pero, desde luego, los intereses que conducen a tal tipo de historia están ligados al presente: la lógica de la exclusión que rige el discurso histórico positivista es una lógica que no pertenece a una época estudiada, sino simplemente a los condicionamientos temporales del historiador³⁶.

8. *El positivismo y la historia del derecho*

Tras la breve explicación del procedimiento cognitivo del positivismo y tras el análisis del funcionamiento del positivismo en el conocimiento de la historia, un estudiante que ya conoce los manuales jurídicos de las disciplinas dogmáticas podrá darse cuenta fácilmente de que la tradicional *introducción histórica* (algunas veces llamada, de un modo más bien académico, *excurso histórico*) que precede inevitablemente al enfoque “propiamente dicho” del tema dogmático (sea de derecho civil, derecho penal, derecho del trabajo, derecho mercantil, etc.) tiene su inspiración teórica en el “positivismo histórico”, aunque el jurista que escribe esa introducción (la mayoría de las veces profano en historia y más aún en teoría de la historia) no se dé cuenta de ello. La inspiración positivista de las “introducciones históricas” que, casi como un rito académico, proliferan en los

35 Hespanha, *Cultura Jurídica Européica*, cit., pp. 21-22.

36 Como dice Hespanha, “esta teoría del avance lineal viene a menudo de la interpretación que el observador hace del pasado desde la perspectiva de lo que acaba de suceder. Desde este punto de vista, es siempre posible encontrar anuncios y anticipaciones de lo que tenía que ocurrir. Pero normalmente se pierden de vista tanto todas las otras posibilidades de desarrollo, como las pérdidas originadas por la evolución que se produjo”, *Ibíd.*, p. 21.

manuales de dogmática jurídica (y también en otras obras no manualísticas), vienen, al menos en el caso brasileño, del propio ambiente cultural circundante –impregnado de las premisas positivistas– o, en todo caso, de un malentendido cuyas raíces históricas pueden hallarse sin duda en el modo en que se da en nuestro país la formación de los juristas, que insiste en acreditar que la historia es un saber para aficionados, un enfoque que puede hacerse de modo más o menos intuitivo y aproximado. Se ha difundido la extraña impresión de que “reconstruir el pasado” es una operación automática y simple. Lo que ocurre en realidad es que este “excursus histórico” acaba incurriendo (algunas veces sin percibirlo) en una maraña de dificultades teóricas que son típicas del positivismo.

Y tales dificultades no son inocentes: un enfoque histórico-jurídico de inspiración positivista (como el de la mayoría de los manuales), más allá de realizar un mal servicio a la disciplina de la historia del derecho (al menos a la que se hace con un poco de seriedad), acaba por acarrear una serie de funestas consecuencias teóricas y prácticas nada despreciables.

Tales consecuencias son subrayadas, entre otros, por António M. Hespanha, que nos recuerda que, además de que este procedimiento positivista acaba por distanciarse del pasado que es (o debería ser) objeto de estudio y por aproximarse a la lógica del presente (como se ha visto antes), la *historiografía jurídica positivista sirve de combustible para una glorificación del positivismo jurídico vigente*. Y esto ocurre básicamente de dos maneras. En primer lugar, esta historia del derecho cumple un papel legitimador del derecho presente al pretender probar que determinadas características del discurso jurídico –como el Estado, la familia o el principio de que los contratos deben ser cumplidos minuciosamente– pertenecen a la “naturaleza de las cosas”³⁷. Así, las instituciones contemporáneas se convierten en “naturales” y se consideran resultado de la tradición. Los conceptos (separados de la “historia”) adquieren validez transtemporal al ser legitimados por la tradición³⁸. La historia, en suma, justifica el presente a

37 Ibid., p. 18.

38 Hespanha da un ejemplo de la falsa continuidad que existe tras esta creencia: “El concepto de familia, aunque usa el mismo soporte léxico desde el derecho romano (familia), cubre no solo parentelas mucho más amplias, sino también a los no parientes (como los criados o los esclavos [*famuli*]) y hasta los bienes de la «casa». El concepto de obligación como «vínculo jurídico» aparece con el derecho romano; pero era entendido en un sentido material, como una vinculación del cuerpo del deudor a la deuda, lo que explicaba que, en caso de incumplimiento, las consecuencias recayesen sobre el cuerpo del deudor o sobre su libertad (prisión por

través de una supuesta demostración de que el presente ha sido el camino “natural” del proceso histórico. En segundo lugar, dicho procedimiento historiográfico cumple un papel legitimador en la medida en que se percibe la linealidad histórica como algo que conduce, de modo necesario, al progreso (en nuestro caso, al progreso jurídico). Se trata de una concepción evolucionista de la historia del derecho que percibe el devenir histórico como un proceso donde hay un necesario crecimiento de valores, de virtudes, etc., que culminan jurídicamente en el derecho actual. A fin de cuentas, “también el derecho habría tenido su fase de tosquedad juvenil. Pese a todo, el progreso de la sabiduría humana o los descubrimientos de generaciones sucesivas de grandes juristas habrían llevado progresivamente el derecho al estado en que hoy se encuentra; un estado que, desde esa perspectiva histórica, representaría el apogeo”³⁹. Así, en el primer caso, el presente jurídico se vuelve natural, es considerado como la única posibilidad histórica de entender el derecho del pasado; en el segundo caso, el presente jurídico es percibido como resultado de un progreso natural del que el derecho vigente sería la culminación. En ambos casos, el derecho actual se sitúa, por medio de este sesgado discurso ‘histórico’, en el pedestal más alto, propio de la época histórica más “avanzada” que ha existido (y que sería –ay de nosotros– la época actual).

Estas formas de glorificación del positivismo jurídico vigente quedan muy bien representadas con dos grandes “líneas temáticas” que son típicas de la historiografía jurídica positivista: la “historia de las fuentes” y la “historia de la dogmática”. De hecho, estas dos líneas van de perlas para alcanzar una concepción “natural” del derecho actual o una concepción impregnada de la noción del “progreso” de la historia del derecho. En cuanto a la primera (historia de las fuentes) describe la pura y simple evolución de las normas jurídicas promulgadas por el Estado –aquí se incluye sobre todo la ley–; la segunda (historia de la dogmática) describe la evolución de las doctrinas y conceptos utilizados por los juristas para exponer el derecho que consideran vigente⁴⁰.

deudas). La palabra «estado» (*status*) era utilizada para quienes poseían el poder (*status rei romanae, status regni*); pero no implicaba las características conceptuales del Estado (exclusivismo, soberanía plena) tal como nosotros los entendemos”, Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica européia, cit.*, p. 19.

39 *Ibíd.*

40 Hespanha, *Historia das instituições, cit.*, p. 11.

Tales concepciones tienen un sustrato común: entender que el pasado jurídico está formado exclusivamente por lo que el legislador hace (en el primero caso) o por lo que los expertos piensan y escriben (en el segundo caso), haciendo que los demás aspectos de la vida social sean solemnemente ignorados⁴¹, haciendo del derecho, en palabras de Coelho, una instancia desorbitada⁴², algo que puede ser concebido y explicado de un modo transhistórico, independientemente de las vicisitudes del devenir. Como bien observa Hespanha, detrás de tales posturas se encuentra en realidad una noción de lo que es el derecho: así como la historia específica de las fuentes observa el derecho como un sistema de normas, la historia específica de la dogmática lo concibe como un sistema de valores, de modo que el derecho es un ordenamiento constituido y perfecto antes de su aplicación y/o interpretación, ya que este terreno es irrelevante y dispensable para la historia del derecho⁴³. Y, sobre todo, se puede observar que esas formas de concebir el derecho son tributarias de una estrategia teórica que es *presentista* y que, por ser esclava del presente, comete el supremo pecado para un historiador: el anacronismo. A fin de cuentas, y con algunas reservas, solo podemos considerar que la historia del derecho se reduce a una mera secuencia legislativa (como quiere la historia de las fuentes) cuando ignoramos el hecho de que la ley se impuso como fuente única y exclusiva solo hace poco más de doscientos años (es decir, en un proceso que comenzó con la Revolución francesa y con el movimiento codificador⁴⁴) y cuando ignoramos que, al concebirlo así, proyectamos nuestras miserias presentes (nuestro legalismo y nuestro estatismo del derecho) a todo el pasado –como si este pasado no fuese mucho más rico de lo que la limitada imaginación jurídica monista actual supone– Asimismo, solo podemos concebir el pasado del derecho como una secuencia de teorías jurídicas enlazadas de modo sucesivo (como quiere la historia de la dogmática) e ignoramos el rico y polémico contexto en que una teoría se impone a otra (o el rico contexto en que diversas mentalidades jurídicas –

41 Hespanha, *Historia das instituições*, cit., p. 11.

42 L.F. Coelho, *Teoria crítica do direito*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Fabris, 1991, pp. 25 ss.

43 Hespanha, *Historia das instituições*, cit., p. 12.

44 Véase, a este propósito, los ya clásicos estudios de P. Grossi sobre la noción de “absolutismo jurídico” como concepto que representa el inicio de la época de fascinación por la ley y de la reducción del derecho a los códigos, sobre todo en P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1992.

muchas veces radicalmente diferentes de las nuestras— conviven entre sí), así como el hecho de que, algunas veces, el predominio de una teoría sobre otra se “construye” *a posteriori* y por razones que pertenecen a la lógica de épocas posteriores a aquellas en las que la teoría era supuestamente experimentada.

Finalmente, estas estrategias histórico-jurídicas ignoran que el pasado del derecho debe ser objeto de un esfuerzo de comprensión que es complejo y que debe respetar las profundas particularidades del pasado — que no puede ser considerado como un mero *presente imperfecto* o como un *presente aún no completo*—.

Un ejemplo importante y concreto del procedimiento utilizado por dicha historiografía jurídica positivista (ejemplo ofrecido, una vez más, por Hespanha) es fácilmente reconocible en la desmedida preeminencia de la categoría “Estado” y en la tendencia a considerarlo desligado de la “sociedad civil” (como si fuese opuesto a ella). Se ignora que esa “dicotomía” pertenece más bien al presente que al pasado (advértase cómo pierde sentido esta división en el “Antiguo Régimen”) y, a partir de ahí, aparecen otras falsas oposiciones y permean el discurso histórico-jurídico: el derecho privado y el derecho público, o el interés particular y el bien común, la constitución material y la constitución formal, o el hecho y la norma, etc.⁴⁵ No obstante, la historiografía que aquí se critica —unida a la “idea de separación”⁴⁶ entre estas instancias dicotómicas y derivada de una especie de culto al Estado— proyecta estas concepciones y distinciones hacia tiempos muchas veces remotos. Así, se mira el pasado con las gafas de un formalismo jurídico propio del Estado Moderno y a partir de los dilemas que generó para su institucionalización. La dinámica propia y compleja de los entes políticos en la historia se deja de lado, colocándose el Estado como el gran demiurgo de la instancia jurídica, como si nunca hubiese habido un derecho independiente del poder político estatal⁴⁷. Es como si el derecho y el poder político siempre hubiesen tenido la misma

45 A.M. Hespanha, para una historia institucional del Antiguo Régimen, en Íd. (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime: colectânea de textos*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 27-29.

46 *Ibid.*, pp. 37-38.

47 Por citar solo un importante estudio que cita la experiencia histórica medieval (entre tantos otros que podrían ser citados, véase P. Grossi, “Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fundamento della costituzione giuridica medievale”, *Quaderni Fiorentini per la Storia de Pensiero Giuridico Moderno*, 25 (1996), p. 267.

relación de dependencia, la misma correlación. Ese “atemporalismo” del derecho, empleando otra expresión de Hespanha⁴⁸, necesita ser encuadrado en la historia: es preciso historizar la historia del derecho.

48 Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, cit., p. 36.

ESCUELA DE LOS “ANNALES” E HISTORIA DEL DERECHO

Isso de querer ser
exatamente aquilo que a gente é
ainda vai nos levar além

Paulo Leminski

Intentar describir la “epistemología” de la escuela de los *Annales*, también conocida entre nosotros como escuela francesa, es algo que desde luego no aprobarían sus integrantes. La razón es que una de las características típicas del movimiento fue justamente repudiar cualquier modelo filosófico previo que pudiera limitar la libertad del enfoque en la búsqueda de la “historia total”. Paul Ricoeur dice, a este respecto, que esta historiografía

[...] tiene tradicionalmente una desconfianza sin límites hacia la filosofía, que identifica sin problemas con la filosofía de la historia de tipo hegeliano, que confunde, por comodidad, con las especulaciones de Spengler o de Toynbee. [...] Esta es la razón por la que no encontramos en las obras más interesadas por la metodología una reflexión sobre la estructura epistemológica de la narración en la historia comparable a las de la escuela alemana de principios del siglo y a las del actual positivismo lógico y sus adversarios de lengua inglesa¹.

En efecto, como nos recuerdan Bourdieu y Martin, los historiadores franceses siempre desconfiaron de las sistematizaciones reductoras por su

1 P. Ricoeur, *Tempo e narrativa*, Campinas, Papirus, 1994, I, p. 137.

conciencia de la extraordinaria complejidad de los fenómenos sociales². Sin embargo, esto no significa que no poseyeran una epistemología (aunque nunca haya sido expuesta de modo sistemático), ya que estos historiadores, en palabras de François Dosse,

[...] tienen una concepción de la historia y, por lo tanto, una filosofía perceptible en los conceptos fundamentales de su enfoque histórico. Si lo esencial de sus escritos hace hincapié en la metodología histórica, abandonando toda la teoría de la historia no escapan a la regla, y el empirismo que defienden es ya una elección y una concepción particular de historia³.

Partiendo, pues, del supuesto de que los historiadores de la escuela de los *Annales* adoptaron determinadas premisas metodológicas, trataremos de descubrirlas en este texto, prestando atención a los rasgos más característicos de su producción.

1. *La historia del movimiento*

Tal vez la manera más apropiada de enfocar la escuela francesa (y sus integrantes estarían sin duda de acuerdo con ello) es investigando su propia historicidad. De modo didáctico, Peter Burke divide el movimiento en tres períodos distintos⁴: una primera fase –que se extiende de 1929 hasta 1945–, cuando la “escuela” era pequeña, radical y subversiva y lideraba una “guerra de guerrillas” contra la historia tradicional (que ellos, en cierto modo, homogeneizaban para combatirla mejor). En este período destacan las figuras de los fundadores del movimiento, Lucien Febvre y Marc Bloch. Hay una segunda fase –que va desde 1945 (un año después de la muerte de Bloch) hasta 1968–, cuando el movimiento se transforma efectivamente en “escuela” (con determinados conceptos propios y métodos innovadores). En este período los *Annales* se establecen como grupo “hegemónico”

2 Bourdéd/Martin, *op. cit.*, p. 142.

3 F. Dosse, *La história em migalhas: dos “Annales” à “Nova história”*, São Paulo, Ensaio, 1992, p. 61.

4 José Carlos Reis ve incluso que a partir de 1988, en vista del *tournant critique*, se inicia una cuarta fase dispuesta a estudiar “nuevos métodos” y “nuevas alianzas” para el conocimiento histórico, J.R. Reis, *Escola de Annales: a inovação em história*, São Paulo, Paz e terra, 2000, pp. 125 ss.

en el escenario intelectual francés, al tiempo que extienden sus fronteras más allá de Francia, ocupando las principales cátedras universitarias y teniendo como representante más significativo a Fernand Braudel. Hay finalmente una tercera fase –que en la clasificación mencionada se inicia en 1968, año en que Braudel deja la dirección de la revista publicada por el grupo, y llega hasta nuestros días– que está marcada por la profunda fragmentación y diversidad temática e incluso metodológica. En este último período surge otro movimiento dentro del movimiento de los *Annales* llamado “nueva historia”. Las principales figuras de este período son Jacques Le Goff, Georges Duby y Emmanuel Le Roy Ladurie, entre otras⁵.

Pero, a fin de cuentas, ¿cómo surgió este movimiento? Algunos historiadores manifiestan, desde las primeras décadas del siglo XX, una reacción ante las premisas metodológicas de la “escuela metódica” –representante de la historia positivista en Francia–. Disconformes con el *establishment* académico entonces existente, estos profesores intentan realizar una “revolución” en la historiografía⁶: frente a la atención prestada únicamente a los documentos escritos y a los testimonios voluntarios (decretos, cartas, etc.) por parte de la “historia tradicional”, ellos proponen aprovechar las fuentes no escritas y los testimonios involuntarios (como series estadísticas, restos arqueológicos, etc.); a la entronización del acontecimiento, del hecho y de la “corta duración”, responden con el énfasis en la repetición, en la permanencia y en la tendencia; a la preferencia por los hechos políticos, militares y diplomáticos, oponen el acento en el análisis de la economía, de la sociedad y de la cultura; dado que los integrantes de la “historia tradicional” vacilan a la hora de entrar en el debate y raramente arriesgan una interpretación, son los partidarios por antonomasia de una historia que pretende “comprender” y “problematizar”⁷.

En este ambiente, destacan dos historiadores que, junto con A. Colin, fundan la revista que representa el movimiento y pasan a ser sus editores: Lucien Febvre y Marc Bloch. La revista, que dará nombre a la propia escuela, se titulará *Annales d'histoire économique et sociale* y el primer número comienza a circular en enero de 1929⁸.

5 Burke, *A Escola*, cit., pp. 12-13.

6 El libro de Burke titulado *A escola dos Annales*, citado en la nota anterior, tiene como subtítulo precisamente *A revolução francesa da historiografia*.

7 Bourdieu/Martin, *op. cit.*, p. 115.

8 Burke, *A escola*, cit., p. 33.

Tanto Febvre como Bloch tenían una sólida formación interdisciplinar. Formaban parte en Estrasburgo (donde se conocerán y darán clase desde 1920 hasta la década de 1930) de un grupo que comprendía figuras como el psicólogo Charles Blondel y el sociólogo Maurice Halbwachs. Por otra parte, en la formación de estos historiadores fueron un importante marco teórico tanto el filósofo y antropólogo Lévy-Bruhl como el geógrafo Vidal de La Blache (este último especialmente en el caso de Febvre) y el sociólogo Émile Durkheim (particularmente en el caso de Bloch)⁹. Ambos compartían también las ideas de Henri Berr (fundador de la *Revue de synthèse*) y de François Simiand, que atacaban duramente la *escuela metódica* francesa¹⁰. Por último, se consideraban descendientes teóricos de Jules Michelet (historiador del siglo XIX que propugnaba la “historia total”), hasta el punto de que Febvre lo consideró él «padre fundador de la escuela de los Annales»¹¹.

Antes de la fundación de la revista, Marc Bloch ya había publicado su clásico *Los reyes taumaturgos*¹², con un tema muy distinto del de los historiadores “tradicionales”. Era, como él mismo la llamó, la “historia de un milagro”¹³ y se dedicaba a estudiar la dimensión mágica de la autoridad monárquica, especialmente ante la creencia del poder curativo del rey, por la simple imposición de manos, del escrofulismo. Además de cambiar la temática usual de la historia (a la vez de poder considerar esta obra como una inspiradora de la “psicohistoria” y de la “historia de las mentalidades” que aparecieron mucho más tarde), Bloch utilizó lo que años más tarde llamaría Braudel la “*larga duración*” ya que su estudio pretendía abarcar un período que iba del siglo XII al siglo XVIII. Más tarde, Bloch desarrollaría sus premisas teóricas, y se convertiría con ellas en el mayor medievalista de su tiempo al publicar en los años treinta su obra más conocida: *La société féodale*.

Otro ejemplo de ruptura radical con la historiografía anterior lo dio Febvre en su obra maestra *Le problème de l'incroyance au XVI^e siècle: la religion de Rabelais*. Este libro, junto a *Los reyes taumaturgos* de Bloch,

9 Ibid., pp. 25-26.

10 Bourd /Martin, *op. cit.*, p. 120.

11 J. Ranciere, *Os nomes da história: um ensaio de poética do saber*, São Paulo, Educ/Pontes, 1994, p. 51.

12 M. Bloch, *Os reis taumaturgos: o caráter sobrenatural do poder r gio, França e Inglaterra*, São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

13 Ibid., p. 45.

fue el principal inspirador de la historia de las mentalidades. El tema central de la obra es la demostración de la imposibilidad de situar el problema de la incredulidad en el siglo XVI (pues diversos autores, como Lefranc, intentan demostrar que Rabelais sería ya en esta época un librepensador ateo). Para Febvre el ateísmo en el siglo XVI implicaba un desvío de la religión oficial que, por su parte, ocupaba todas las esferas de la vida cotidiana de las personas: controlaba los bautizos, las bodas, los entierros, dictaba prescripciones alimenticias y prohibiciones sexuales, fijaba el calendario de los días de trabajo y de los festivos, etc.¹⁴. Dentro de este sistema es inconcebible el ateísmo. Así, las bromas aparentemente heréticas que adornan las obras de Rabelais (especialmente *Gargantua y Pantagruel*) solo son, como demuestra Febvre, familiaridades anodinas frecuentes en los discursos de los franciscanos de la época que no pueden ser consideradas de ningún modo como ateas. En suma, Febvre critica en este sentido a los historiadores que le precedieron por el imperdonable anacronismo de leer un texto del siglo XVI con los ojos de un hombre del siglo XX¹⁵.

Después de la II Guerra Mundial y con la desaparición de Marc Bloch en 1944 en los campos de concentración nazis, Febvre percibe en muchos de sus discípulos, como Robert Mandrou y Charles Mozaré, el “espíritu” de los *Annales* y los considera como los continuadores del movimiento. Entre tanto, el legítimo sucesor de Febvre en el liderazgo de esta nueva historiografía era Fernand Braudel.

Braudel estudió historia en La Sorbonne y enseñó de 1923 a 1932 en Argelia. En esta época descubre el Mediterráneo como el gran tema historiográfico que sería objeto de su gran libro. Conoce en este período a Lucien Febvre, con quien traba amistad, que le convence para cambiar el tema de su tesis, entonces en gestación, de *La política mediterránea de Felipe II* a *El mediterráneo en la época de Felipe II*¹⁶, cambio este, además, que descubre bien la tónica de los trabajos posteriores de Braudel. Entre 1935 y 1937 fue contratado para enseñar en la Universidad de São Paulo, período que él más tarde definió como “el más feliz de su vida”¹⁷.

Paradójicamente, los sufrimientos de la II Guerra Mundial acabaron siendo prolíficos para Braudel. Aunque permaneció preso durante

14 Bourd /Martin, *op. cit.*, p. 123.

15 *Ibíd.*

16 *Ibíd.*, p. 128.

17 Burke, *A escola*, *cit.*, p. 46.

casi todo el período del conflicto en un campo cercano a Lübeck, pudo elaborar al final su tesis doctoral valiéndose casi únicamente de su prodigiosa memoria, dada la imposibilidad de recurrir a las bibliotecas¹⁸. Así surge su obra más importante, *El mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II* (la tesis fue defendida en 1947 y publicada en 1949), libro considerado como una obra maestra incluso por sus críticos, que amplió las posibilidades del género en que fue escrito y transformó de modo decisivo la visión del historiador sobre el tiempo y el espacio¹⁹ (como veremos más adelante). La obra de Braudel alcanzó una envergadura aún mayor con la publicación de su monumental *Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV-XVIII* en 1980²⁰.

Braudel fue no solamente el más importante historiador francés de toda una época (desde la muerte de Febvre en 1956 hasta la suya propia en 1985), sino también el más poderoso, ya que ocupó algunos de los más importantes puestos académicos en este período. Fue profesor en el *Collège de France* en 1949 y simultaneó desde entonces, junto a Febvre, la función de director del *Centre de Recherches Historiques* en la *École Pratique des Hautes Études*. En 1956 se convierte en el verdadero director de la revista de los *Annales*²¹, que en 1946 cambió de nombre pasando a llamarse *Annales. Économies. Sociétés. Civilisations*. Bajo su dirección, el movimiento y su revista mantuvieron la hegemonía académica en Francia, pasando incólumes sobre la sacudida estructuralista de los años 50²².

18 *Ibíd.*, p. 46.

19 *Ibíd.*, pp. 54-56.

20 Este libro, que tuvo una edición limitada a un volumen en 1960, se compone de tres volúmenes con los siguientes subtítulos: “Las estructuras de lo cotidiano”, “Los juegos del comercio” y “El tiempo del mundo”.

Este libro de Braudel sufrió una crítica –a nuestro entender correctísima– del historiador del derecho español Francisco Tomás y Valiente: la de omitir solemnemente el derecho de la escena histórica moderna (hecho contradictorio con la pretensión programática de una *historia total*). F. Tomás y Valiente, “La huella del derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel” en P. Grossi (ed.). *Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti di indagine e ipotesi di lavoro (atti dell'incontro di Studio, Firenze, 26-27 aprile 1985)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 245-274.

21 *Ibíd.*, pp. 56-57.

22 Dosse, *op. cit.*, p. 251. Dice el autor: “ante el desafío de Claude Lévi-Strauss, en los años 50, los *Annales*, con Fernand Braudel, conceptualizaron la larga duración como un lenguaje capaz de unificar las ciencias sociales”.

Con todo, la cohesión que la escuela tenía cuando era regida por la batuta de Fernand Braudel finalmente se desmorona gradualmente a partir de 1968, cuando el extraordinario profesor es apartado de la dirección de la revista. En esta época, el movimiento pasa a caracterizarse por una gran variedad temática, metodológica e ideológica, quebrando la continuidad mantenida entre las épocas de Febvre y Bloch y la de Braudel. El desarrollo de esta nueva perspectiva culminará con el nacimiento de una nueva denominación para el movimiento que reivindica, por su parte, la descendencia legítima de los *Annales*: la *nueva historia*.

Según Dosse, este “nombre controlado” fue lanzado al mercado en 1978 por las grandes figuras del movimiento (entre las cuales estaban Jacques Le Goff y Roger Chartier), pero algunos textos publicados en la revista *Magazine Littéraire* en abril de 1977 ya ofrecían el nombre del movimiento²³. Las principales características de esta nueva fase son un diálogo, por parte de algunos epígonos del movimiento, con el marxismo (principalmente Michel Vovelle²⁴ y Pierre Vilar²⁵) y un desarrollo creciente del interés por la historia de las mentalidades (en la que destacan Robert Mandrou²⁶, Philippe Ariès²⁷, Jacques Le Goff²⁸, Georges Duby²⁹ y Alain Corbin³⁰ entre otros).

Según Peter Burke³¹, esta generación tiene un itinerario intelectual que va “desde el sótano hasta el ático” o, utilizando la terminología marxista, de la base económica a la superestructura. Lo especial de esta pro-

23 Esta colección de textos, entre los que se encuentra una mesa redonda con Jacques Le Goff, Emmanuel Le Roy Ladurie, Paul Veyne, Philippe Ariès y Michel de Certeau. Ver también J. Le Goff (ed.), *A História Nova*, São Paulo, Martins Fontes, 1995.

24 V.g. M. Vovelle, *Ideologia e mentalidades*, São Paulo, Brasiliense, 1987.

25 V.g. P. Vilar, *A guerra da Espanha*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.

26 V.g. R. Mandrou, *Magistrados e feitiçeiros na França do século XVII*, São Paulo, Perspectiva, 1979.

27 V.g. Ph. Ariès, *O homem diante da morte*, 2 vols., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1989.

28 V.g. J. Le Goff, *O maravilhoso e o quotidiano no ocidente medieval*, Lisboa, 70, 1990; Íd., *Os intelectuais na Idade Média*, Lisboa, Gradiva, 1984.

29 V.g. G. Duby, *O ano mil*, Lisboa, 70, 1986; Íd., *O domingo de Bouvines*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993; Íd., *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*, Lisboa, Estampa, 1982.

30 V.g. A. Corbin, *Saberes e odores*, São Paulo, Companhia das Letras, 1992.

31 Burke, *A escola*, cit., pp. 81-109.

ducción historiográfica se encuentra precisamente en el entusiasmo por la historia de las mentalidades y por el imaginario social, en la aproximación de la disciplina a la antropología (lo que abrió el enfoque a lo que se llamó *micro-historia*³²) y en la reconciliación con la política, con la forma narrativa y con el hecho³³ –inadmisibles en todo caso para los fundadores del movimiento– aunque evidentemente en un contexto totalmente diferente del utilizado por la “historia tradicional”. François Dosse, empleando una expresión de Pierre Nora, denomina esta última perspectiva, con cierto desabrimiento, “historia en migajas” (este es justamente el título de su libro sobre la escuela de los *Annales*), una historia en la que estallan diversas cronologías (económicas, políticas, mentales, etc.) que son independientes entre sí y renuncian a una visión de globalidad (la “síntesis histórica” de Bloch y Febvre). Se tiende a hacer abundantes recortes disciplinares provisionales a partir de diversas prácticas y diversos objetos históricos³⁴, haciendo que la historia deje de ser la “líder federal del mercado común de las ciencias humanas” y pase a ser solo un minero que se limita a proporcionar los materiales para las demás ciencias sociales³⁵.

2. Las principales líneas de los “Annales”

A pesar de las abundantes inflexiones y rupturas en el discurso de la escuela entre los años 1930 y 1980, el propio Dosse reconoce que es po-

32 El término se aplicó inicialmente para calificar la producción del historiador italiano Carlo Ginzburg, en especial sus libros: C. Ginzburg, *O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987; *Os andarilhos do bem: feitiçarias e cultos agrários nos séculos XVI e XVII*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988. Hay también una obra estimulante del colega de Ginzburg en la revista *Microstorie*: G. Levi, *A herança imaterial: trajetória de um exorcista no Piemonte do século XVII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000. Pero el ejemplo original de este tipo de enfoque puede verse en el libro de E. Le Roy Ladurie, *Montaillou, povoado occitânico: 1294-1324*, São Paulo, Companhia das Letras, 1997.

33 Puede ponerse el ejemplo de la vuelta al enfoque político y a la forma narrativa (y ambos ejemplos centrados, respectivamente, en un hecho o en una vida), con dos libros de un mismo autor: G. Duby, *O domingo*, cit.; *Guilherme Marechal: ou o melhor cavaleiro do mundo*, Rio de Janeiro, Graal, 1987.

34 F. Dosse, *op. cit.*, pp. 252-259.

35 *Ibíd.*, p. 252.

sible, sin embargo, definir las características comunes de esta corriente historiográfica a lo largo de todo su desarrollo³⁶. Frente a esto, en vista del propósito de este trabajo de restaurar el instrumental metodológico de la escuela para hacerla dialogar después con la historia del derecho, a partir de este momento sería necesario intentar situar las principales líneas de los *Annales*, sus continuidades (por usar un término que le es grato).

Uno de los distintivos principales de la escuela de los *Annales* fue, desde el principio, el abandono de las formas tradicionales de “contar” la historia. Es lo que comúnmente se ha denominado la transición de la *historia como narración* a la *historia como problema*. Este rasgo (como reacción directa frente a la *historia tradicional*) se percibe desde los fundadores Febvre y Bloch:

Para Marc Bloch y Lucien Febvre el historiador no puede contentarse con escribir bajo el dictado de los documentos, debe cuestionarlos, insertarlos en una problemática. Contra la historia como relato de Langlois y Seignobos, preconizan la historia como problema, origen teórico de la conceptualización futura de la historia estructural. Los cortes históricos ya no se articulan según los períodos clásicos, sino mediante los problemas puestos en evidencia y de los cuales se busca la solución. La afirmación de una historia como problema es el elemento esencial del paradigma de los *Annales* desde 1929 [...]³⁷.

Adviértase que cuestionar el objeto de estudio pretende hacerlo operativo, útil, sin los vestigios de erudición vacía que los historiadores de este movimiento ven en la historia tradicional. La historia no puede estar centrada en el pasado, sino que debe tener un ojo en el presente pues el ayer y el hoy están indisolublemente ligados. Es Braudel quien afirma que “¿no es el presente en gran parte presa de un pasado que se obstina en sobrevivir, y el pasado, por sus reglas, diferencias y semejanzas, la clave indispensable para cualquier comprensión seria del presente?”³⁸.

Este cuestionamiento del discurso histórico tiene evidentemente diversos pilares que lo hacen posible. Uno de ellos es el nuevo modo de aprovechar las fuentes de investigación. Peter Burke enfatiza que el gran mérito de Ranke había sido su exposición de las limitaciones de las fuentes narrativas (crónicas) y su énfasis en la necesidad de buscar la historia

36 *Ibid.*, p. 250.

37 *Ibid.*, p. 76.

38 F. Braudel, *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 10.

escrita en registros *oficiales*. Entre tanto, según Burke, el precio de esta contribución fue el descuido de otros tipos de evidencia:

El período anterior a la invención de la escritura fue dejado de lado como “prehistoria”. Pero el movimiento de la “historia desde abajo” puso a su vez de manifiesto las limitaciones de este tipo de documentos. Los registros oficiales expresan en general el punto de vista oficial. Para reconstruir las actitudes de los herejes y de los rebeldes, estos registros necesitan ser sustituidos por otro tipo de fuentes³⁹.

El propio Marc Bloch, en un libro que escribió para dar una respuesta al manual de Langlois y Seignobos sobre la ciencia de la historia, asegura que “tras los trazos visibles del paisaje, de los utensilios y de las máquinas, tras los documentos escritos aparentemente más fríos y las instituciones aparentemente más distanciadas de los que las elaboraran están precisamente los hombres a los que la historia pretende comprender”⁴⁰.

En efecto, con la escuela de los *Annales* la historia pasa a hacer uso de las más variadas fuentes (que van desde diarios de adolescentes⁴¹ hasta restos arqueológicos). Más allá de eso, uno de los instrumentos más utilizado y aplicado con entusiasmo especialmente en los años 50 e 60 (aunque haya servido de lastre para la historia de las mentalidades de los años 70) fue la historia cuantitativa o historia serial. Inicialmente utilizada en el campo económico (en particular en la historia de los precios, especialmente por Ernest Labrousse), la utilización de las estadísticas pretendió dar más objetividad a las conclusiones. El libro de Labrousse *Esquisse du mouvement des prix et des revenus en France au XVIIIe siècle*, publicado en 1933, causó una profunda influencia en la historiografía francesa durante más de cincuenta años⁴² y trató de emprender un riguroso estudio cuantitativo de la economía francesa del siglo XVIII. Entre muchos gráficos, tablas y demostraciones de ciclos económicos, demostró que la crisis de las cosechas y de la economía en general a finales de los años 80 del siglo XVIII fue una importante condición previa a la eclosión de la revo-

39 Burke (ed.), *A escola*, cit., p. 13.

40 M. Bloch, *Introdução à história*, 5ª ed., s/l, Publicações Europa-América, s/f, p. 28.

41 Es lo que hizo Alan Macfarlane para reconstituir lo que él llama la historia del matrimonio y del amor entre 1300 y 1840, A. Macfarlane, *História do casamento e do amor*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.

42 Burke, *A escola*, cit., p. 67.

lución francesa⁴³. La historia cuantitativa dio lugar a una importante línea de investigación, la historia demográfica, y más tarde invadió también los dominios de la historia social y de las mentalidades.

Adviértase que esta tendencia se entiende también como el abandono de la historia política; o, mejor, como la reacción ante la idea (típica de la “historia tradicional”) de que la historia era esencialmente política. Para los integrantes del movimiento de los *Annales* “todo tiene historia” (lo demuestran bien las producciones sobre las mentalidades y el imaginario social). Desde ahí se percibe una explosión temática notable, con enfoques tan inusitados como la muerte⁴⁴, el miedo⁴⁵, el lenguaje⁴⁶, la impotencia⁴⁷, las lágrimas⁴⁸, y esto sin mencionar el enfoque de Michel Foucault que causó un profundo impacto en la historiografía francesa. Es evidente que esta nueva dirección teórica abre una vía antes inexistente para la “historia desde abajo”, la “historia de los vencidos”, que carecía de lugar desde la perspectiva política, ya que es el lugar de los “grandes” por excelencia.

Lo que los historiadores de los *Annales* procuran evitar, pues, es el enfoque que puede resumirse en la frase de Sir John Seeley, catedrático de historia en Cambridge en la época victoriana: “la historia es la política del pasado; la política es la historia del presente”⁴⁹. Y esta reacción, que fue al principio visceral por parte de los fundadores del movimiento (como forma de reacción y de combate contra la “historia tradicional”), acabó siendo amortiguada por la “nueva historia”, como ya vimos a través de los ejemplos de las obras de Georges Duby.

A estos nuevos temas y a las nuevas fuentes que son utilizadas, corresponde un enfoque nuevo y original sobre el tiempo, que corresponde también a una reacción contra la forma de abordar la periodización por parte de la “historia tradicional”. Como dice Dosse

Uno de los acontecimientos esenciales de esta orientación del discurso de los *Annales* res-

43 *Ibíd.*, p. 68.

44 Ph. Ariès, *op. cit.*

45 J. Delumeau, *La historia do medo no ocidente: 1300-1800*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

46 P. Burke, *A arte da conversação*, São Paulo, Unesp, 1995.

47 P. Darmon, *O tribunal da impotência*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

48 A. Vincent-Buffault, *Historia das lágrimas*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

49 En Burke (ed.), *A escrita*, cit., p. 10.

pecto a lo económico, la vida material y la geografía, es la larga duración. El tiempo breve de los regímenes y de los reinados fue sustituido por el tiempo largo. El historiador tiende a privilegiar lo que dura, lo que se repite, para poder establecer los ciclos largos, las tendencias seculares. Esa Nueva historia, por tanto, rompe también en este plano con la historia historicizante y puramente fáctica que aún domina a comienzos del siglo XX (...) ⁵⁰.

Pero a pesar de la presencia de esta noción en la obra de los fundadores, fue Fernand Braudel quien dio mayor rigor a este nuevo enfoque. En su *Mediterráneo*, Braudel descompone la historia en tres planos: un tiempo geográfico, un tiempo social y un tiempo individual o, si se prefiere, en historia estructural, cíclica y fáctica. Según sus palabras, existe “[...] en la superficie, una historia de los acontecimientos que se inscribe en el tiempo corto [...]; a mitad de la pendiente, una historia cíclica que sigue un ritmo más lento [...]; en las profundidades, una historia estructural, de larga duración, que abarca siglos” ⁵¹.

Así pues, la historia de los acontecimientos sería el nivel más pobre del discurso histórico, “una agitación de la superficie [...]. Una historia con oscilaciones breves, rápidas y nerviosas” ⁵², sería solamente “la espuma de las olas del mar de la historia” ⁵³. La coyuntura sería el tiempo medio, el tiempo de la historia social, un espacio de décadas. Y la “larga duración” o nivel estructural sería el correspondiente a las corrientes marítimas, invisibles en la superficie pero decisivas para la explicación de la historia, “una historia casi inmóvil, la de los hombres y sus relaciones con el medio que les rodea; una historia que pasa y transforma lentamente, hecha muchas veces de regresos reiterados, de ciclos siempre reanudados” ⁵⁴.

Como se ve, Braudel, como recurso explicativo, insiste en la existencia de una “geohistoria” muy lenta y decisiva. Esta influencia, que ya mostró ser importante en las obras de Febvre y Bloch (en especial por la influencia del geógrafo Vidal de la Blache ⁵⁵), adopta una posición central en las obras de Braudel:

50 Dosse, *op. cit.*, p. 82.

51 Braudel, *Escritos sobre a história*, cit., pp. 112 y 119, en Bourdè/Martin, *op. cit.*, p. 131.

52 *Ibíd.*, p. 130.

53 Burke (ed.), *A escrita*, cit., p. 12.

54 Braudel, *O mediterrâneo e o mundo mediterrâneo na época de Felipe II*, en Bourdè/Martin, *op. cit.*, p. 129.

55 Dosse, *op. cit.*, p. 79.

La geografía le permite valorar la larga duración, aminorar el peso del hombre como actor de la historia al sustituirlo por un sujeto espacial, en este caso el Mediterráneo, transformado en sujeto de la historia: “la geografía es el medio por excelencia para disminuir la velocidad de la historia” (F. Braudel, *Magazine littéraire*, (nov. 1984), p. 18.). De este modo, con su tripartición temporal, Fernand Braudel puede tener acceso a la historia casi inmóvil, primordial para él, en una arquitectura en la que la geohistoria se identifica, por tanto, con una duración mucho más larga⁵⁶.

Colocada, pues, como el soporte de la “larga duración”, Braudel traza el programa de la geohistoria de la siguiente manera:

Colocar los problemas humanos tal como se exhiben en el espacio y, si es posible, cartografiados, una geografía humana inteligente; [...] los sitúa en el pasado teniendo en cuenta el tiempo; destacar la geografía de esta persecución de las realidades actuales que son las únicas prácticamente a las que se aplica, la obliga a reflexionar de nuevo, con sus métodos y su espíritu, sobre las realidades pasadas. Desde la geografía histórica tradicional a la manera de Longnon, dedicada casi exclusivamente al estudio de las fronteras de los Estados y de las circunscripciones administrativas sin preocuparse de la tierra, del clima, del suelo, de las plantas y de los animales [...], hacer una auténtica geografía humana retrospectiva; obligar a los geógrafos (lo que sería relativamente fácil) a prestar más atención al tiempo, y a los historiadores (lo que sería más difícil) a preocuparse más por el espacio (Mediterráneo, 2ª ed., vol. 2, p. 295)⁵⁷.

Y esta unión con la geografía no puede ser abordada como algo específico de la metodología de los *Annales*, sino que debe incluirse en el esfuerzo (que es el núcleo del propio movimiento) por ser multidisciplinar, cubriendo el terreno de la historia en diferentes áreas. Además, estos historiadores buscaron una “historia total”, o “historia de síntesis”, que penetrara en todos los ámbitos de las ciencias humanas. Peter Burke, al final de su estudio sobre la historiografía francesa, concluye que esta es incluso la mayor contribución del grupo de los *Annales*⁵⁸. Aunque Dosse⁵⁹ (y también Ciro Flamarion Cardoso⁶⁰) muestre reservas ante la autodenominada “nueva historia”, pues perdió la perspectiva humanista globalizan-

56 *Ibid.*, p. 137.

57 Bourd /Martin, *op. cit.*, p. 129.

58 Burke, *A escola*, cit., p. 126.

59 *Op. cit.*, p. 252.

60 C.F. Cardoso, “Historia e paradigmas rivais” en  d./Vainfas (eds.). *op. cit.*, p. 16.

te y se dedicó al análisis de la “microhistoria”, siempre con conclusiones parciales, el hecho es que al menos la primera y la segunda generación de la escuela francesa tenían como enunciado principal el debate ininterrumpido con las demás ciencias sociales⁶¹ y derribar las fronteras entre ellas para instaurar una reflexión que elevara el pensamiento espacio-temporal. La historia incluiría los problemas de las diversas ciencias humanas buscando una interpretación globalizadora, de síntesis, que fuese capaz de dar cuenta de toda la realidad a la que el historiador se enfrentase. Se condenaba la división estrecha del saber, como se puede ver en este pasaje que es tan representativo de la escuela como inspirador para los demás científicos sociales (como el jurista, por ejemplo), escrito por Lucien Febvre en sus “combates por la historia”: “Historiadores, sed geógrafos. Sed también juristas y sociólogos y psicólogos”⁶².

La búsqueda del hombre en la historia (y de la historia en el hombre), en la más amplia acepción a la que el término puede dar lugar, es el objetivo de la escuela de los *Annales*, que aporta de hecho a los historiadores todo un instrumental de análisis absolutamente renovador y fecundo. Como dice Nilo Odália en un texto que sirve para la valoración del movimiento y que también puede servir de cierre para este punto.

Gracias sobre todo a la obra realizada por la Escuela de los Annales, desde Bloch y Febvre hasta sus más recientes representantes, el historiador puede retomar su trabajo de reconstrucción del pasado en un nuevo contexto cualitativamente diferente, liberado de las cadenas del finalismo y abierto a la contribución de todas las ciencias humanas, poniendo las condiciones para que la historia pueda ser el privilegiado terreno común de la gran empresa en que consiste la búsqueda del hombre⁶³.

3. Los “Annales” y la historia del derecho: dificultades iniciales del diálogo

A pesar de la invitación antes mencionada de Lucien Febvre a los historiadores en el sentido de que también debían “ser juristas”, y a pesar de la búsqueda de la “historia total” por parte de las dos primeras generaciones de la escuela de los *Annales*, el hecho es que la mayoría abrumadora de los

61 *Ibíd.*, p. 8.

62 En Burke, *A escola*, cit., p. 12.

63 N. Odália, *O saber e a história: Georges Duby e o pensamento historiográfico contemporâneo*, São Paulo, Brasiliense, 1994, pp. 20-21.

historiadores franceses de este movimiento (con la necesaria excepción de Marc Bloch) casi no prestó atención al objeto “derecho”. Hubo en realidad una dificultad para el diálogo y un alejamiento que impedirían, a lo largo del siglo XX, que se consumase esta conexión.

Esta es también la opinión de António Manuel Hespanha⁶⁴, que también busca comprender los porqués de tal distanciamiento. Y es que los *Annales* surgieron justamente como reacción a una historia política (de cuño positivista) con la que la historia del derecho siempre parecía identificarse. Y sus metas de superación de la factualidad positivista, el esfuerzo interdisciplinar, el rigor teórico y la preocupación por el presente se oponen sin duda alguna a todo lo que se hacía en términos de historia del derecho hasta entonces. Y, de hecho, realizó el inventario de las divergencias específicas existentes, al menos en principio, entre el oficio del historiador del derecho (al menos el historiador del derecho *tradicional*) y la perspectiva de la escuela francesa: en primer lugar, hay que mencionar que la historia de los *Annales* surge precisamente como una reacción a la perspectiva fáctica y política de la historia –siempre centrada en el Estado y, por reflejo, en el derecho–. Desde esta postura, el derecho es siempre abordado de modo elitista e individualizador, con el vicio teórico (ya señalado cuando se habló del “positivismo histórico”) de reducir la historia del derecho a la historia de las normas o de las construcciones doctrinales sobre estas normas⁶⁵.

En segundo lugar, cabe observar que si el método cuantitativo (que es un de los rasgos centrales de los *Annales*) recoge por naturaleza los “hechos” (pues solo ellos pueden ser cuantificables), este procedimiento no tendría espacio en una historia del derecho de este tipo, porque los juristas, tradicionalmente, separan el “hecho” de la “norma”, como si fuesen realidades absolutamente incomunicadas, divorciadas e independientes entre sí. Así, solo la historia social (que prefiere y utiliza los hechos) podría hacer uso de este procedimiento básico de esta corriente, de modo que la historia del derecho (solamente preocupada por las normas) sería incapaz de utilizar dicho recurso⁶⁶.

En tercer lugar, la historia tradicional (del derecho) siempre se

64 A.M. Hespanha, «Nova história e história do direito», *Vértice*, 46 (abril/junio 1986), n. 470-472, p. 17.

65 Hespanha, *Nova história*, cit., p. 18.

66 *Ibid.*, pp. 18-19.

ocupó básicamente de la “corta duración” —como las innovaciones legislativas o los “descubrimientos” doctrinales, relegando siempre las “estructuras” o las “continuidades”—. Cuando prestaba atención a la “larga duración” lo hacía inventariando las “tradiciones jurídicas” con una larga persistencia, valiéndose de un procedimiento lineal y progresivo para justificar la existencia *presente* de una determinada tradición y no de otra. Además, no es raro que tal postura positivista acredite los méritos de una obra o un autor por la duración de esta “influencia”⁶⁷.

En cuarto lugar, el propio marco institucional de la historia del derecho, confinada en las facultades de Derecho y limitada a fines y objetivos estrictamente jurídicos, no ayudaba al diálogo con los historiadores sociales. De hecho, los propósitos de las investigaciones históricas del derecho parecían limitarse a la interpretación histórica de las normas o a la demostración de cómo el derecho actual es el resultado lógico y coherente de la historia⁶⁸.

Finalmente, en quinto lugar se puede advertir que, justamente en virtud de la linealidad armónica del discurso historiográfico jurídico tradicional, de su aparente continuidad y su identidad genealógica entre el derecho pasado y el derecho presente, el tránsito por el terreno teórico de la historia del derecho acababa exigiendo un requisito básico: que el “historiador” del derecho fuese también jurista⁶⁹ (o, poniéndolo de un modo tal vez más apropiado, exigía que el jurista tuviese inclinaciones históricas).

Paolo Grossi va en la misma línea: afirma que es comprensible este alejamiento ya que, en una primera aproximación, la

historiografía jurídica (tradicional) se encarna [...] en un grupo de investigadores documentalistas, dominados por el culto positivista y tal vez hasta formalista del documento escrito, narradores de la historia ligada a las formas. Fórmulas, nombres, liturgias, datos sin alma, casi fabricantes de sombras, distantes de una historia hecha de carne y de mentalidades como la perseguida por los programas innovadores de Febvre y Bloch⁷⁰.

67 *Ibid.*, p. 19.

68 *Ibid.*, p. 20.

69 *Ibid.*

70 P. Grossi, “Storia sociale e dimensione giuridica” en *Íd.* (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti di indagine e ipotesi di lavoro (atti dell'incontro di Studio, Firenze, 26-27 aprile 1985)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 10-11.

4. Los “*Annales*” y la historia del derecho: un fructífero encuentro

Tras buscar las razones de este distanciamiento, el historiador del derecho italiano aún añade: “pero, sinceramente, lo que no conseguimos entender es la desconfianza programática y general respecto a lo jurídico, el hecho de apartarlo de la lista de las ciencias sociales, su condenación al exorcismo más humillante: el silencio. Cuando se comprueba que parte de la *nouvelle histoire* maneja instrumentos que son intrínsecamente jurídicos [...]”⁷¹.

Y esta es la cuestión: si la diferencia de posturas puede explicar los motivos del alejamiento inicial de la historiografía jurídica (sobre todo la de matiz más tradicional) y el movimiento historiográfico francés, por otra parte, no se pueden justificar las razones por las que los historiadores de los *Annales* jamás se aproximaron al derecho. Así, si tal divorcio tiene una explicación, no tiene razón de ser. Más aún: esta incompatibilidad advertida al principio no puede y no debe implicar una antipatía permanente, ya que es realmente posible el entendimiento entre la disciplina que se ocupa específicamente del pasado jurídico y la metodología de los *Annales*. Y una vez más, Hespanha y Grossi lo demuestran de un modo indudable.

Hespanha apunta a la necesidad (ignorada por los más formalistas) de observar el derecho en la sociedad, estrategia esta que “domina la historiografía contemporánea a partir de la *École des Annales* y lleva a una historia del derecho íntimamente ligada a la historia de los diversos contextos (cultura, tradiciones literarias, estructuras sociales, creencias religiosas) con los cuales (y en los cuales) opera el derecho”⁷².

Además, existe la necesidad de enfrentarse al estudio del discurso jurídico como algo que posee una estructura histórica relativamente autónoma frente a las intenciones de los sujetos y que es capaz de crear conceptos, modelos e incluso instituciones. Precisamente por esto es por lo que el lenguaje del derecho puede (y debe) ser objeto de estudio. El arraigo del discurso jurídico en la práctica social, así como el establecimiento de relaciones complejas y ambivalentes entre ellas, es algo que no puede ser ignorado por la historia del derecho. Todo este

71 *Ibid.*

72 A.M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, s/l, Europa-América, 1997, p. 23.

terreno de discusión comprende desde la perspectiva “arqueológica” de Foucault⁷³, que prefiere las articulaciones discursivas y del saber como constitutivas de las prácticas e incluso de los sujetos, hasta la denominada *historia social del lenguaje*, que enfatiza la historia del “hablar”, la historia de la comunicación, poniendo de manifiesto la importancia del lenguaje en la vida cotidiana, presente y pasada⁷⁴. La correlación de este enfoque con una “historia nueva” es subrayada por Hespanha:

Es fácil comprobar que las líneas directrices de esta estrategia de investigación se encuentran entre los temas preferidos de la Nueva Historia: el retroceso respecto a lo manifiesto y a la búsqueda del discurso inconsciente; el desenmascaramiento de las estrategias de poder (camufladas bajo una capa “científica”, “teórica” y “descriptiva”); la investigación de las continuidades discursivas (la “lengua” de los juristas) subyacentes en la invención cotidiana profunda (su “lenguaje”); la relevancia conferida a la función supletoria de la persuasión subliminal (“inculcación”) en detrimento de la violencia. Todos estos temas aparecieron en el universo teórico que reivindica la Nueva Historia⁷⁵.

Una segunda estrategia de investigación de la historia del derecho vinculada a la “nueva historia”, según Hespanha, se refiere a las nuevas formas de enfocar la cuestión del poder. El rebrote de la historia política en la última fase de los *Annales* (lo que dio a la investigación, en este punto, una orientación diferente a la empleada por los fundadores del movimiento, totalmente contrarios a la política) ocasionó consecuencias importantes para el derecho. El poder es visto aquí de forma descentralizada y no necesariamente vinculada al “Estado”, haciendo así que las perspectivas de análisis político puedan multiplicarse. Aquí son importantes tanto los conceptos gramscianos de “dirección” y “dominio” (esto es: la delimitación de la existencia de relaciones de poder tanto en la instancia burocrática estatal –la “sociedad política”– como en los aparatos carentes de hegemonía –“la sociedad civil”–) como el concepto foucaultiano de “disciplina” (entendida como los medios de sujeción existentes en una sociedad determinada, que se imponen mediante los mecanismos “capilares” de poder y no por los estatales). Lo importante es que se descubren nuevos objetos y nuevos problemas para la historia del derecho:

73 Articulada sobre todo en Foucault, *As palavras e as coisas*, cit.

74 Burke, *A arte da conversação*, cit., p. 9. Sobre este tema véase también P. Burke/R. Porter (eds.), *História social da linguagem*, São Paulo, Unesp/Cambridge, 1997.

75 Hespanha, *Nova história*, cit., p. 30.

las relaciones jurídicas no están unidas a los problemas existentes entre el súbdito y el Estado, tal como lo concibe la doctrina jurídica tradicional. La estructura difusa, asistemática y pluralista de los órdenes jurídicos históricos se pone al desnudo⁷⁶. El Estado es destituido del trono como único foco de poder y ahora puede ser identificado en varios lugares de la sociedad: en las prisiones, en la familia, en la policía, en las fábricas, en los parlamentos, etc.⁷⁷. Según Hespanha

Los nuevos enfoques descubren la autonomía del funcionamiento político de las burocracias, los desafíos del poder que están en juego en la espesura del medio administrativo. El paradigma “estatal” ignoraba el mundo político y jurídico informal o “ilegal”, esto es, el mundo del derecho de las comunidades rurales o marginadas, los procesos de composición informal de los conflictos, los mecanismos “jurídicos” y “políticos” de corrupción (contemplada como sistema alternativo de organización y de distribución del poder)⁷⁸.

Ya Paolo Grossi, en la misma línea, manifiesta que “el aislamiento ha quedado atrás”⁷⁹. Existen muchos aspectos en los cuales el jurista puede incluso ser un interlocutor privilegiado del historiador (vinculado a los *Annales*), con una serie de opciones de fondo comunes, entre las cuales se pueden señalar al menos *tres*: en primer lugar, usando las bellas palabras de Grossi, la

desconfianza hacia lo factual, hacia lo que sucede en la rápida vorágine de lo cotidiano. Lo jurídico no arraiga en lo cotidiano, nunca se agota en la superficie de una realidad, sino que es siempre el vértice vigoroso de un arraigo profundo que busca en las profundidades de una civilización. El sofisma parcial del abogado, la construcción artificiosa del doctor, la ley insensata del tirano son la máscara simiesca del derecho, son su epifanía aberrante y monstruosa, que nada tiene en común con el armónico ordenamiento social arraigado en la costumbre y en sus valores y al que el derecho encomienda su figura más auténtica⁸⁰.

Es decir: el historiador del derecho debe confiar –como hacen los historiadores franceses– en los estratos más profundos de la realidad ju-

76 A.C. Wolkmer, *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*, São Paulo, Alfa-Ômega, 1994, pp. 23 ss.

77 Hespanha, *Nova história*, cit., pp. 30-31.

78 *Ibid.*, pp. 32-33.

79 Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., pp. 12-13.

80 *Ibid.*, pp. 14-15.

rídica, comprendiendo que la superficie es el nivel más pobre de análisis para comprender la realidad⁸¹.

En segundo lugar, el jurista, tanto como el historiador de los *Annales*, debe atender a la larga duración. Empleando las palabras insustituibles de Grossi, “este es el tiempo real del derecho, porque es el tiempo de los estratos profundos, del nivel más estable en el que el *ius* tiene sus raíces, en el que el cambio es como el movimiento inmóvil de los glaciares, en el que se asientan valores, costumbre y mentalidades”⁸². En efecto, es lo que hace Grossi en su introducción al libro *El orden jurídico medieval*, cuando señala la necesidad de enfocar las “experiencias jurídicas”, término tomado del filósofo del derecho italiano Giuseppe Capograssi y que indica un enfoque histórico-jurídico asentado siempre en ciclos largos, en continuidades⁸³. Y aquí es interesante advertir que el terreno de las “mentalidades”, tan apreciado por la escuela francesa, es recuperado de modo explícito por Grossi, al tiempo que su comprensión se vincula a los “ciclos largos”, ya que en el libro antes citado sobre *El orden jurídico medieval* se impone como tarea más importante el “penetrar en el terreno secreto, en la red escondida [...], descendiendo hasta el espacio arduo y arriesgado pero gratificante de las mentalidades”⁸⁴.

Por fin, en tercer lugar, concediendo espacio una vez más al rico lenguaje grossiano,

[...] junto a ello, lo incómodo de una cronología sin raíces es lo incómodo del mito originario, la particular atención prestada por el contrario al momento sincrónico. Ligado como está a los valores irrepetibles de una civilización, el universo del jurista está marcado por los límites de la experiencia que en ella se produce. A sus ojos, el problema de la “continuidad”, viejo vicio de la historiografía positivista nunca abandonado, huele a formalismo por el modo esquemático y superficial en que se presentó tradicionalmente⁸⁵.

En resumen: la escuela de los *Annales* tiene mucho que dialogar

81 Para profundizar en esta noción de lo “jurídico”, véase P. Grossi, *Primeira lição sobre derecho*, São Paulo, Forense, 2006.

82 Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., p. 15.

83 P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 1995, pp. 22 ss. Véase también, a este respecto, Grossi, *Primeira lição sobre derecho*, cit.

84 Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 6.

85 Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., p. 16.

con el historiador del derecho (lo que es cierto también a la inversa)⁸⁶, para construir nuevos territorios de exploración, nuevos instrumentos de investigación, y para detectar nuevos problemas.

86 Como señala Jacques Le Goff en un reciente libro de entrevistas en el cual lamenta no haberse percatado antes del universo jurídico: J. Le Goff, *Alla ricerca del medioevo*, Roma/Bari, Laterza, 2003, pp. 120-121.

El mismo Jacques Le Goff, invitado al congreso florentino *Storia sociale e dimensione giuridica*, al final de los debates, tuvo palabras finales interesantes respecto de la relación de los historiadores con los historiadores del derecho: «Si estoy aquí para confesar mi ignorancia, también estoy para decir que quiero un diálogo en determinadas condiciones con los historiadores del derecho. Es absolutamente cierto, como señala el profesor Hespanha, que los historiadores tienen miedo de los historiadores del derecho, y si analizara el miedo que tuve y que aún tengo aquí, creo que, desde un punto de vista científico, sería interesante para nuestro propósito, pero no estoy aquí para confesar mis sentimientos», Le Goff, en Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., pp. 449-450.

EL MATERIALISMO HISTÓRICO Y LA HISTORIA DEL DERECHO

en la lucha de clases
todas las armas son buenas
piedras, noches, poemas.

Paulo Leminski

1. *Para delimitar el tema*

Es evidente que el título de este texto no corresponde al pretencioso empeño de diseccionar el marxismo o incluso el marxismo en la historia (o la historia en el marxismo). Un simple propósito en este sentido no pasaría de ser, desde luego, un *esfuerzo* de reflexión, por más completo que fuese.

El marxismo es un tema, por lo demás, controvertido y peligroso de abordar —lo que debe aumentar la cautela de quien se ocupa de él— por dos razones básicas: primero, porque, además de un estudioso de las ciencias sociales y de un marco para las reflexiones sobre las ciencias humanas, Marx es un pensador político cuyas ideas (o cierto uso de ellas) habían servido de pilar para movimientos sociales y políticos de gran importancia en todo el mundo en los últimos cien años; segundo, porque discutir sobre el “marxismo” es algo que no existe: se discute un determinado *marxismo*, de una determinada *lectura* de Marx. Las lecturas e interpretaciones de este autor son tan variadas —algunas veces incluso opuestas— que cualquier apropiación del ideario de Marx sería una tarea temeraria.

Así pues, aquí se quiere delimitar la modesta pretensión de este tema: en un primer momento, presentar las ideas de Marx en una deter-

minada interpretación. Es decir, no se quiere abordar todo el complejo temático del autor o presentar una evaluación general de su obra o de sus ideas (lo que sería muy difícil y estaría más allá de las pretensiones de este texto); al contrario, se pretende centrar la atención en los tópicos referentes a la reflexión marxista sobre la historia, sin querer decir con esto, evidentemente, que existe en Marx una teoría de la historia aislada, diferente de la teoría sociológica o de la teoría económica. Solo se buscan los principales conceptos operativos de Marx sobre la historia, apuntando las líneas maestras de su esfuerzo de comprensión del pasado humano. En un segundo paso, la idea es cuestionar las premisas del uso que se hace de la obra de un influyente historiador marxista del siglo XX –Edward Thompson– en lo que se refiere a su peculiar, rica y original apropiación (siempre dentro de los esquemas del marxismo) del objeto derecho. Eso se justifica en la medida en que el uso *thompsoniano* de la noción de *derecho* acabó por tener un enorme éxito en la historiografía brasileña (aunque no solo en ella), especialmente cuando esta se enfrentó a temas concernientes a la esclavitud (sobre todo, los estudios que utilizaron principalmente las leyes esclavistas y los procesos de libertad). Y creo que algunos elementos de este empleo merecen una reflexión algo más escrupulosa.

2. *Marxismo e historiografía*

En la reflexión marxista, es incuestionable la importancia de la historia como terreno de observación y como parte del método del sistema de comprensión general de la sociedad. No fue casual que en su libro *La ideología alemana*, Marx y Engels escribieran una frase emblemática (aunque después la tacharan del manuscrito original): “Conocemos solo una ciencia, la ciencia de la historia”¹.

Pero, para iniciarnos en el modo en que el marxismo se relaciona con la historia, tal vez sea interesante examinar primero el funcionamiento del modelo epistemológico del marxismo mediante una relación muy complicada: la relación entre el sujeto y el conocimiento. El marxismo procede a una mediación dialéctica entre el sujeto y lo que es conocido, al revés de teorías como el positivismo, por ejemplo, que conciben el sujeto

1 K. Marx/F. Engels, *A ideologia Alemã*, São Paulo, Hucitec, 1987, p. 23. Esta cita fue suprimida por los autores del manuscrito original.

de una forma totalmente pasiva, de modo que el conocimiento es totalmente externo a él (el objeto tiene una exterioridad que le aparta irremediabilmente del sujeto), así como de las teorías idealistas que, de un modo diferente, limitan la postura activa del sujeto en el proceso de conocimiento. Se trata de la mediación de la *práctica*, que proporciona lo que Ciro Flamarion Cardoso llama *teoría modificada del reflejo*². Karl Marx explicó bien esta teoría en sus *Tesis sobre Feuerbach*. En la tesis II se lee lo siguiente:

La cuestión de saber si cabe en el pensamiento humano una verdad objetiva no es una cuestión teórica, sino práctica. Es en la praxis donde el hombre debe demostrar la verdad, esto es, la realidad y el poder, el carácter terrenal de su pensamiento. La disputa sobre la realidad o irrealdad del pensamiento aislado de la práctica es una cuestión puramente escolástica³.

Esta teoría tiene una consecuencia inmediata en el estudio de la historia: dado que los procesos pasados no pueden transformarse, nosotros los conocemos a través de las transformaciones constantes de sus imágenes consecutivas en función de los cambios que intervienen en la práctica social⁴. Esto significa que la historiografía marxista actúa sobre la realidad, se considera participativa: la percepción de los factores que se hallan en el pasado orienta la práctica social en relación con la intervención en las estructuras presentes, de forma que, en este sentido, existe una vinculación entre el pasado y el presente.

En cuanto a este particular –que es primordial en la comprensión de la historiografía marxista– Pierre Vilar afirma con acierto que

[...] es también una historia militante. Y al mismo tiempo, directamente o por alusiones, es una historia de la actualidad. Se coloca así en el lado opuesto de la historia positivista, que pretende ser objetiva y requiere un distanciamiento temporal, acabando por reducir la historia a mera curiosidad por el pasado deliberadamente “insignificante”. Toda narración de acontecimientos, todo análisis de causas encubre, por sus inevitables elecciones, una ideología, poco nociva cuando es declarada y peligrosa cuando está oculta⁵.

2 C.F.S. Cardoso, *História e paradigmas rivais*, en Cardoso/Vainfas, *op. cit.*, p. 5.

3 En Marx/Engels, *op. cit.*, p. 12.

4 Cardoso, *História e paradigmas*, cit., p. 5.

5 P. Vilar, *Marx e a história*, en E.J. Hobsbawm (ed.), *História do marxismo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e terra, 1983, p. 119.

Así, como teoría revolucionaria que es, la visión marxista de la historia cumple también, en el proceso de conocimiento, una función de transformación del presente.

Pero esto no significa que esta historiografía sea relativista o inferior respecto a una prioridad política revolucionaria: es la propia teoría del conocimiento marxista la que enfatiza la *práctica* como mediación necesaria entre el sujeto y el objeto del conocimiento. Además, el marxismo se esfuerza en partir de presupuestos concretos y reales para comenzar la reflexión histórica. De hecho, el punto de partida de Marx y Engels en su libro *La ideología alemana* –libro en el que, según Vilar, se aborda realmente el problema de la historia como ciencia⁶– es la propia naturaleza: siguiendo a sus autores, toda la historiografía debe partir de los fundamentos naturales y su modificación a lo largo de la historia por la acción del hombre⁷. De esta forma, se llega a una de las ideas centrales de esta teoría: la historia del hombre se diferencia de la de los animales y la naturaleza a partir del momento en que el hombre comienza a producir sus medios de vida. La producción y la transformación de la naturaleza por el trabajo son el signo fundamental de la evolución del género humano a través del tiempo. Existe, pues, una primacía de la producción. Dicen Marx y Engels en *La ideología alemana* que “se puede distinguir a los hombres de los animales por la conciencia, por la religión o por todo que se quiera. Pero ellos mismos comienzan a diferenciarse de los animales tan pronto como comienzan a producir sus medios de vida”⁸.

La historia, a partir de ahí, se transforma en un “proceso de vida activo” y se vuelve comprensible. Como dice Marx en otro texto, “en la producción social de la propia existencia, los hombres mantienen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales”⁹.

Así, es en el proceso productivo donde aparecen dos de los principales conceptos de la lógica histórica marxista: las relaciones de producción y las fuerzas productivas. El primero de ellos debe entenderse en conexión con las relaciones sociales que los hombres establecen entre sí

6 *Ibid.*, p. 100.

7 Marx/Engels, *op. cit.*, p. 27.

8 *Ibid.*

9 K. Marx, “Prefácio” a *Contribuição à crítica da Economia Política*, en Marx/Engels, *História*, cit., p. 233.

para producir y dividir los bienes y servicios que producen; no son simplemente fuerzas materiales, sino que son humanas. Y el segundo concepto (fuerzas productivas) debe definirse como el conjunto de las fuentes de energía (como la madera, el carbón o el petróleo, por ejemplo), de las materias primas (hierro o caucho, por ejemplo) y de las máquinas, además de los conocimientos científicos y técnicos de los trabajadores¹⁰.

En cada época existen unas determinadas fuerzas productivas a las que corresponden unas determinadas relaciones de producción. Y la manera como se da la conexión entre unas y otras determina el modo de producción propio de cada época histórica. Esto es: el modo de producción es precisamente el concepto que une las relaciones sociales de producción existentes en una determinada época con el grado de desarrollo histórico de las fuerzas productivas también existentes. De esta síntesis surge una estructura histórica determinada, relativamente duradera y con características específicas (en la producción y en las relaciones sociales que de ella proceden).

El modo de producción es tal vez el concepto fundamental en el análisis histórico del marxismo. Es una estructura determinada y determinante, expresa un todo social en su sistema de funcionamiento y desarrollo¹¹. Según Braudel, el genio de Marx está precisamente en el hecho de fabricar auténticos modelos sociales (los modos de producción) a partir de la larga duración¹².

En su visión dialéctica, Marx y Engels captaron la dinámica propia de los modelos de producción. Comprobaron que existe un germen de cambio intrínseco en su estructura, a partir justamente de las modificaciones en la propia base productiva, en la infraestructura (entendida esta como el conjunto de las relaciones productivas así como de las fuerzas de producción presentes en una sociedad determinada). Marx explica este proceso de la siguiente forma:

En cierta etapa de su desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo seno se habían desarrollado hasta entonces. De formas evolutivas de las fuerzas productivas existentes, esas relaciones

10 Bourd /Martin, *op. cit.*, p. 154.

11 *Ibíd.*, p. 156.

12 En Bourd /Martin, *op. cit.*, p. 156.

se transforman en obstáculos. Se abre entonces una época de revolución social. La transformación que se produjo en la base económica perturba más o menos lenta o rápidamente toda la colosal superestructura¹³.

¿Cuántos modelos de producción existen en Marx? Esta cuestión, al contrario de lo que hicieron muchos, no se presta a una lectura simplista, ya que los modelos de producción nunca fueron fijados de manera precisa. En los *Principios de una crítica de la economía política* de 1858 Marx presenta la existencia de una comunidad tribal, mientras que en la *Crítica de la economía política*, del mismo año, menciona un “modo de producción asiático”, ninguno de ellos presente en el elenco anteriormente elaborado en *La ideología alemana* (escrita entre 1845 y 1846)¹⁴. Esto demuestra que Marx estaba dispuesto a revisar sus modelos y a modificar los caracteres de los modos de producción en función de los progresos del conocimiento de la historia¹⁵. Precisamente por eso no tiene sentido una lectura de los modos de producción necesariamente por etapas, como si sus fases estuviesen siempre incomunicadas y fueran obligatorias.

Hecha esta advertencia, cabe hacer relación de los modos de producción “clásicos”, por así decir, de la historia de Occidente y que constituyen, para Marx y Engels, el culmen de la explicación histórica de Europa occidental: el primer modo de producción es el antiguo o esclavista –vigente en su forma más pura en la Grecia clásica y en la Roma republicana– caracterizado por las relaciones esclavistas de producción; el segundo es el modo de producción feudal –el mejor descrito en el Occidente medieval– diferenciado por las relaciones de producción serviles; y el tercero es el modo de producción capitalista o burgués moderno –vigente en la Europa del siglo XIX, cuando vivían los autores que ahora tratamos–, caracterizado por las relaciones de producción basadas en el trabajo asalariado¹⁶. Como se ve, existe una secuencia histórica en Occidente, guiada por el propio movimiento dialéctico de la realidad, que transforma la base productiva y altera también las relaciones de producción.

Como se ha visto, las contradicciones de la vida material de la sociedad alteran la base productiva, alterando también la superestructura

13 Marx, “Prefácio” a *Contribuição*, cit., p. 233.

14 Bourdó/Martin, *op. cit.*, p. 157.

15 *Ibíd.*, p. 157.

16 *Ibíd.*, p. 157.

(entendida ésta como el conjunto de representaciones de los hombres tales como la religión, la ciencia, la moral, etc.). Aquí surge otra cuestión básica de la historiografía marxista: la primacía de la infraestructura sobre la superestructura. O, en otros términos, para Marx y Engels no es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino, al revés, es su ser social el que determina su conciencia¹⁷. Esta cuestión fue considerada por muchos como un auténtico determinismo económico, como una relación de primacía necesaria de la infraestructura sobre la superestructura, como en una relación refleja. Aunque se haya hecho efectivamente esta interpretación por parte de numerosos historiadores (especialmente los adoctrinados por los panfletos del marxismo-leninismo), la interpretación dialéctica de las indicaciones de Marx y Engels¹⁸ propone una visión menos mecánica, mostrando una estructura relativamente autónoma de cada una de las esferas, con una doble implicación. Es decir: por mucho que haya una primacía ontológica de la infraestructura, esto no significa el mecanicismo de las esferas económica e ideológica. Cada una de ellas mantiene características y especificidades propias e influye en distintos niveles del todo social.

Se puede afirmar (y muchos lo hacen) que los propios fundadores del materialismo histórico, por mucho que acentuasen el peso de la esfera económica, nunca se adhirieron a una visión mecanicista. Al escribir sus textos (en especial *La ideología alemana*), su gran preocupación era combatir las concepciones filosóficas (especialmente la de los jóvenes hegelianos de izquierda, como L. Feuerbach, B. Bauer y M. Stirner) que consideraban que los aspectos “espirituales” predominaba al explicar la realidad, motivo por el cual debía ponerse énfasis en la esfera productiva. Esto no implicaba, pues, una alteración pura y simple del razonamiento de los jóvenes hegelianos, o, en otras palabras, la sustitución del “espíritu” por la “economía” como clave para la explicación histórica, so pena de abandonar la propia concepción dialéctica de la historia que caracterizaba su pensamiento. Tal vez se pueda citar, como demostración de lo procedente de esta afirmación, una carta dirigida por Engels a Conrad Schmidt en la que afirma que “[...] aunque el modo material de existencia sea el agente primero [causa prime-

17 Marx, “Prefácio” a *Contribuição*, cit., p. 233; Marx/Engels, *A ideologia*, cit., p. 37.

18 Véase, por ejemplo, E. Hobsbawm, *Sobre história: ensaios*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, pp. 155 ss.

ra], esto no excluye que los territorios de la idealidad actúen a su vez sobre él, que tengan un efecto reactivo aunque secundario [...]. Entretanto, nuestro concepto de historia es, ante todo, una guía de estudio y no un almacén para construir el hegelianismo”¹⁹.

Así pues, el gran mérito de la concepción marxista en este punto fue el de relacionar las instancias del todo social, captando de esta forma la totalidad en la que se inscribe la historia de los hombres. Buscando evitar el aislamiento de los diversos factores de explicación, Marx y Engels pretenden explicar y comprender el todo social, reafirmando, no obstante, el predominio (no mecánico) de la economía.

En suma, la reflexión de Marx sobre la historia se convirtió, sin duda, en patrimonio teórico inalienable para quien observa el pasado. Como dice Hobsbawm, “la influencia de Marx sobre los historiadores, y no solo los historiadores marxistas, se basaba, sin embargo, tanto en su teoría general (la concepción materialista de la historia), con sus esfuerzos o pistas sobre la complejidad general del desarrollo histórico humano [...], como en sus observaciones concretas relativas a aspectos, períodos y problemas específicos del pasado”²⁰. O, en palabras de Geoffrey Barraclough, “la influencia creciente del marxismo se debe principalmente al hecho de que ofrecía la única base verdaderamente satisfactoria para una ordenación racional de los complejos datos de la historia de la humanidad”²¹.

3. *Clases sociales e ideología*

Para ayudar a aclarar este breve análisis de la postura de Marx y Engels sobre la historia hay que hacer referencia, aunque muy brevemente, a dos conceptos que constituyen la propia base de la reflexión marxista y cuya posibilidad de aplicarse al análisis histórico es primordial: clases sociales e ideología.

Ante todo es importante resaltar que el concepto de clases sociales no fue creado por Marx y Engels. Se encontró en la herencia del socialis-

19 F. Engels, “Carta a Conrad Schmidt (de 05.08.1890)”, en Marx/Engels, *Historia*, cit., pp. 455-456.

20 Hobsbawm, *Sobre historia*, cit., pp. 173-174.

21 G. Barraclough, *Tendencias actuales de l'histoire*, Paris, Flammarion, 1980, p. 38, citadas por Cardoso/Vainfas, *Domínios da história*, cit., p. 7.

mo francés (Fourier, Proudhon, Blanc, etc.) pero, evidentemente, se le dio un uso propio²². Por otro lado, los fundadores del materialismo histórico no realizaron una elaboración estructurada de la sociología de las clases sociales, aunque sea un concepto singularmente difícil²³. Optamos aquí por abordarlo bajo el prisma histórico, tal como se hace en la interpretación de Edward Thompson:

Por clase entiendo un fenómeno histórico que unifica una serie de acontecimientos dispares y aparentemente desconectados tanto de la materia prima de la experiencia, como de la conciencia. [...] Además, la noción de clase conlleva la noción de relación histórica. Como cualquier otra relación, es algo fluido que escapa al análisis al intentar inmovilizarla en un momento dado y diseccionar su estructura. La más fina red sociológica no consigue ofrecer un ejemplar puro de clase, como tampoco de amor o de sumisión. La relación concret a se encarna en personas y contextos reales. Además, no podemos tener dos clases distintas, cada una de ellas como un ser independiente, y colocarlas luego en una relación recíproca. No puede haber amor sin amantes, ni sumisión sin señores rurales y campesinos. La clase sobreviene cuando algunos hombres, como resultado de experiencias comunes (heredadas o compartidas), sienten y organizan entre sí la identidad de sus intereses contra otros hombres cuyos intereses difieren de los suyos (y son generalmente opuestos)²⁴.

Una clase social es, pues, una relación que se manifiesta en la sociedad civil²⁵ en virtud de la posición diferente (e incluso antagónica) en que determinados grupos se sitúan en la producción. Y, como relación que es, la clase social también se define por la “identidad de intereses” de quienes componen estos grupos, identidad que es también conocida como conciencia de clase.

Así pues, resumiendo, una clase social puede ser definida como un concepto que presupone una doble referencia: a un criterio económico –la posición respecto al modo de producción, teniendo en cuenta también en esta definición un criterio psicológico y político– y a la toma de conciencia²⁶.

22 Bourd /Martin, *op. cit.*, p. 160.

23 *Ibid.*, p. 162.

24 E.P. Thompson, *A forma o da classe operária inglesa: a  rvore da liberdade*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, pp. 9-10.

25 El término sociedad civil es utilizado aquí, en el sentido en que lo emplea el propio Marx, como el conjunto de las relaciones desarrolladas por las clases en la infraestructura como escenario de la lucha de clases en el ámbito de la economía.

26 Bourd /Martin, *op. cit.*, pp. 163-164.

De esta forma, cuando se habla de clase social en el marxismo se está hablando (aunque implícitamente) de lucha de clases. Y la historia, para Marx y Engels, no puede dissociarse de la lucha de clases. Esto puede percibirse en las primeras frases del célebre *Manifiesto comunista* de 1848: “Hasta nuestros días, la historia de las sociedades ha sido la historia de la lucha de clases. Libres y esclavos, patricios y plebeyos, barones y siervos, maestros y oficiales, en una palabra, opresores y oprimidos, siempre enfrentados en una guerra ininterrumpida, a veces abierta, a veces encubierta”²⁷.

Otro concepto importante para la historiografía marxista –tal vez más problemático aún– es el de ideología, porque es un término equívoco en los propios escritos de Marx y Engels. A veces es entendido como “falsa conciencia”, en el sentido de ser la representación invertida de la realidad atendiendo al proceso histórico vital del hombre²⁸, y a veces se identifica con la creación de ideas y de representaciones, es decir, como parte (o subparte) de la superestructura, junto a la religión, las artes, etc.; y es un concepto que engloba todas las representaciones que provienen de las instituciones políticas, jurídicas, religiosas y culturales, como si fuese el conjunto de todas ellas²⁹.

La primera interpretación fue objeto de una mayor elaboración teórica por parte de Marx y Engels y se utiliza frecuentemente por la historiografía marxista. La ideología, aquí, tiene una función típica de dominación de clase, sirviendo como un auténtico “aparato” o mecanismo de poder en manos de la clase dominante. En *La ideología alemana* existe un texto significativo –que demuestra que la ideología debe analizarse en conexión con el concepto de clase– en el que se lee:

Las ideas de la clase dominante son, en cada época, las ideas dominantes; esto es, la clase que es la fuerza material dominante de la sociedad es, al mismo tiempo, su fuerza espiritual dominante. La clase que tiene a su disposición los medios de producción material dispone, al mismo tiempo, de los medios de producción espiritual, lo que hace que, en términos generales, quienes carecen de los medios de producción espiritual estén sometidos a ese control. Las ideas dominantes no son más que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, las relaciones materiales dominantes concebidas como ideas; la expresión, por tanto, de las relaciones que transforman una clase en clase dominante; las ideas, por tanto, de su dominación³⁰.

27 Marx/Engels, *História*, cit., p. 365.

28 Marx/Engels, *A ideologia*, cit., p. 37.

29 Bourd /Martin, *op. cit.*, pp. 167-168.

30 Marx/Engels, *A ideologia*, cit., p. 72.

Esta visión de la ideología es tomada en préstamo, ya en el siglo XX (en los años sesenta), por uno de los teóricos más influyentes de su tiempo en la reinterpretación del legado marxista: el filósofo francés Louis Althusser. Para él la ideología, además de mera representación mental, tenía también una estructura, un sustrato material con una función muy definida en la estructura de clases. En su libro *A favor de Marx* enseña que

[...] la ideología es una cuestión de la relación vivida entre los hombres y su mundo. [...] En realidad, en la ideología los hombres no expresan la relación entre ellos y sus condiciones de existencia, sino la manera en la cual viven la relación entre ellos y sus condiciones de existencia: esto presupone tanto una relación real como una relación imaginaria, vivida. La ideología es, pues, la expresión de la relación entre los hombres y su mundo, esto es, la unión (superdeterminada) de la relación real y la relación imaginaria entre ellos y sus condiciones reales de existencia³¹.

La ideología, en Althusser, es un sistema de representaciones fundamentado en las prácticas de la vida cotidiana, al tiempo que se vincula a las clases sociales en una sociedad dada. Los intereses que representan las “ideologías” reflejan, en cierto modo, de forma relativamente autónoma, la estructura social en la que surgen. Es, pues, una organización social específica³². Y para Althusser la ideología se constituye en práctica directamente ligada a la vida material de los hombres, hasta el punto de poder representar en un momento dado una realidad empírica, los aparatos ideológicos del Estado: “Llamamos aparatos ideológicos del Estado a un cierto número de realidades que se presentan al observador inmediato bajo la forma de instituciones distintas y especializadas [...]”. Partiendo de lo que sabemos, ninguna clase puede poseer por mucho tiempo el poder del Estado sin ejercer simultáneamente su hegemonía sobre y en los aparatos ideológicos del Estado. “[...] Esta última nota nos permite comprender que los aparatos ideológicos del Estado pueden ser no sólo el objetivo, sino también el lugar de la lucha de clases, y a veces de formas sangrientas de lucha de clases³³”.

31 En S. Hall *et alii*, *Da ideologia: Althusser, Gramsci, Lukács, Poulantzas*, Rio de Janeiro, Zahar, 1983, p. 111.

32 G. McLennan/V. Molina/R. Peters, “A teoria de Althusser sobre ideologia”, en Hall *et alii*, *op. cit.*, p. 128.

33 L. Althusser, *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*, Lisboa, Presença, s/f, pp. 43 y 49.

4. *El derecho en el marxismo y la interpretación de E.P. Thompson*

Como se ha dicho, el empleo que se hizo del marxismo no fue uniforme. Abarca desde los análisis más matizados y dialécticos hasta las simplificaciones mecánicas, deterministas y reduccionistas. Y en la cuestión específica del análisis de la esfera jurídica que hizo el marxismo, tomado naturalmente de modo general, creo que prevaleció desgraciadamente una visión más restrictiva de su sistema de pensamiento, buscando la simplificación y la economía.

Tal vez por el énfasis dado por Marx al “ser” y no a las “formas de conciencia”, por el protagonismo dado a las fuerzas productivas y a las relaciones de producción y no a las formas de representación, en suma, por el mayor énfasis puesto en la esfera de la infraestructura y no en la superestructura, el derecho aparece frecuentemente más como una esfera completamente pasiva y superdeterminada, que refleja simplemente las fuerzas sociales dominantes en una determinada época. La primacía ontológica de la esfera económica en Marx se transforma, en interpretaciones muy frecuentes, en puro y simple determinismo económico. La compleja y sofisticada matización histórica expuesta por Marx sobre todo en sus “obras históricas” (en especial en *El 18 Brumario*) parece haber sido despreciada. En el caso específico del modo de producción capitalista, el derecho aparece como resultado de la forma de dominación burguesa, estrechamente vinculado a su política y dependiente de ella. En esta interpretación, no existe para el derecho espacio alguno de autonomía, de separación, por mínima que sea, de las fuerzas sociales dominantes. La frase del “prólogo” de la *Contribución a la crítica de la economía Política*, “las relaciones jurídicas, al igual que las formas de Estado, no pueden explicarse por sí mismas [...]. Al contrario, estas razones hunden sus raíces en las condiciones materiales de existencia”³⁴, fue llevada muy lejos por muchos analistas.

Claro que con lo que se afirmó antes no se está queriendo defender, obviamente, la posición diametralmente opuesta, es decir, la de que el derecho goza de completa autonomía en las restantes esferas históricas con las que convive y se relaciona (inseparablemente). Quiere decirse, sin más, que existe una posición más dialéctica entre los dos extremos (el de total autonomía del derecho y el de total dependencia de economía), po-

34 Marx/Engels, *História*, cit., p. 232.

sición que obedece y respeta precisamente la profunda historicidad de la realidad analizada, que huye con frecuencia de simplificaciones y conceptos que se pretenden cerrados y transtemporales.

Y, al percibir el incómodo y estéril atolladero en el que se había puesto al derecho (como objeto de investigación) es cuando surge, como una alternativa posible, la obra del historiador inglés Edward Palmer Thompson (1924-1993). Se trata de un historiador educado en la *new left* inglesa (junto a nombres como Eric Hobsbawm, Christopher Hill y Raymond Williams), polémico, estimulante y reacio a la ortodoxia³⁵. Militante³⁶ y erudito, Thompson aparece con un gran relieve en la discusión (y revisión) historiográfica, centrando su atención en las formas de producción de *cultura* de las clases dominadas y siendo, por esto, el precursor de una forma de historia cultural de raíz marxista³⁷ y al mismo tiempo un autor que huye del énfasis economicista de algunos de los discursos historiográficos marxistas. Esto se desprende con claridad, sobre todo, de sus estudios sobre la *Formación de la clase obrera inglesa*, en la cual se ve el papel activo de las propias clases dominadas en el proceso de “hacerse” (*making*), a saber, en el papel de constituirse a sí mismas como clases en el plano de la cultura. Thompson, por esta y otras razones, es muy célebre en la historiografía brasileña a partir de los años 80, cuando comienzan sus traducciones.

Respecto a la discusión que nos interesa más de cerca, es decir, el papel ejercido por el derecho (como esfera cultural) en la construcción de la sociedad, su libro de referencia es su *Señores y cazadores*³⁸, aparecido en 1975 y traducido en Brasil en 1987. Este libro aborda la llamada “Ley negra de Waltham” publicada en mayo de 1723 en Inglaterra, que estable-

35 Para un resumen biográfico, véase B.D. Palmer, *Edward Palmer Thompson: objeções e oposições*, São Paulo, Paz e Terra, 1996.

36 Además de militante en el movimiento de los trabajadores (su libro, en tres volúmenes, *A formação da classe operária inglesa* se convirtió en una referencia internacional), al final de su vida se convirtió en activista contra la guerra fría y la amenaza del exterminio nuclear, como puede verse en E.P. Thompson *et alii*, *Exterminismo e guerra fria*, São Paulo, Brasiliense, 1985.

37 S. Desan, *Massas, comunidade e ritual na obra de E. P. Thompson e Natalie Zemon Davis*, en L. Hunt (ed.), *A nova história cultural*, São Paulo, Martins Fontes, 1985, pp. 63 ss.

38 E.P. Thompson, *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*, São Paulo, Paz e Terra, 1987.

cía y tipificaba una serie de infracciones, con la previsión de severas penas (incluida la pena de muerte) para quien cazase en los bosques reales, para quien hiriese o matase gamos o venados o cazase y pescase clandestinamente. Se analiza en este libro cómo se va delineando una noción moderna de propiedad, cómo se sustraen cada vez más las tierras a las formas consuetudinarias de uso colectivo a favor de la concentración en manos de algunos sujetos. Se trata de un libro rico, bien documentado e interesantísimo. Al final del análisis de los efectos de la ley (y es aquí cuando las cosas comienzan a tener relevancia para nuestro propósito), Thompson hace un excursus sobre el papel de la ley o el “imperio de la ley”, enfrentando viejos prejuicios sobre el derecho provenientes de un marxismo más tradicional y proponiendo un análisis del fenómeno jurídico original y distinto.

Tratando de dejar atrás una interpretación economicista y mecánica de la esfera jurídica, propone otra diferente:

Así pues, convenimos, la ley puede considerarse, de forma instrumental, como mediación y refuerzo de las relaciones de clase existentes y, ideológicamente, como su legitimadora. Pero debemos avanzar un poco más en nuestras definiciones. Pues si decimos que las relaciones de clase existentes eran mediadas por la ley no es lo mismo que decir que la ley no pasaba de traducir esas mismas relaciones en términos que enmascaraban o mistificaban la realidad. Esto puede ser verdad muchísimas veces, pero no es toda la verdad, pues las relaciones de clase no se expresaban de cualquier manera, sino a través de las formas de la ley; y la ley, como otras instituciones que, de vez en cuando, pueden ser vistas como mediación (y ocultación) de las relaciones de clase (como la Iglesia y los medios de comunicación), tiene unas características propias, una historia propia y una lógica de desarrollo independientes (pág. 353).

Y prosigue:

La retórica y las reglas de una sociedad son mucho más que meras imposturas. Pueden modificar en profundidad el comportamiento de los poderosos y engañar al mismo tiempo a los despojados de poder. Pueden disfrazar la verdadera realidad del poder, pero al mismo tiempo pueden frenar este poder y contener sus excesos (pág. 356)

Insisto solo en el punto obvio, olvidado por algunos marxistas modernos, de que existe una diferencia entre el poder arbitrario y el dominio de la ley (pág. 357).

La ley, en este caso, aparece como “una palestra esencial de conflicto” (pág. 355) o un “espacio de conflicto” (p. 352), una forma de mediar

en el ejercicio de fuerza en las relaciones entre las clases (pág. 358). En su libro *Costumbres en común*³⁹ se lee igualmente que “la costumbre también puede ser considerada como un lugar de conflicto de clases” (p. 95).

Es que —y aquí volvemos a las páginas del libro *Señores y cazadores*— “las formas y la retórica de la ley adquieren una identidad distinta que, algunas veces, inhibe el poder y ofrece alguna protección a los despojados de poder” (p. 358). Al final, “el derecho puede ser retórico, pero no necesariamente una retórica vacía” (p. 354).

Y Thompson concluye:

(Si) suponemos que el derecho no pasa de ser un medio ostentoso y mistificador a través del cual se registra y se ejecuta el poder de clase, en ese caso no necesitamos desperdiciar nuestro trabajo estudiando su historia y sus formas. Una ley sería muy semejante a cualquier otra y todas, desde el punto de vista de los dominados, serían Negras. El derecho importa, y es por eso por lo que nos sentimos incómodos con toda esa historia (pág. 359).

5. *Contrapuntos a la interpretación de Thompson*

Esta forma de enfocar los procedimientos jurídicos tiene un enorme éxito en Brasil. Los estudios sobre la esclavitud sobre todo la utilizaron en abundancia. Es elocuente por sí misma la abundante historiografía que tiene como tema una determinada ley del siglo XIX y que, al abordar la doctrina jurídica del pasado o incluso tratar de los procesos judiciales de libertad, comienza con la advertencia metodológica de que se aprovecha el enfoque de Thompson sobre el derecho.

Y aquí puede ser que haya algunas observaciones y matizaciones interesantes que pueden contribuir a la reflexión acerca de este referente. Se trata, ante el acuerdo (casi con sentido canónico) en torno de la interpretación thompsoniana sobre el papel del derecho, de contribuir a problematizar algunos puntos que pueden exigir cierta precaución —y por tanto una mayor precisión— en la utilización de estas herramientas conceptuales.

No se quieren negar, en absoluto, los evidentes méritos de esta interpretación que, efectivamente, al manejar el derecho avanza unos pa-

39 E.P. Thompson, *Costumes em comum: estudos sobre cultura popular tradicional*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

sos respecto a los límites de una interpretación más ortodoxa y dogmática del marxismo. Con ello se subraya aquí que son interesantes y válidas las observaciones de Thompson sobre el derecho, y su uso ciertamente enriquece las investigaciones que lo adoptan como referencia. De todos modos, parece saludable y necesario continuar planteando cuestiones. Al final, el propio Thompson, con la humildad epistemológica de un buen historiador, afirma: “Ignoro la validez transcultural que puedan tener estas reflexiones”⁴⁰.

Siendo así, planteamos tres puntos que pueden y deben tenerse en cuenta y matizarse bien previamente en las investigaciones que emplean esta referencia:

a) Es necesario tomar en consideración el hecho de que el contexto inglés del siglo XVIII analizado por Thompson se da en un marco del *common law* sustancialmente diferente al sistema de los países de Europa continental y de América Latina, sobre todo a partir del nacimiento del paradigma codificador liberal.

Como dice Van Caenegem, hay, entre otras muchas diferencias sustanciales, una enorme diferencia en cuanto al papel esencial de los jueces (y también de los profesores) –considerados en este modelo como “oráculos del sistema”⁴¹– que deben actuar y manejarse sin códigos. Además, “a falta de códigos”, los juristas ingleses debían trabajar “con las leyes y con la jurisprudencia antigua y reciente”⁴². Aquí el papel del precedente y de la costumbre (tan utilizado por Thompson como base de su argumentación, sobre todo en *Costumbres en común*) es muy diferente, cuando no opuesto, al que existe en un sistema codificado (o aun no codificado en algunas áreas, pero que tiene ya al menos un “proyecto”–como en el caso de Brasil en el siglo XIX, si tenemos en cuenta el período de la Constitución Imperial de 1824– y que adopta los parámetros típicos del derecho europeo continental).

b) De cualquier modo, abstracción hecha de que el sistema inglés (objeto de la investigación de Thompson) es cualitativamente diferente del nuestro y aun tomando como base para el análisis el contexto del *civil law* (esto es, el derecho de la tradición europea continental y latinoamericana que se centra en la ley escrita y codifica su derecho), aun así la discusión

40 Thompson, *Senhores e caçadores*, cit., p. 354.

41 R.C. van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, Mulino, 2003, p. 57.

42 *Ibid.*, p. 52.

debe ser mucho más compleja, porque en contextos culturales e históricos tan distintos hay una indudable equivocidad en la palabra “ley”. “Ley” es una de aquellas “palabras errantes”, cuyo sentido e impacto varían mucho a lo largo del tiempo. Hespanha, para el caso portugués, llama la atención sobre el hecho de que en el Portugal del siglo XIX la ley era aún una fuente minoritaria y subordinada a la costumbre y a otras más, estando lejos de ostentar el lugar central que muchos le adjudicaban en este período⁴³. La ley tuvo un nuevo significado precisamente en el contexto liberal y, a partir de entonces, representa claramente otro papel en la teoría de las fuentes. En Brasil esto es aún más problemático: el siglo XIX es una época de transición, una época en la cual el paradigma “legalista” (Hespanha) o el “absolutismo jurídico” (Grossi) se encuentran aún en una situación problemática y tensa respecto a su aplicación⁴⁴. La ley no tiene el vigor y la eficacia que hoy vemos en ella. Puede ofrecerse un ejemplo claro y significativo con la llamada “Ley de tierras” de 1850, que intentaba “modernizar” las relaciones de propiedad en Brasil, aunque tuvieran un pequeñísimo impacto como ya advirtieron tanto José Murilo de Carvalho⁴⁵ como Sergio Said Staut Junior⁴⁶. Este último, en su interesante estudio sobre la propiedad en el siglo XIX en el que prestó atención a la doctrina y la jurisprudencia del período y la tomó en serio, demostró que la jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XIX en Brasil en realidad se refería poco a la ocasionalmente tan pregonada y celebrada *Ley de tierras*, en beneficio del amplio uso de la doctrina –incluida la extranjera de las *Ordenações Filipinas* y de otros recursos propios del derecho típico del Antiguo Régimen que, en gran medida, estaba aún en vigor en Brasil en estos años–.

Con todo ello, parece que hablar de la aplicación de la “ley esclavista”, así como de cualquier otra ley brasileña del siglo XIX, puede tener una repercusión menor de lo que se sospecha. Si ya parece extraño el comentario de Thompson, para quien “la retórica de la Inglaterra del siglo XVIII está saturada de la noción de ley”⁴⁷ (porque, a fin de cuentas, el siglo

43 A.M. Hespanha (ed.), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*.

44 Conforme se ha demostrado en R.M. Fonseca/A.C.-L. Seelaender, *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008.

45 J.M. de Carvalho, *A construção da ordem/Teatro de sombras*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Relume Dumará/Ed. UFRJ, 1996, pp. 313 ss.

46 S.S. Staut Junior, *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916*, tesis doctoral, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2009.

47 Thompson, *Senhores e caçadores*, cit., p. 354.

XVIII es una época claramente prelegalista y, en particular, en el contexto inglés), el análisis plantea también algún problema cuando contemplamos el contexto brasileño.

c) Como se vio, en la interpretación de Thompson el derecho deja de considerarse el instrumento de fuerza de una clase. Este es, como ya se ha dicho y repetido, un importante paso para “liberar” el derecho de las amarras demasiado restrictivas que le ataban (según cierta interpretación del marxismo) a la economía. Pero si el derecho deja de ser en Thompson un mero instrumento de la clase dominante, continúa siendo, de cualquier modo, un *instrumento*. Ahora es palestra de lucha, es espacio de conflicto en el que las clases pueden disponer de él en el entramado histórico. Es, empleando las palabras de Thompson, “una retórica” que, como era de esperar de un buen sofista (a veces, un abogado abolicionista), puede también servir en ocasiones a los propósitos de la clase dominada.

Resulta evidente que eventualmente el derecho realiza este juego (será siempre la investigación empírica en un contexto determinado la que diga cómo ocurre) y desempeña estas funciones en los conflictos históricos concretos. Es evidente –repetimos, para evitar malentendidos– que el derecho puede ser un instrumento tanto de los dominadores (lo más frecuente) como de los dominados (menos frecuente). Esto no autoriza, sin embargo, a que el derecho sea definido y considerado, en cualquier circunstancia histórica, como un mero instrumento. La espesura histórica del derecho parece, de hecho, ser menospreciada.

En esta discusión, las palabras de Paolo Grossi son insustituibles:

lo “jurídico” no es solo un mecanismo de organización de la realidad, sino que es pensado y construido en un nivel menos empobrecedor; es, por otra parte, expresión de la cotidianidad, pero de raíces profundas, y está ligado a los valores esenciales de una sociedad; es, en fin, esa misma civilización impulsora de una comunidad histórica⁴⁸.

O también el siguiente pasaje de su esencial *Scienza giuridica italiana*, que habla de la importancia de observar la historicidad intrínseca del discurso de la ciencia jurídica:

48 P. Grossi. “Pensiero giuridico: appunti per una voce enciclopedica”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), pp. 236-243, ahora en P. Grossi, *História da propriedade e outros ensaios*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Algún incauto se rasgará las vestiduras protestando, indignado, de que esto es aislamiento, el usual y perverso aislamiento de los juristas. Nos gustaría responderles que este es el único procedimiento auténticamente histórico, es decir, capaz de alcanzar la situación real de la reflexión jurídica en el ámbito histórico que lo generó y lo motivó. Como dije en otras ocasiones con mucha convicción, el saber técnico es una especie de saber confesional para los juristas, es decir, es expresión de un mayor grado de cultura, ideologías y producción de ideas de los propios juristas. En otras palabras, el instrumental técnico [...] desvela con increíble precisión todo lo que hay tras el jurista y sus herramientas⁴⁹.

Y a modo de conclusión: al derecho considerado como mero instrumento o como “mera” técnica que, por ser como es, puede estar a disposición de las clases en la “palestra” de su conflicto, se le evapora toda la carga normativa (no la formal, sino la material, agotada históricamente). El semblante del derecho, que debe ser reconocido en la inextricable ligazón con todos los elementos históricos que nos rodean (y que es inseparable de ellos, constitutivos y por ello profundamente históricos), en una interpretación como esta puede correr el riesgo de desaparecer como un retrato hecho en la arena.

49 P. Grossi, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico (1850-1959)*, Milano, Giuffré, 2000, p. XVI.

LA HISTORIA EN EL DERECHO Y LA VERDAD EN EL PROCESO:
EL ARGUMENTO DE MICHEL FOUCAULT

o barro
toma a forma
que você quiser
você nem sabe
estar fazendo
o que o barro quer

Paulo Leminski

1. *Derecho e historia*

Así como no se puede hablar de “derecho” a la ligera sin precisar lo que se quiere decir exactamente con ello, tampoco se puede hablar de “historia” sin explicar el concepto. De hecho, cuando se habla del “derecho” se puede estar haciendo referencia a un conjunto de valores, a un conjunto de normas, a un sistema, a un terreno de lucha, etc. La interpretación depende de cómo localiza el fenómeno jurídico el posible interlocutor en el plano teórico (puede ser un iusnaturalista, un iuspositivista, un sistemático, un marxista, etc.). Esto significa que antes de pretender definir el derecho debemos preguntar ¿qué derecho? Cualquier discusión teórica posterior depende de esta aclaración previa, que funciona en este caso como presupuesto para situar los límites del debate sobre el “derecho”.

Están equivocados, por tanto, quienes se imaginan que el significante “derecho” tiene un solo significado. Quienes comienzan los estudios

jurídicos advierten (o al menos deberían advertir) que esta simple palabra puede contener múltiples interpretaciones (y a veces incluso contradictorias).

Lo mismo ocurre con el término *historia*. Nuestro sentido común teórico se acostumbra a definir rápidamente lo que significa esta palabra: si no fuese una ciencia, un saber (en el sentido de “la disciplina de la historia”, o “*la historia enseña que...*”) sin duda será el *objeto* de este saber, que es precisamente el pasado. O, en otros términos: en este segundo sentido, la historia sería el conjunto de acontecimientos y de hechos que componen el pasado humano, reconstruidos a través de procedimientos controlados (cuando no incluso objetivos) extraídos de esta controvertida rama de las ciencias humanas. La historia podría definirse así rápida y tranquilamente, pues parece haber poco que discutir ante la certeza de que la historia es, por un lado, la rama del conocimiento que se ocupa del pasado y, por otro, es, a fin de cuentas, el conjunto de los acontecimientos que forman ese pasado.

Aunque una reflexión más detenida demostraría que las cosas no ocurren exactamente así. Un filósofo “idealista” diría que los hechos y los acontecimientos no tienen una materialidad exterior al pensamiento, sino que solo existen las ideas de estos hechos. Todo lo que tenemos para esta forma de analizar el mundo no pasa de ser concepciones mentales. A partir de esta reflexión, podríamos decir que el pasado, entendido como el conjunto de acontecimientos concretos y materiales, no existe; lo que existen son solamente ideas o representaciones de ellos. La historia, pues, no existiría; no habría más que elaboraciones subjetivas sobre el pasado, hechas posibles por la conciencia.

Por otro lado, si pensamos en el concepto de historia como saber (y no como objeto de este saber), y si el saber histórico, como se ha dicho al comienzo, fuese “el conjunto de hechos” del pasado humano, habría aún otra posibilidad teórica –sin necesidad de ser idealistas– que consistiría simplemente en dudar de los criterios tradicionales de selección de los “hechos” que componen el saber histórico. Así pues, si el saber histórico es la recopilación de algunos acontecimientos del pasado humano y, a fin de cuentas, cada minuto ocurren simultáneamente millones de hechos de orden y naturaleza variados, debemos preguntar qué criterios justifican la elección de algunos acontecimientos y no de otros para formar parte de la galería de la historia. ¿Cuáles son los medios para juzgar que algunos

hechos son “históricos” (o al menos dignos de ser inscritos en la historia) y otros no?

Si no nos contentamos con la respuesta fácil de la historia “tradicional” (positivista o historicista) de que son dignos de inscribirse los “grandes” acontecimientos, nombres y fechas, advertimos que la respuesta a la pregunta sobre el significado de la historia es aún más difícil. Y esto por no hablar de la posibilidad de suprimir sin más los hechos de la ciencia de la historia (que serían, en palabras de Fernand Braudel, una mera “agitación de la superficie [...] con oscilaciones breves, rápidas y nerviosas”¹), sustituyéndolos, como hicieron Lucien Febvre y Marc Bloch (así como, en rigor, toda la historiografía francesa formada por la escuela de los *Annales*), por los análisis estructurales de larga duración en los que los acontecimientos pierden importancia y dignidad. Al fin de cuentas, para esta importante corriente de la historiografía francesa, el nivel de los hechos es el más pobre para el análisis histórico, y prefiere los enfoques que plantean los problemas en términos de coyuntura y de estructura.

Hasta aquí se puede advertir que la conclusión trivial de que la historia sería, finalmente, una simple “reconstrucción de los hechos del pasado” puede ser seriamente cuestionada y puesta en duda desde varios ángulos.

Esta discusión teórica no es ociosa. Plantear la pregunta “¿qué es y para qué sirve la historia?” es una premisa fundamental para que podamos iniciar una discusión teórica seria sobre la historia.

2. Problemas en el enfoque del pasado jurídico

Al traer esto a la discusión concreta sobre el pasado jurídico, deben plantearse las mismas cuestiones y dudas y la misma reflexión teórica. Esto es: antes de discutir sobre la historia de esta o de aquella institución jurídica, es importante preguntarse qué se busca y qué se pretende con una investigación histórica y qué se pretende del discurso histórico-jurídico.

Dependiendo de los caminos teóricos que sean objeto de una opción teórica (consciente o inconsciente) de quien se centra en el pasado jurídico, las respuestas dadas pueden ser muy diferentes. Se puede hacer la his-

1 Braudel, “Escritos sobre la historia”, cit., pp. 112-119, G. Bourdieu/H. Martin, *As Escuelas Históricas*, s/l, Europa América, s/f, p. 131.

toria del derecho solamente para demostrar una erudición (generalmente vacía de sentido y de utilidad) sobre cosas viejas y en desuso, y asimismo pretender indicar la trayectoria (normalmente de modo lineal) de determinadas instituciones jurídicas desde la época antigua hasta el derecho positivo actual. O puede ser también que nuestro objetivo sea recuperar el pasado del derecho para hacer una bella introducción (generalmente denominado “*excurso* histórico”) para decorar el análisis de una institución de la dogmática jurídica –que sería el auténtico “objeto” de la reflexión–. O, finalmente, nuestra pretensión puede ser simplemente desvelar el sentido de la norma (la famosa e imprecisa *mens legis*), a través de la llamada “interpretación histórica”, que mostraría ser un medio auxiliar de las disciplinas dogmáticas (utilizado por antonomasia en la experiencia pretérita).

Aunque quienes toman el camino de seguir esta alternativa teórica (y no son pocos) no tienen conciencia por lo general de que tal procedimiento suele organizarse siguiendo una linealidad temporal construida *a posteriori*, establecida por los condicionantes de la época que se asoma al pasado y que, por eso, es con frecuencia totalmente incompatible con la complejidad del propio pasado al que el estudio debería ser fiel. De hecho, el estudio lineal de la historia del derecho, (que acumula todo lo que ya pasó en una superposición armónica y coherente de instituciones jurídicas a través del tiempo) acaba imponiendo al pasado una lógica que en realidad le es extraña, y al mismo tiempo lanza al pretérito las cuestiones, preocupaciones, valoraciones y ansiedades que pertenecen al presente (y al científico que produce este conocimiento).

Con ello se producen generalmente dos graves alteraciones: la *primera* en el propio objeto de reflexión que, en vez de ser fiel al pasado que debería reflejar, acaba demostrando una indudable empatía con el presente, como decía Benjamin². En otros términos, la historiografía así orientada construye un discurso histórico distanciado del pasado y próximo al presente, en una distorsión de la experiencia humana (en este caso de la experiencia jurídica) presidida por una lógica que solo adquiere sentido en el presente del historiador que elabora este discurso. La historia del fenómeno y el fenómeno propiamente dicho se distancian, construyendo una unión artificial. Puede decirse que la historia, aquí, se convierte en un adorno del estudio (ya sea una disertación, una tesis o un manual),

2 W. Benjamin, *Obras Escollidas: Magia e Técnica, Arte e Política*, São Paulo, Brasiliense, 1988, pp. 224 ss.

se convierte en un ornamento que la mayoría de las veces tiene un lugar garantizado en el trabajo por razones meramente formales derivadas de la tradición escrita académica del derecho (“se debe hacer un capítulo histórico”), pero sin ninguna utilidad teórica.

Efectivamente, es frecuente encontrar entre nosotros “historiadores” del derecho que buscan los “precedentes” de innumerables instituciones jurídicas actuales en épocas donde tales instituciones poco o nada tenían en común con el modo de entenderlas en el presente, alterando en realidad el sentido solo para legitimar a través de la historia la visión del mundo presente. António M. Hespanha, al abordar este problema de la “falsa continuidad” de las instituciones, pone el ejemplo de cómo el concepto de “obligación” significaba en el derecho romano un vínculo jurídico muy diferente del actual, ya que era una vinculación “material” con el propio cuerpo del deudor. Asimismo, la noción de “familia” en Roma abarca parentelas mucho más amplias, incluidos los no parientes y a los esclavos (*famuli*) e incluso los bienes de la casa³. Esto demuestra que el pasado y el presente no tienen una relación tan lineal, armónica y continua como suponen la mayoría de nuestros manuales, y el establecimiento de conexiones directas entre ellos puede ser un procedimiento un tanto temerario.

La *segunda* alteración se da justamente en la medida en que, en este discurso, la experiencia jurídica se presenta como el desarrollo de acontecimientos que desembocan de modo natural y lógico en el presente, mostrando las instituciones jurídicas actuales como la consecuencia de la experiencia histórica. El derecho actual, convertido en natural por la historia, es legitimado por la propia tradición que, de modo más poderoso que cualquier otra racionalidad que se pueda construir, demuestra que el derecho de hoy solamente podría ser así y no de otra forma. Esto es: basada en una noción de progreso, la historia del derecho sería capaz de demostrar que el desarrollo de la dogmática y de las leyes culminó en un derecho que sería el más evolucionado, racional, moderno y científico y, por ello, también el más libre de críticas, es decir, el derecho actual. En suma, este discurso histórico del derecho (que yo llamaría historicismo jurídico) acaba desempeñando la función de justificar y legitimar el derecho de hoy, contribuyendo, en cierta medida, a librarlo de críticas en defensa de una supuesta “tradición histórica”.

3 A.M. Hespanha, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisboa, Europa América, 1997, p. 19.

Todos los problemas antes expresados afectan en particular a la historia del proceso, o a la historia del derecho procesal. De manera aleatoria, instituciones jurídicas que tenían un lugar preciso en el ámbito social, económico, político y cultural en épocas pasadas, se relacionan, con un automatismo increíble, con el derecho actual. Formas “procesales” encuadradas en paradigmas totalmente diferentes se trasladan a la Edad Moderna sin problema alguno. El derecho vigente en la Roma antigua o el derecho canónico medieval son “revividos” en el ordenamiento jurídico hoy vigente, sin que las sociedades que sustentaban aquellas formas de ordenación tengan ninguna relación con la actual.

En efecto, “solucionar el caso concreto” de los pretores romanos es definido como “jurisdicción”; la estructura política de las “ciudades-estado” griegas y romanas se equiparan con facilidad a las de un “Estado Moderno”; la estructura de legitimidad de las leyes en el pasado (en Roma o en la Edad Media), de fundamento trascendental –sea cosmológico o teológico– pasa a tener una relación de homología con nuestra sistemática dogmática moderna basada en la razón abstracta; el propio modo de develar la verdad en un litigio –que en épocas pretéritas, de acuerdo con la *episteme* o *paradigma* en tal caso vigentes, podría presentarse como una “revelación” o como un “juego”– aparece aquí como una evolución lineal de los criterios empíricos de racionalidad laica, como si las formas históricas anteriores fuesen “bárbaras”, “premodernas” e “irracionales”, y no simplemente diferentes, históricamente diferentes, provenientes de una sociedad, de un tiempo y de una cultura diferentes. No se repara, pues, en que la definición de lo que es “bárbaro” o “civilizado”, “premoderno” o “moderno” e “irracional” o “racional” es parte de un patrón clasificador arraigado en el tiempo y en la sociedad actuales (con un patrón de cientifismo fuertemente etnocéntrico)⁴.

Todo esto es posible y muy frecuente en nuestra literatura jurídica, por no decir que es el procedimiento teórico casi exclusivo en lo que se ha llamado intento de comprensión histórica del derecho⁵.

Pero esta es solamente *una* opción.

4 Véase, respecto a este particular, E. Dussel, *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*, Petrópolis, Vozes, 2000. pp. 19-88.

5 En esta línea, para tratar de entender la institución del “arbitraje” en la historia, véase por todos J.D. Figueira Jr., *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, 2ª ed. São Paulo, RT, 1999, pp. 23 ss.

Aunque es posible otra opción teórica. Se puede entender la historia del derecho como un saber que mira al presente, en vez de encerrarse en un pasado que solo cobra sentido en sí mismo. Se puede enfocar el saber histórico-jurídico sobre todo como un instrumento de análisis y de comprensión que respete la lógica real del cambio, de las contradicciones y de las diacronías propias del pasado. Se puede proceder a un análisis que intente insertar el derecho en la sociedad y desvelar su sentido en la lógica de cambio permanente en la que hoy vivimos, haciendo de la disciplina un instrumento de crítica y de revelación/denuncia de la juridicidad vigente, en vez de ser de ser parte y cómplice, muchas veces ingenuamente. La historia no puede considerarse solo como una “introducción” al estudio o al análisis que, tras ser utilizada sin criterio, ya no será retomada en un momento posterior de la investigación: la historia puede (y debe) recorrer el propio estudio convertida en su tronco metodológico. El análisis de las instituciones, conceptos o teorías solo puede ser eficaz si se inserta en un tiempo dado y considera todas las condiciones sociales, económicas, políticas, mentales, etc., que los rodean, los delimitan y los condicionan.

Para esto, sin embargo, es necesaria una revisión teórico-metodológica de la propia historia del derecho. Es necesario eliminar los análisis de diletantes que recogen intuitivamente los acontecimientos (generalmente de tercera mano) para, en un proceso de montaje, imprimirles una coherencia tan falsa como arbitraria. Es necesario reflexionar sobre la naturaleza del pasado humano a fin de distanciarse de las falsas linealidades y continuidades que contaminan el enfoque histórico del derecho acarreado, como vimos, consecuencias tan nefastas.

Para esto es fundamental volver a examinar (o en muchos casos examinar) los patrones teóricos con los que trabajamos la historia, y también buscar vías teóricas adecuadas a las diacronías y discontinuidades del pasado jurídico. Así, toda la identificación del problema es un esbozo de intento en este sentido que trataremos de hilvanar seguidamente.

3. La respuesta de Foucault a la historia

Al comprobar que la continuidad, la linealidad y los anacronismos son las principales plagas que infestan los campos de la historia del derecho, tal

vez uno de los autores que más tenga que decir al respecto sea el filósofo francés Michel Foucault.

Nacido en 1926 y muerto prematuramente en 1984, muestra en su amplia obra ciertas influencias del estructuralismo de Nietzsche y de G. Canguillem (al menos en la línea de Dumézil, pues a partir de cierto momento rechazó ferozmente su filiación con Lacan y con Lévi-Strauss⁶). Aunque su posición en el ámbito del conocimiento sea un poco controvertida (pues se mueve entre la psicología, la filosofía y la historia) parece más adecuado considerarlo ante todo un filósofo de la ciencia preocupado por las relaciones entre los discursos, las prácticas de poder y sus efectos sobre el sujeto. Dejó una herencia teórica rica y controvertida que sigue siendo hoy objeto de enconados debates y que en los últimos años cobró especial relevancia en vista de las discusiones en torno de lo “postmoderno”, corriente con la cual se identifica a Foucault con frecuencia (y erróneamente, a nuestro entender)⁷.

Si pudiésemos trazar rápidamente las líneas de su proyecto teórico⁸, diríamos que fueron: 1) la de relacionar las prácticas metodológicas y discursivas con el sujeto, que se convierte en un determinado momento en el pensamiento filosófico y científico (que comienza aquellas prácticas discursivas) en objeto del discurso; el hombre, pues, aparece como sujeto del saber⁹. En otros términos: se busca una ontología histórica de nosotros mismos en relación con la verdad a través de la cual nos constituimos en sujetos de conocimiento; 2) la de relacionar las prácticas disciplinares que objeti-

6 D. Eribon, *Michel Foucault e seus Contemporâneos*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1996, pp. 140-146. Como ejemplo de la virulencia con que Foucault decía recusar el estructuralismo en su obra, véase la entrevista con Meienberg en 1972, en M. Foucault, *Ditos e Escritos I: Problematização do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria, Psicanálise*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, pp. 258 ss.

7 Pensamos que el encuadramiento de Foucault en la postmodernidad es un serio equívoco que ha llevado a lecturas distorsionadas de su obra, cuando no al irreflexivo rechazo inmediata de sus ideas. Como aquí no es el lugar para establecer el debate sobre el carácter “moderno” o no, del pensamiento de Foucault, dejo aquí algunos apuntes de este debate: quien dio inicio a esta visión “postmoderna” de Foucault fue J. Habermas, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, Lisboa, Dom Quixote, 1990.

8 Aquí seguimos el análisis de Araújo, *op. cit.*; F. Álvarez-Uría/J. Varela, en el “Prefácio” de M. Foucault, *Saber y Verdad*, Madrid, La Piqueta, 1991, p. 8.

9 Para este proyecto, véase en especial M. Foucault, *As Palavras e as Coisas*, São Paulo, Martins Fontes, 1992.

van y dividen al sujeto (como ocurre con el loco y con el preso), que aparece entonces no solo como objeto del discurso del saber, sino *sometido* por el poder¹⁰. En otros términos: se busca una ontología histórica de nosotros mismos en relación con el ámbito de poder a través del cual nos constituimos en sujetos que actúan sobre los demás; y 3) la de relacionar las prácticas subjetivadoras del sujeto consigo mismo, o demostrar que el sujeto es constituido de sí para sí mismo a través de la sexualidad, lo que muestra la actuación del sujeto sobre sí para constituirse como sujeto moral¹¹. En otros términos: aquí se busca una ontología histórica de nosotros mismos en relación con la ética a través de la cual nos constituimos en agentes morales.

En este proyecto, se abordó y se cuestionó en todo momento el terreno de la historia. A partir de las peculiaridades de su teoría, la forma de abordar el pasado fue discutida de tal modo que la interpretación positivista (o historicista) de la historia habría de ser, una vez más, cuestionada.

Con esto se quiere hacer referencia, en un primer momento, al abandono de la perspectiva antropológica y metafísica. Foucault quiere demostrar que los estudios sobre el hombre —y particularmente el fundamento del análisis de la historia del hombre hoy imperante— derivan de las características de un terreno epistemológico muy preciso y delimitado que nace en una época muy concreta que él llama justamente la “era de la historia”.

Pero la propia comprensión de esta “era de la historia” debe ser debidamente historiada —y este es uno de los procedimientos teóricos más característicos de nuestro autor—. Así, debemos retroceder hasta el siglo XVI, cuando imperaba lo que Foucault denominaba la “era de la semejanza”. En esta época no se distinguía entre las palabras y las cosas. El mundo era considerado como una inmensa trama en la cual las personas trataban de establecer relaciones de simpatía (o antipatía) con las cosas para que fuesen identificables por analogías y semejanzas. A través de estas analogías, simpatías, etc., se buscaban signos en las cosas que pudieran hacerlas inteligibles¹². Según Araújo, “los signos visibles sirven de señales

10 Aquí, véase en particular M. Foucault, *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*, 5ª ed. Petrópolis, Vozes, 1987; Íd., *La historia da Loucura na Idade Clássica*, São Paulo, Perspectiva, 1978.

11 Esta etapa engloba principalmente los dos últimos volúmenes de su *historia de la sexualidad*: M. Foucault, *Historia da Sexualidade: o Uso dos Prazeres*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Graal, 1988; Íd., *Historia da Sexualidade: O cuidado de Si*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Graal, 1985.

12 Foucault, *As palavras e as Coisas*, cit., pp. 33 ss.

que precisan ser descifradas y las palabras no hacen más que duplicar los signos de las cosas [...]. Conocer es adivinar qué signo se asemeja a otro signo visible de este mundo”¹³. Como se puede advertir, el modo de vislumbrar el mundo dentro de este contexto epistémico era radicalmente diferente de lo que entendemos hoy por “conocer”: observar, aprender, retener, registrar o saber tenían otro matiz que nosotros, hoy, no consideramos nuestro (por no considerarlo “científico”).

Ya a partir del siglo XVII, Occidente ingresa en la llamada “*era de la representación*”, cuando se da la distinción entre las palabras y las cosas; la unión anteriormente existente entre ellas se rompe. Las palabras pasan a tener la función de designar las cosas. Se trata de la era de la *sistemática universal*, con un impulso clasificatorio sin precedentes en el que todo es susceptible de formar parte de un gran esquema de clasificación. En este momento, en palabras de Foucault, “las ciencias siempre conllevan el mismo proyecto remoto de ordenación exhaustiva: se dirigen al descubrimiento de elementos simples y de su composición progresiva”¹⁴. En esta época, como se puede suponer, el saber adquiere otra configuración –muy diferente de la anterior pero aún distante de la nuestra– en que los modelos de comprensión del conocimiento aún tiene condicionantes mucho más delimitados–.

Finalmente, de esta raíz teórica surge la “era de la historia” hacia finales del siglo XVIII. Es una *episteme* (o configuración del saber) en la que el conocimiento no sirve más que para representar. Él mismo se inserta en un tiempo, en una historia. Según Araújo, la

ruptura con la representación se produce cuando la historia se convierte en una experiencia que hace posible pensar en tres nuevas ciencias, la filología, la biología y la economía política, que inauguran la Modernidad. El ser es conocido por tener una historia y la historia es el saber que da acceso al ser. Es lógico que aparezca la figura fundamental de Hegel¹⁵.

Es aquí, por tanto, en este momento (y solo en este momento) y dentro de esta configuración epistémica, cuando el hombre se muestra como un objeto de conocimiento para el saber, al tiempo que sujeto de todo tipo

13 Araújo, *op. cit.*, p. 38.

14 Foucault, *As Palavras e as Coisas*, cit., pp. 89-90.

15 Araújo, *op. cit.*, p. 42.

de conocimiento¹⁶. No en vano es el pensamiento kantiano el que inaugura filosóficamente esta “era”. El sujeto pasa a ser empírico y trascendental a la vez, porque al mismo tiempo que es objeto del discurso como un ser que habla, trabaja y vive, como alguien de carne y hueso en medio de situaciones concretas –y que, por tanto, está inserto empíricamente de modo radical en el mundo, él y su saber–, por otro lado, es también la medida de todos los saberes de modo *trascendental*. Es decir: el saber acerca del hombre se colocará por encima del mundo y del propio hombre para poder definirlo; desde fuera, describirá elevadas doctrinas de las causas finales para explicar las vicisitudes de la historia humana o del espíritu humano (véanse Toynbee o Hegel); en resumen, buscará fundamentos trascendentales para definir lo propiamente empírico. La explicación del hombre (que se convierte en preocupación y fundamento inmediato del saber) se da a partir del propio hombre, pero no de un hombre real, sino de un hombre transhistórico, de un hombre supuesto. El positivismo, tal vez más que todas las demás teorías, intenta dar a lo empírico (el “objeto”) un carácter trascendental (el “saber” es la fiel representación del “objeto”). Como dice Foucault,

allí donde antaño había una relación entre la filosofía de la representación y del infinito y un análisis de los seres vivos, de los deseos del hombre y de las palabras de su lengua, se establece un análisis de lo finito y de la existencia humana, y, en oposición a ello (pero en una posición correlativa), una perpetua tentación de conseguir una filosofía de la vida, del trabajo y del lenguaje¹⁷.

Es decir: junto al reconocimiento de la finitud del hombre concreto, que vive, trabaja y habla, existe una búsqueda trascendental del fundamento del saber sobre el propio hombre. El hombre, a la vez que conoce y ejerce la trascendencia en dicho proceso de conocimiento, es fruto de determinaciones empíricas que se materializan en la vida, en el trabajo y en el lenguaje¹⁸.

Esta tensión entre lo empírico y lo trascendental es típica de la “era de la historia”, y es aquí, en medio de esta tensión, donde aparece el *sujeto* en el saber científico, del mismo modo que aparece, en particular, en las recién nacidas ciencias humanas.

16 *Ibid.*, p. 45.

17 Foucault, *As Palavras e as Coisas*, cit., p. 333.

18 Araújo, *op. cit.*, p. 49.

En este contexto, es comprensible la célebre y controvertida afirmación de Foucault de que “el hombre es una invención de fecha reciente, como lo muestra fácilmente la arqueología de nuestro pensamiento. Y tal vez su próximo fin”¹⁹. Para él existe un ámbito que le es propio –y bien delimitado e identificable– en el que las configuraciones del pensamiento hicieron posible pensar en el hombre y tratar de él tal, como ocurrió en Occidente. Al mismo tiempo, sería posible identificar configuraciones del saber que prescinden del hombre: es el terreno del que brotan, por ejemplo, la etnología, la lingüística y el psicoanálisis, que no interrogan al propio hombre, sino al *espacio* que hace posible el saber sobre el hombre²⁰. Son estos saberes (llamados contraciencias) los que demuestran que el sujeto, como tema de reflexión, es precario y determinado históricamente. A partir de ahí, es posible pensar en la “muerte del sujeto” (entendida como muerte de todo recurso trascendental y supraempírico de búsqueda de la “verdad” sobre el hombre), tal como Nietzsche había pensado en la “muerte de Dios” (como la muerte del aliento metafísico, la muerte de la verdad como plena transparencia y descubrimiento del espíritu puro²¹).

A pesar de que hasta aquí solamente nos hemos referido al terreno del saber en que se dieron estas transformaciones, es necesario considerar que Foucault también identifica²² estas alteraciones epistémicas y estas transformaciones en el ámbito del saber con las *relaciones de poder* presentes en una determinada sociedad, ya que para él la “voluntad de verdad” tiene una base institucional que refuerza y reconduce al mismo tiempo un conjunto de prácticas²³. Esto significa que para él estas transformaciones no se producen en solitario y solo en el plano de la teoría; las transformaciones van unidas a determinadas prácticas de poder –que toman forma en instituciones para poder transmitir sus efectos–. Los dis-

19 Foucault, *As Palavras e as Coisas*, cit., p. 404.

20 *Ibid.*, p. 395.

21 O. Gioacóia Jr., “Nietzsche: Perspectivismo, Genealogia, Transvaloração”, *Revista Cult*, 37, a. IV, p. 49.

22 Es necesario esclarecer que adrede no están siendo tomadas en cuenta los diferentes enfoques y preocupaciones de Foucault a lo largo de su producción, ya que no es la intención de este texto discutir la evolución del pensamiento foucaultiano, sino simplemente obtener un diagnóstico general del autor, según nuestra lectura, sobre los problemas aquí enfrentados. No se ignora, entre tanto, que la temática del poder surge en su obra con más vigor solamente a partir de los años 70.

23 M. Foucault, *A Ordem do Discurso*, São Paulo, Loyola, 1996, p. 17.

cursos y las prácticas son como las dos caras de una misma moneda, y cada una de ellas (o las dos juntas) producen efectos muy precisos en las relaciones sociales que el hombre establece con sus semejantes. La práctica del ejercicio del poder, de hecho, solo se sustenta gracias a determinados discursos que le otorgan un efecto de verdad. Como dice el propio Foucault, “la verdad no existe fuera del poder o sin el poder [...]. La verdad es de este mundo; se produce gracias a múltiples coerciones y produce en él efectos de poder regulados”²⁴. Y, de hecho, el binomio saber-poder y su carácter indisociable son una de las características más conocidas de la teoría foucaultiana.

Y, finalmente, teniendo en cuenta todas las consideraciones hasta aquí expuestas, ¿qué podemos extraer de estas reflexiones para el conocimiento histórico y, de modo específico, para el conocimiento histórico-jurídico?

Advertimos al instante, después de la confrontación con Foucault, la precariedad de nuestro saber. Nuestro conocimiento, que busca muchas veces la comprensión total del objeto de modo altanero y dominador, no es más que una forma concreta de configuración del saber determinada y determinable en el tiempo. Su nacimiento se relaciona con una serie de conexiones con determinados discursos y también con determinadas estrategias de poder vinculadas al discurso —y no, como se supondría hoy, a una búsqueda suave, inocente, progresiva e imparcial de la “verdad”—. Al fin de cuentas, como dice nuestro autor siguiendo a Nietzsche, “no hay en la naturaleza del conocimiento una esencia de conocimiento o condiciones universales para el conocimiento, sino que el conocimiento es, cada vez más, el resultado histórico y preciso de condiciones que no tienen relación con el conocimiento”²⁵. Además, como vimos hace poco, nuestra forma de pensar, heredada del siglo XIX, tiende a dar un fundamento trascendental a las situaciones materiales de la existencia humana.

Es, pues, en este contexto donde se advierte la presunción del conocimiento histórico positivista (y particularmente del “historicismo jurídico”), que, desde el punto de vista del presente, se coloca en una posición de privilegio para conocer el pasado. En la medida en que su procedimiento supone homogeneizar el pasado, interpretándolo según el marco

24 M. Foucault, *Microfísica do Poder*, 8ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1986, p. 12.

25 M. Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Nau, 1996, p. 24.

discursivo actual y a partir de la configuración del saber imperante, sin comprender la radical diferencia en la forma de ver, conocer e interpretar el mundo pasado, es cuando percibimos que los condicionantes de nuestro conocimiento determinan, delimitan y restringen nuestra visión de las épocas pasadas. Percibimos cuán erróneo es insertar en épocas remotas nuestros modelos para comprender y juzgar a nuestros antepasados, ya que tales modelos de comprensión y de juicio son esclavos del discurso y de las relaciones de poder tal como hoy las vivimos. Comprendemos que el establecimiento de continuidades y linealidades entre el ayer y el hoy sin las necesarias mediaciones es un procedimiento arbitrario.

En este punto surge el elogio a la discontinuidad y a la ruptura, categorías tan extrañas para los historiadores positivistas, y de modo particular para los “historicistas jurídicos”. Al fin de cuentas, según Foucault,

la historia de un concepto no es, de manera alguna, la de su refinamiento progresivo, su racionalidad siempre creciente y su grado de abstracción, sino la de sus diversos ámbitos de formación y de vigencia, sus sucesivas normas de uso y los múltiples medios teóricos con que se realizó y concluyó su elaboración²⁶.

Así pues, la discontinuidad siempre tan estigmatizada se convierte en un elemento importante del análisis histórico²⁷, con un triple papel²⁸: 1) se convierte en una operación deliberada del historiador, que distingue los niveles de análisis y los métodos que son adecuados para cada uno de ellos y las periodizaciones que le resultan convenientes; 2) es el resultado de la descripción del historiador, que busca los límites y los puntos de inflexión del proceso; 3) es un concepto siempre explícito que asume una forma y una función específicas de acuerdo con el tema que se debate.

La discontinuidad es, pues, “al mismo tiempo instrumento y objeto de investigación, delimita el terreno del que es efecto y permite individualizar los temas”²⁹. Así, los diferentes terrenos, en vez de ser considerados de modo continuo y uniforme, pasan a estar dotados de diferentes

26 M. Foucault, *A Arqueologia do Saber*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 5.

27 Para un análisis más detenido del papel de la discontinuidad en Foucault –y que, en cierta medida, contradice lo que había escrito en *La arqueologia do Saber*, véase Foucault, *Microfísica do Poder*, cit., pp. 2 ss.

28 Foucault, *A Arqueologia do Saber*, cit., pp. 10 ss.

29 *Ibíd.*

historicidades (lo social, lo económico, lo cultural, etc.), cada cual con una base histórica delimitada³⁰. Esto hace posible observar que el desarrollo jurídico está más definido por varios condicionantes, que está desvinculado del “gran progreso” humano general, limitado por diversas estrategias de poder y sobre todo por configuraciones diferentes del saber que le han dado significados, papeles e interpretaciones absolutamente diferentes a lo largo del tiempo. Todo esto, obviamente, hace temeraria la actitud de quien somete el pasado a la tabla rasa de los condicionantes del presente –tan distintos de lo que se veía en el pasado–.

Vemos así que Foucault delimita un conocimiento que intenta distanciarse de las pretensiones trascendentales y metafísicas como fundamento de la explicación histórica; intenta demostrar la precariedad de nuestras certezas y de nuestras propias referencias de análisis sobre el hombre y, por consecuencia, sobre su pasado; en fin, pretende poner en el análisis temporal el poco empleado y casi desconocido elemento metodológico de la discontinuidad³¹, acabando con los dogmas de la homogeneidad, la linealidad y el progreso histórico.

4. Foucault, la historia y el proceso

Es sabido que Foucault siempre pensó que las prácticas jurídicas son las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar de modo más claro las nuevas formas de subjetividad³². Todo este interés por el tema del derecho, además, acabará desembocando en la investigación que dio lugar a uno de sus libros más conocidos (y ciertamente el más conocido entre los juristas), que es *Vigilar y castigar. La historia de la violencia en las prisiones*.

Sin embargo, existe otra obra que, a nuestro entender, se adecua mejor a la utilización de los presupuestos teóricos foucaultianos hasta aquí mencionados en concreto en los litigios jurídicos. Se trata de un

30 Araújo, *op. cit.*, p. 58.

31 En el terreno de la historiografía jurídica, el eminente profesor Paolo Grossi, al analizar la historicidad de la propiedad, afirmó que “*la historia de la pertenencia y de las relaciones jurídicas sobre las cosas está necesariamente marcada por una profunda discontinuidad*”, en P. Grossi, *La Propiedad y las Propiedades: un Análisis Histórico*, Madrid, Civitas, 1992, p. 67.

32 Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, cit., p. 11.

libro (que en realidad es un conjunto de conferencias dictadas en Río de Janeiro en 1973) que discute los parámetros históricos para comprobar la verdad en los procesos judiciales históricos. En cierto modo, este estudio constituye una investigación de historia del derecho en la que se pone en práctica el método de Foucault para comprender el proceso (o, mejor, para comprender las diferentes subjetividades que harán posibles distintos criterios de verdad a lo largo del tiempo) y que, por esta razón, se convierte en una gran guía metodológica para el historiador del derecho foucaultiano: es el libro *La verdad y las formas jurídicas*.

La preocupación esencial del libro es demostrar, a través de la forma en la que los hombres eran juzgados por los actos que habían cometido, que a lo largo de la historia de Occidente se sucedieron distintas formas de subjetividad y del saber –lo que indica que las relaciones del hombre con la verdad, en un proceso judicial, son mucho más complicadas de lo que las reconstrucciones históricas pueriles de nuestros manuales pueden suponer–. De modo que la fórmula puede resumirse así: distintas formas de proceso, distintas formas de subjetividad, distintos criterios para comprobar la verdad.

Foucault cuenta, por ejemplo, que en la Grecia arcaica (la Grecia de Homero) la forma de resolver un conflicto dado entre dos guerreros –y establecer quién tenía “razón”– consistía en una disputa reglamentada, en un desafío entre ellos (en el que uno de ellos debía ser capaz de demostrar que podía jurar por los dioses que no hizo esto o aquello). No había juez, ni sentencia, ni indagación, ni testigos. De este modo, no se encomendaba la tarea de decidir a quien decía la verdad (del modo en que lo entendemos hoy), sino a la lucha, al desafío, al riesgo que cada uno iba a correr³³. No se recurría a quien había visto, al testigo que presencié el acontecimiento; no se le convoca ni se le hace pregunta alguna, pues no hay sino contienda entre los adversarios. Se trata de una manera singular de llegar a la verdad jurídica que no pasa por las declaraciones de quien ha visto, no pasa por los testigos, sino por una especie de juego, de prueba, de desafío que se lanza por parte de un adversario contra el otro³⁴.

Este modo “griego arcaico” de comprobar la verdad jurídica coexistió, entre tanto, con otras formas de “revelación” de la verdad, como nos permite ver la historia de Edipo (en la tragedia de Sófocles).

33 *Ibíd.*, p. 53.

34 *Ibíd.*, p. 32.

En efecto, también allí había una forma mágica, pero al mismo tiempo religiosa, política y jurídica, de organizar un cuadro “verdadero” de lo que ocurrió: es la palabra del oráculo o de la divinidad, expresada bajo la forma de prescripción o profecía con una mirada eterna e indefectible sobre el mundo³⁵. En la tragedia de Edipo, esta forma se manifiesta en el momento en que el adivino ciego Tiresias, cuando es requerido por Edipo que desea saber quién mató a Layo, el antiguo rey, obtiene del oráculo la respuesta “Fuiste tú quien mató a Layo”³⁶. Se trata de la verdad revelada, ya previamente inscrita y escrita e independiente de cualquier verificación empírica.

Ya en el derecho germánico de la Alta Edad Media (en el momento en que tales formas de solucionar litigios entran en contacto con el Imperio romano) se ve un renacer de las formas de comprobar la verdad en el litigio que se encontraban en la Grecia arcaica. Aquí también existe el “juego de la prueba”; no hay una “acción pública” ni nadie encargado de la acusación: existen solamente el acusador y el acusado. Hay dos personajes centrales en este drama, y no tres. La resolución del conflicto se daba a través de la continuación de la lucha entre individuos. El proceso solo es aquí una ritualización de la lucha entre los contendientes. El derecho es una forma regulada de hacer la guerra entre los individuos y no, como se podría suponer hoy, un modo de alcanzar la justicia o la paz³⁷. Como dice Foucault, “entrar en el terreno del derecho significa matar al asesino, pero matarlo según ciertas reglas”³⁸. Pero en este sistema también hay una posibilidad de transacción cuando los litigantes recurren de común acuerdo a un árbitro que establece una suma en dinero que constituirá el rescate de la paz. Como se ve, en este sistema regulado básicamente por la lucha y por la transacción, no hay lugar para un “juez” que busca la verdad o intenta saber cuál de los litigantes dice la verdad. “En un sistema de este tipo nunca existe una indagación sobre la verdad”³⁹.

Finalmente, allá por el siglo XII, la Edad Media asiste a la invención de nuevas formas de justicia y de procedimientos judiciales. Esta “invención” —es necesario decirlo— está ligada a formas y condiciones de

35 *Ibid.*, p. 39.

36 *Ibid.*, pp. 34-35.

37 *Ibid.*, pp. 56-57.

38 *Ibid.*, p. 57.

39 *Ibid.*, p. 58.

posibilidad del saber que no están vinculadas simplemente al resultado de un “progreso de la racionalidad”, sino que fueron el resultado de transformaciones en la estructura política que las hicieron posibles y necesarias⁴⁰. Esto es: la aparición de una nueva forma de establecimiento de la verdad (y de todas las prácticas judiciales derivadas de ella) está ligada a relaciones de poder muy precisas, y la transformación en el enfoque de la “verdad jurídica” debe ser apreciada a luz de tales relaciones. No es el “progreso de la razón o el refinamiento del conocimiento” lo que puede dar razón de la aparición de una cierta racionalidad en la indagación⁴¹.

Esto es, pues, lo que aparece de repente en Occidente: el interrogatorio. El interrogatorio es una forma de saber situada en la unión entre un tipo de poder y cierta cantidad de contenidos de conocimiento⁴². Las nuevas formas del saber que surgen principalmente a partir del Renacimiento –que valoran la verificación, la observación y la explicación de los fenómenos basados en la apreciación racional de los mismos–, se asientan ahora en otro sustrato epistémico y político. Poco más tarde, de modo sintomático, surgirán los primeros pilares de la ciencia moderna (siglo XVI), el empirismo filosófico moderno, etc.

Se trata del nacimiento de un saber que se comprende mejor cuando percibimos la crisis del saber alquímico⁴³. La alquimia era una forma de ver el mundo típicamente medieval que tenía como modelo la prueba (tal como funcionaba este modelo judicial en el ámbito medieval, como se ha visto hace poco), pues el alquimista no es el que quiere saber lo que está pasando y quiere descubrir la verdad; es el que practica una lucha –en la que él es al mismo tiempo litigante y expectador– entre fuerzas sobrenaturales (el bien y el mal, la luz y la sombra) y, de esta confrontación, brotará la revelación. El saber de la alquimia, como se ve, entra en crisis (y desaparece) cuando predominan las formas del saber basadas en el interrogatorio (en la verificación). Cuando nuevas prácticas de poder entran en el saber moderno, ya no hay espacio para las formas del saber basadas en la confrontación entre fuerzas sobrenaturales.

Todo esto posibilitará el nacimiento, la hegemonía y, en poco tiempo, la absoluta exclusividad de las formas de abordar la verdad copia-

40 *Ibíd.*, pp. 62 y 73.

41 *Ibíd.*, p. 73.

42 *Ibíd.*, p. 77.

43 *Ibíd.*, pp. 76-77.

das de la verificación y de la declaración de testigos. La verdad es definida como aquello que puede ser verificado y probado. Quien vio lo sucedido y puede testificar sobre ello es una fuente de saber mucho más eficaz que el alquimista o el oráculo, que van simplemente a *revelar* la verdad; el sistema en el que un tercero (extraño a las partes litigantes) ocupa la posición racional de apreciación de las evidencias sobre el litigio es un modo más eficaz de alcanzar la verdad (desde el punto de vista de las nuevas prácticas y de las estrategias políticas y económicas imperantes) que dejar la solución de la contienda a una prueba o a un duelo entre las partes.

Es, en fin, en este contexto (epistémico y político) donde surge la indagación. Le corresponde la aparición de una serie de características que le confieren las condiciones de su funcionamiento: 1) la justicia no es más que una mera polémica entre los individuos contendientes; ya no tendrán el derecho de resolver entre sí sus litigios ni de escoger a un árbitro común, ya que deberán someterse a un poder exterior a ellos que se impone como poder político y poder judicial⁴⁴. 2) Aparece la noción de “infracción” sustituyendo la noción de “daño” de una de las partes a otra. La infracción no se confunde con un daño causado por un individuo contra otro, sino que representa un ataque a la propia ley, al propio poder público que instituye la regla legal. La infracción es el concepto que permite a esta “esfera pública” que entonces nacía confiscar todo el procedimiento judicial “privado”⁴⁵. 3) Como consecuencia de estas características, aparecerá un personaje nuevo –también extraño a los litigantes y extraño a la “víctima” (o a su pariente) que antes se encargaba de la acusación– que se presenta como representante de un poder lesionado, como un “doble” de la víctima, como aquel que habla por ella y tiene el derecho exclusivo de manifestarse por ella⁴⁶. Se trata de la figura del “procurador” (antecedente de nuestro ministerio público), que representa el poder público objeto de la infracción. 4) Como culminación de todas estas transformaciones (y también como su condición de posibilidad) surge, al final, la figura del soberano, la figura pública que se apropia de la jurisdicción y que, un poco más tarde, se va a constituir en Estado Moderno⁴⁷.

44 *Ibid.*, p. 65.

45 *Ibid.*, p. 66.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*, p. 67.

5. Para finalizar

El punto anterior fue un resumen muy breve y superficial de algunas de las principales ideas de Foucault del libro *La verdad y las formas jurídicas*. Otros pasajes importantes de este estudio fueron dejados de lado a propósito, como, por ejemplo, la aparición de una nueva *episteme* que posibilitará el nacimiento del *examen*, que, en el siglo XIX, sustituyó a la *indagación*.

Aun con este límite, ya podemos establecer algunas conclusiones que son, al mismo tiempo, importantes para el historiador del derecho y perturbadoras para el procesalista moderno, pero que, de cualquier modo, les sirven a ambos: la lección histórica de que las maneras de concebir el saber, las maneras de reflexionar sobre el derecho y los modelos de conocer la verdad jurídica eran, en el pasado, radicalmente diferentes de lo que son hoy. Nuestro proceso moderno es el resultado histórico de una transformación que permeó los discursos y las prácticas judiciales en los comienzos de la Modernidad. Y es fundamental advertir que dichas transformaciones (y sus características teóricas intrínsecas) no fueron legadas por este pasado solo por su peculiar brillantez conceptual o por haber contado con el aval de nuestros antepasados; la verdad va siendo revelada a partir de interdicciones, prohibiciones, estrategias e intereses muchas veces ocultos y no revelados.

Foucault identifica en realidad dos historias de la “verdad”⁴⁸: una de ellas es la que nos ha legado la historia de las ideas (y, se puede decir, la historia tradicional de las ideas jurídicas). Se trata de la historia que “se modifica a partir de sus propios principios de regulación”, es la historia que establece un concepto “sobrehumano” y trascendental de “verdad” y, a partir de él, define la trayectoria de la vida humana en el pasado adecuando esta trayectoria a este concepto de “verdad”. En cambio, la otra historia de la verdad es la que se busca en los diferentes lugares sociales en los que se forma, en los que existe un número determinado de subjetividades, de objetos y de tipos de saber. Se busca la verdad a partir de su “historia oculta”⁴⁹, a partir de su faz tantas veces oculta y, a través

48 *Ibíd.*, p. 11.

49 Es imposible, en este punto, dejar de citar a Nietzsche: “Es también en un sentido restringido (...) que el hombre quiere solamente la verdad: desea las consecuencias de la verdad que son agradables y conservan la vida; en contra del conocimiento puro, sin

de esta historia, es posible identificar distintas formas de subjetividad jurídica antes no percibidas.

Puede ser que este enfoque sea considerado por el jurista excesivamente nihilista (aunque no creo que sea esta exactamente la cuestión⁵⁰). También puede ser que el lector crea que este modo discontinuo de concebir el conocimiento acabe minando las posibilidades de construir un conocimiento fundado en criterios universales, como pretendía el ideal kantiano. Puede ser incluso que el lector crea que esta interpretación haga que el “saber” –siempre envuelto en una aureola de pureza teórica y de santidad en sus intenciones– quede con un estigma inaceptable por las impurezas provenientes de las relaciones de “poder”. Puede ser. Pero una interpretación radical de la modernidad jurídica tal como la que Michel Foucault nos lega es adecuada –aunque sea por el sorprendente contraste– para debilitar algunas de las convicciones del jurista y del historiador del derecho (muchas de ellas muy antiguas y sedimentadas). Y es que el campo del derecho ha sido, para buena parte de los teóricos de nuestra área, el terreno de las respuestas convencidas, de las certezas y de la arrogancia metodológica. Se trata, pues, de introducir con Foucault un poco de debate, de duda y de humildad ante lo aleatorio del saber.

consecuencias, él es indiferente, en contra de las verdades tal vez perniciosas e destructivas él tiene una disposición incluso hostil. (...) Solamente por olvido puede el hombre alguna vez llegar a suponer que posee una ‘verdad’ en el grado antes designado. Si él no quiere contentar-se con la verdad en la forma da tautología, esto es, com las cajás enteramente vacías, comprará eternamente ilusiones por verdad”, F. Nietzsche, “Sobre a Verdade e a Mentira no Sentido Extra Moral” en *Os Pensadores*, São Paulo, Nova Cultural, 1991, pp. 32-33.

50 Es inevitable evocar a Nietzsche una vez más: “No caimos, justamente com isto, en la sospecha de una oposición, de uma oposição entre el mundo en que hasta ahora nos sentíamos en casa com nuestras veneraciones –en virtud de las cuales, tal vez, tolerábamos vivir– y un otro mundo, que somos nosotros mismos: una inexorable, radical, profundísima sospecha sobre nosotros mismos, que se apodera de nosotros, europeos, cada vez más, cada vez peor, y fácilmente podría colocar a las generaciones venideras en este terrible dilema: ‘o abolir vuestras veneraciones, o – ¡a vosotros mismos!’ Este último sería el nihilismo; mas el primero no sería también... el nihilismo? Ese es nuestro punto de interrogación”. F. Nietzsche, *La Gaia Ciencia*, en *Os Pensadores*, cit., p. 171.

MICHEL FOUCAULT Y EL DISCURSO HISTÓRICO-JURÍDICO: ESTADO Y PODER

passa e volta
a cada gole
uma revolta

Paulo Leminski

La humanidad no progresa lentamente, de combate en combate, hasta una reciprocidad universal en la cual las reglas sustituirían, para siempre, a la guerra; dispone cada una de esas violencias en un sistema de reglas y continúa así de dominación en dominación.

M. Foucault, *Nietzsche, la genealogía y la historia*

Se trata de redescubrir la sangre que se secó en los *códigos*, y, por consiguiente, no lo absoluto del derecho bajo la fugacidad de la historia; no de relacionar la relatividad de la historia con lo absoluto de la ley o de la verdad, sino, bajo la estabilidad del derecho, de redescubrir lo infinito de la historia, bajo la fórmula de la ley, los gritos de guerra, bajo el equilibrio de la justicia, la desproporción de las fuerzas.

M. Foucault, *En defensa de la sociedad*

1. El "proyecto" foucaultiano

Es difícil intentar definir lo que, de un modo un tanto impreciso, podría designarse como "proyecto" en la obra de Michel Foucault. En primer lugar porque, como se sabe, el propio Foucault tiene una trayectoria llena de im-

portantes cambios y rupturas. Pese a la tendencia a “esquematzar” su producción partiendo de una directriz común que siempre demostró el filósofo francés (procedimiento que, sin embargo, recorrió diversos “hilos conductores”, dependiendo de la época en la que trabajaba)¹, el hecho es que el conjunto de problemas abordados por Foucault varió bastante entre los años 60 y 80. En segundo lugar, sería peligroso pensar que Foucault tuviera un proyecto, según cierta tendencia, hoy bastante frecuente y ligada al gusto de los modismos intelectuales, que considera a Foucault como el elaborador de una “gran teoría” o, peor aún, el elaborador de la respuesta que prescribe el “gran remedio”. Foucault no tiene “el gran remedio”, ni tampoco la “gran teoría”. Además, rechaza expresamente esa pretensión. Como dice Alfredo Veiga-Neto, es un gran animador, no un “gurú”².

Y si no es un salvador, tampoco es el formulador de una “gran teoría” capaz de reemplazar otra “meta narrativa”. Por lo demás, nada sería más contradictorio con el diseño general de su obra. En realidad, él quiere servir de “caja de herramientas”, de instrumento de trabajo, según tiene la oportunidad de explicar en una entrevista concedida en 1975, cuando afirma que

todos mis libros [...] pueden ser pequeñas cajas de herramientas. Si las personas quieren abrirlas, servirse de una frase, una idea, un análisis como de un destornillador o de una llave inglesa para producir un cortocircuito, descalificar, quebrar los sistemas de poder e incluso, eventualmente, los propios sistemas que resultan de mis libros [...], pues bien, tanto mejor³.

Por eso, tiene razón Bourdieu al decir que “la obra de Foucault es una larga exploración de la transgresión, de la superación del límite social, que se vincula indisolublemente al saber y al poder”⁴, lo que nos coloca, por tanto, en serias dificultades si decidimos ver en la teoría de

1 Chartier observa cómo inscribía Foucault, de modo recurrente, sus textos ya realizados en una organización sistemática (que fue variando a lo largo del tiempo), tratando de poner de manifiesto la lógica de la trayectoria de su investigación: R. Chartier, *À beira da falésia: a história entre certezas e inquietude*, Porto Alegre, Universidade/UFRGS, 2002, p. 183.

2 A. Veiga-Neto, *Foucault & a educação*, 2ª ed., Belo Horizonte, Autêntica, 2005, pp. 18-19.

3 M. Foucault, *Entrevistas*, R.P. Droit (ed.), Rio de Janeiro, Graal, 2006, p. 52.

4 En Veiga-Neto, *op. cit.*, p. 17.

Foucault un *corpus* coherente apto para dar respuestas igualmente coherentes a los problemas reales.

Con todas estas precauciones, me arriesgaría sin embargo a declarar (siguiendo al propio Foucault, a tenor de algunos textos del final de su vida) que si hay un punto de interés general en el “proyecto” de su obra, este punto es el sujeto; desde luego, visto de diferentes maneras o, mejor dicho, abordado desde diferentes puntos de referencia. Bajo este punto de vista, podría definirse tal “proyecto” como: 1) el de relacionar las prácticas metodológicas y discursivas con el sujeto, que se convierte en un determinado momento del pensamiento filosófico y científico (que comienza esas prácticas discursivas) en objeto del discurso. El hombre, pues, aparece como sujeto del saber (aquí tenemos la ontología histórica de nosotros mismos en relación con la verdad a través de la cual nos constituimos en sujetos de conocimiento); 2) el de relacionar las prácticas disciplinares que objetivan y dividen al sujeto (como ocurre con el preso, por ejemplo), que aparece entonces no solo como objeto del discurso del saber, sino sometido por el poder (aquí tenemos una ontología histórica de nosotros mismos en relación con el ámbito de poder a través del cual nos constituimos en sujetos que actúan sobre los demás); y 3) el de relacionar las prácticas subjetivadoras del sujeto consigo mismo, o demostrar que el sujeto es constituido de sí para sí mismo a través de la sexualidad, lo que muestra la acción del sujeto sobre sí para constituirse como sujeto moral (aquí tenemos la ontología histórica de nosotros mismos en relación con la ética a través de la cual nos constituimos en agentes morales)⁵.

Como se sabe, aunque un tanto arbitraria, dicha esquematización sigue un determinado recorrido intelectual del propio Foucault a lo largo de los años 60 (cuando Foucault se centra sobre todo en la cuestión del saber, dentro del proyecto que entonces era llamado “arqueología”), de los años 70 (cuando Foucault añade a sus análisis la dimensión del poder, dentro de un proyecto entonces llamado “genealógico”) y, finalmente, de los años 80, cuando nuestro filósofo se preocupa por las prácticas de autoconstitución del sujeto (dentro de un proyecto entonces se llamado “ético”, al haber incorporado –ahora explícitamente– el tema de la libertad y de la relación del sujeto consigo mismo y con los otros).

5 R.M. Fonseca, *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*, São Paulo, LTr, 2002, pp. 90-91; F. Álvarez-Uría/J. Varela, “Prefacio” a M. Foucault, *Saber y verdad*, Madrid, La piqueta, 1991, p. 8.

2. Foucault y la historia

Si no es fácil trazar las líneas generales de un “proyecto” general foucaultiano, el mismo problema surge si intentamos distinguir una “teoría de la historia” en Foucault. Considerando todo lo que ya se ha expuesto en el apartado anterior, resulta muy evidente la dificultad de encontrar en el filósofo francés un “recetario” para los historiadores desde el punto de vista teórico y metodológico. Así —y siendo verdad que en Foucault no existe exactamente un “método” de trabajo, sobre todo según el modelo al que nos habituaron el positivismo y el marxismo, sino huellas, pistas e indicios de un modo de trabajar— sigue siendo realmente problemático elaborar la “teoría foucaultiana de la historia” o el discurso de la historia en Foucault.

Por esta razón, hablar de la contribución de Foucault al análisis del discurso histórico jurídico es hasta cierto punto arriesgado. A pesar de todo el impacto que su obra tuvo en los métodos de los historiadores franceses (sobre todo a partir de los años 60, con la publicación de *La arqueología del saber*⁶), no deja de ser un filósofo en un territorio que, hasta cierto punto, le es extraño (el territorio del historiador). A pesar de eso, sin embargo, como dice Margareth Rago, en la obra de Foucault

a lo largo de su obra se ve una defensa patente de la Historia, un intento de ofrecerle salidas, una propuesta de autonomía para liberarla de un determinado concepto de Historia que implica procedimientos caducos y rígidos, cautivos de las ideas de continuidad, necesidad y totalidad y de la figura del sujeto fundador⁷.

A partir de esta comprobación, sería posible, de modo muy esquemático, mencionar algunas de las contribuciones de Foucault esenciales para el conocimiento histórico, contribuciones que podrían también ser aplicadas en general a la historia del derecho en Brasil, al menos tal como se elabora la mayor parte de las veces.

En primer lugar —en una actitud bastante polémica ante las teorías del siglo XIX (sobre todo el positivismo, el marxismo y la fenomenología)—

6 M. Foucault, *A Arqueologia do Saber*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

7 M. Rago, “Libertar a história”, en Íd./L.B.L. Orlandi/A. Veiga-Neto (eds.), *Imagens de Foucault e Deleuze: ressonâncias nietzchianas*, Rio de Janeiro, DP&A, 2002, pp. 256-257.

hay un cuestionamiento bastante elocuente de Foucault sobre la situación de la realidad. Se convierte en la pregunta ¿estudia el conocimiento histórico la realidad? Se rechaza, por tanto, el presupuesto metodológico positivista de que la realidad simplemente “existe”, y de que existe independientemente del sujeto y puede ser abordada y conocida directamente, dependiendo tan solo de una intervención mecánica del historiador que tendría, así, acceso a lo real sin otras intervenciones, elaborando un conocimiento que daría la posibilidad de representar esta realidad con fidelidad (o de reflejar lo real). Esto le permite al historiador positivista, al hablar de su oficio, afirmar con confianza que su meta es describir el pasado “tal como realmente aconteció” (frase de Leopold Von Ranke). Pues bien, para Foucault eso no es posible: los discursos y las prácticas que envuelven los discursos solo pueden ser comprendidos partiendo de su historicidad. No se comprende un discurso (o una práctica) fuera de la época en que se produce y de la época en que circula. En una determinada *episteme* existen determinados discursos sustancialmente diferentes de otros discursos, que para ser comprendidos necesitan ser encuadrados dentro de los parámetros de su propia *episteme*. Así pues, no existe en Foucault un discurso transhistórico que atraviese todas las épocas y sea universalmente válido. Por tanto, decir lo que es la realidad será una afirmación que, ya desde el primer momento, dependerá de la apreciación específica de cómo funciona cada una de las reglas de producción del conocimiento que preside cada discurso en la historia. Como dice el propio Foucault en un texto bastante citado titulado “El polvo y la nube”,

Hay que desmitificar la instancia global de lo real como totalidad que se debe restituir. No existe “lo” real para salir a su encuentro, a condición de hablar de todo o de algunas cosas más “reales” que otras, y nos equivocariamos, en aras de abstracciones inconsistentes, si nos limitásemos a hacer aparecer otros elementos y otras relaciones. Tal vez habría que interrogar también al principio, admitido con frecuencia implícitamente, de que la única realidad a la que debería aspirar la historia es la propia sociedad. Un tipo de racionalidad, una manera de pensar, un programa, una técnica, un conjunto de esfuerzos racionales y coordinados, objetivos definidos y continuados, unos instrumentos para alcanzarlo, etc., todo eso es lo real, aunque no pretenda ser la “realidad” misma ni toda “la” sociedad. Y la génesis de esa realidad, desde el momento en que hacemos intervenir en ella los elementos pertinentes, es perfectamente legítima⁸.

8 M. Foucault, *Ditos & Escritos IV (Estrategia, poder-saber)*, ed. de M. Barros da Motta, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 329.

Obviamente, esta actitud teórica socava la noción de progreso que caracteriza tantos planteamientos de la historia historicistas/positivistas –y, particularmente, numerosos planteamientos de la historia del derecho que presentan la actualidad como culminación de la reflexión jurídica o como cumbre de la producción legislativa– rompiendo con la jerarquía implícita entre las épocas históricas a la que está tan habituado nuestro medio teórico.

Automáticamente –y esa es la segunda contribución del pensamiento foucaultiano a la historia– el concepto de *verdad* se ve afectado de un modo radical. El mito de la búsqueda de la verdad (en sentido fuerte), propio sobre todo del pensamiento del siglo XIX, se debilita considerablemente.

No habrá ninguna verdad trascendental, ya que Foucault se libera de la trascendentalidad y de referencias metafísicas al aproximarse al hombre en su radical historicidad. Por eso, la verdad no debe separarse de los criterios de su producción (Foucault hablará, a este propósito, de una “política de la verdad”⁹). Solo se explica la verdad (o lo que se entiende como tal en una determinada época) partiendo de los criterios –profundamente arraigados– en que se forja. Toda la verdad proviene de un discurso que tiene reglas muy delimitadas (y nada metafísicas) para su producción.

En otras palabras, para entender lo que es válido o verdadero en una determinada época, hay que historiar los criterios de búsqueda de esta validez (y de esta verdad), hay que buscar las reglas de funcionamiento que son propias de un determinado discurso para poder definir lo que es válido/verdadero. Foucault polemiza, por tanto, con los intentos de “perpetuar” los conceptos –y, por tanto, de “perpetuar” las instituciones y las formas de apropiarse de los discursos–. Y aquí hay una llamada importante para los juristas, en la medida en que el conocimiento del derecho en general, al buscar la estabilidad, tiene una firme tendencia a “perpetuar” conceptos e instituciones. En efecto, el jurista tiene, en general, dificultad para relativizar/encuadrar sus conceptos, tendiendo a imponerles una especie de transtemporalidad como si hubiesen sido forjados fuera de un período y de un espacio determinados. Esta es una observación a la que el historiador del derecho debe estar atento. De hecho, si tomamos las dos

9 M. Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Rio de Janeiro, Nau, 1996, p. 23; también en M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 14.

grandes teorías modernas del derecho (la teoría iusnaturalista y la iuspositivista), advertiremos claramente en ambas corrientes esta tendencia a “sacar de la historia” conceptos e instituciones con el fin de inscribirlos en una “tranhistoricidad”, en una “perpetuidad” que se considera dada. El iusnaturalismo, de un lado, en su tendencia a buscar reglas estables, eternas e inmutables para el establecimiento de los valores jurídicos (en el iusnaturalismo moderno tales criterios se extraen de una razón dominante que es capaz de deducir lo jurídico y lo justo) es el ejemplo del intento de separar el derecho de la historia. El iuspositivismo no es diferente, sobre todo si nos fijamos en las pretensiones de los primeros codificadores modernos (el primero Napoleón) en hacer el “libro de los libros”, un “código eterno”¹⁰, que inscribiese y fijase para siempre los dictados de una razón considerada infalible, como bien muestra una iconografía muy común del siglo XIX en la cual se ve a Napoleón escribiendo su código sobre piedra, al tiempo que era coronado por el dios Cronos... Su creencia en la duración e incluso en la eternidad estaba presente en aquel momento fundador (hecho que aún hoy se repite —aunque en otro contexto científico— por quienes hacen el elogio desmedido de la “seguridad jurídica”).

Como se puede advertir, al relativizar la noción de “verdad” (al menos en el sentido fuerte que le da la noción de verdad como correspondencia), comprobamos de inmediato con Foucault la precariedad de nuestro saber. Su nacimiento puede relacionarse con una serie de conexiones con determinados discursos y también con determinadas estrategias de poder vinculadas a los discursos —y no, como se supone con frecuencia, con una búsqueda suave, inocente, progresiva y libre de la “verdad”—. Al final, como dice nuestro autor siguiendo a Nietzsche “no existen la naturaleza del conocimiento, la esencia del conocimiento, las condiciones universales para el conocimiento, sino que el conocimiento es cada vez más el resultado histórico y concreto de condiciones que no tienen que ver con el conocimiento”¹¹.

Todo ello contribuye a que, lógicamente, lleguemos a una tercera consecuencia importante de la mirada foucaultiana sobre la historia: el

10 Expresión de P. Cappellini, “Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità”, en Íd./B. Sordi (eds.), *Codici: una riflessione di fine millennio (Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 11-68.

11 Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, cit., p. 24.

intento de liberar el conocimiento histórico de los intentos de universalización y de completitud. Foucault nunca va en búsqueda del sentido de la historia (como se estuviese inscrito en el cosmos, en la voluntad de Dios o en los principios inmutables de la razón humana). Por ejemplo, se preocupa menos de la “historia de la violencia en las prisiones” (como de modo un tanto desastroso fue subtitulada la versión brasileña de su libro *Vigilar y Castigar*) que de las prácticas de vigilancia y de encarcelamiento en determinadas épocas, de acuerdo con reglas discursivas muy precisas, o de intentar explicar que el encarcelamiento fue propiciado por ciertas prácticas políticas y discursivas. Es decir, empleando una expresión de nuestro filósofo, es menos la historia de una práctica racional que la historia de la racionalidad de una práctica. Para Foucault solo existen prácticas y discursos que se entrelazan en una determinada época histórica, motivo por el cual rechaza una búsqueda de la trascendencia que no esté vinculada a la radical historicidad de este mundo.

Eso implica, como se puede advertir, el abandono de una perspectiva antropológica y filosófica que busque en el hombre (o en determinadas características consideradas “esenciales”, “eternas” y “tranhistóricas”) la consecuencia de su “ser histórico”. Al contrario, Foucault quiere demostrar que los estudios sobre el hombre –y en particular el fundamento del estudio de la historia del hombre hoy imperante– resultan de las características de un terreno epistemológico muy preciso y definido que surge en una época muy concreta que él designa justamente como la “era de la historia”¹². Foucault, a este respecto, dice que

No se trata en absoluto de elaborar una historia global –que reagruparía todos sus elementos en torno a un principio o a una forma única–, sino más bien de abrir el terreno de una historia general en la que se podría describir la singularidad de las prácticas, el juego de sus relaciones y la forma de sus dependencias. Y es en el espacio de esta historia general donde podría situarse como disciplina el estudio histórico de las prácticas discursivas¹³.

Finalmente, una cuarta consecuencia del análisis foucaultiano de la historia es el énfasis que le da a las categorías de ruptura y de discontinuidad –exactamente al contrario del “*modus operandi*” del positivis-

12 A este respecto, véase M. Foucault, *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1992, pp. 231 ss.

13 Foucault, *Saber y Verdad*, cit., p. 65.

mo/historicismo y de cierto marxismo-. Cuando se contempla la historia como una sucesión de métodos significa que existen determinadas reglas del discurso que no son necesariamente reducibles a otro método o, dicho de otro modo, la comprensión de la transición y de la continuidad de una época a otra no será automática (cuando existieron en ellas diferentes criterios de producción del discurso y de “verificación”), igual que una ciudad descubierta por una excavación arqueológica tiene criterios de organización diferentes de la ciudad que se construyó sobre la antigua.

Como dice Foucault,

la historia de un concepto no es, de ningún modo, la de su refinamiento progresivo, su racionalidad siempre creciente, su grado de abstracción, sino la de los distintos planos de constitución y de validez, la de sus sucesivas reglas de uso, la de los múltiples medios teóricos con que se realizó y concluyó su elaboración¹⁴.

Así pues, la discontinuidad¹⁵, frecuentemente tan estigmatizada, se convierte en un elemento importante del análisis histórico, con un triple papel¹⁶: 1) se convierte en una operación deliberada del historiador, que distingue los niveles de análisis y los métodos que son adecuados a cada uno de ellos y las periodizaciones que le resultan convenientes; 2) es el resultado de la descripción del historiador, que busca los límites y los puntos de inflexión del proceso; 3) es un concepto siempre explícito, que asume una forma y una función específicas de acuerdo con el tema que se debate.

La discontinuidad, pues, es “al mismo tiempo instrumento y objeto de investigación, delimita el terreno del que es efecto y permite indi-

14 Foucault, *A Arqueologia do Saber*, cit., p. 5.

15 En un conocido texto titulado “Nietzsche, a genealogia e a história”, Foucault, en la línea del filósofo alemán citado en el título de su artículo, manifiesta lo siguiente: “Hay que destruir todo lo que permite el juego tranquilizador de los reconocimientos. Saber, incluso en el orden histórico, no significa ‘volver a encontrar’ ni tampoco ‘volver a encontrarnos’. La historia será ‘efectiva’ en la medida en que vuelva a introducir lo discontinuo en nuestro propio ser. Dividirá nuestros sentimientos: dramatizará nuestros instintos; multiplicará nuestro cuerpo y lo enfrentará a sí mismo. No dejará bajo sí nada que tenga la estabilidad tranquilizadora de la vida o de la naturaleza: no se dejará llevar por la muda obstinación hacia un fin milenar. Hundirá aquello sobre lo que se la quiere hacer descansar, y porfiará contra su pretendida continuidad. El saber no se ha hecho para comprender; se ha hecho para zanjar”. M. Foucault, *Ditos & escritos (IV): arqueologia das ciências e historia dos sistemas de pensamento*, p. 272.

16 Foucault, *A Arqueologia do Saber*, cit., pp. 10 ss.

vidualizar los temas”¹⁷. Los diferentes terrenos, en vez de ser tratados de modo continuo y uniforme, se dotan de distintas historicidades (lo social, lo económico, lo cultural, etc.) cada cual con una base histórica delimitada¹⁸. Esto hace posible observar un envoltorio jurídico más delimitado por diversos condicionantes, separado del “gran progreso” humano general y limitado por diferentes estrategias de poder y por diferentes configuraciones del saber que le han dado significados, papeles e interpretaciones absolutamente distintos a lo largo del tiempo. Todo esto, obviamente, hace temeraria la actitud de somete el pasado a la *tabula rasa* de los condicionantes del presente –tan distintos de los del pasado¹⁹–.

En esta línea, el propio Foucault advierte, en *La arqueología del saber*:

Denunciaremos, entonces, el asesinato de la historia cada vez que veamos que en un estudio histórico –y sobre todo si se trata del pensamiento, de las ideas o de los conocimientos– son utilizadas, de manera demasiado explícita, las categorías de la discontinuidad y de la diferencia, las nociones de umbral, de ruptura y de transformación, la descripción de las series y de los límites. Denunciaremos el atentado contra los derechos imprescindibles de la historia y contra el fundamento de toda posible historicidad²⁰.

3. La idea de “sociedad de la seguridad” y la historia del derecho público

Una vez establecidas algunas líneas generales de las contribuciones de Michel Foucault a la historia, este ensayo da ahora su paso más osado (y más concreto): buscar la contribución de Foucault a la historia del derecho, analizando la noción “sociedad de la seguridad” presente, sobre todo, en su curso dictado en el *Collège de France* en 1977-1978 titulado “Seguridad, territorio y población”, y que ha sido editado en francés recientemente (en 2004), por la Seuil/Gallimard²¹. De modo más concreto, se intentará entresacar algunas

17 *Ibíd.*

18 I. Araújo, *Foucault e a crítica do sujeito*, Curitiba, UFPR, 2000, p. 58.

19 R.M. Fonseca, “A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault”, *Gênese. Revista de Direito Processual Civil*, 17 (2000), p. 578.

20 Foucault, *A arqueología do saber*, cit., p. 16.

21 Respecto al tema de la gubernamentalidad en Foucault, véase S. Chignola (ed.), *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*, Verona, Ombre Corte, 2006.

contribuciones específicas (o tal vez pistas, ideas) que ofrece el concepto “sociedad de la seguridad” para el estudio de la formación de los aparatos jurídico-políticos a partir del cambio desde finales del siglo XVIII hasta comienzos del siglo XX (período que muchos denominan *liberal*). En suma, se trata de comprobar cómo afecta esta categoría foucaultiana a las formas tradicionales de abordar el Estado de derecho liberal, representado simbólicamente por las formas políticas que adoptó en los países europeos (y, en particular, en los países latinoamericanos), principalmente en el siglo XIX.

El problema político que plantea aquí Foucault debe incluirse en el conjunto de sus estudios sobre el poder. Como se sabe, Foucault separa (algunas veces incluso pareciendo contradictorio) dos grandes clases de poder: el soberano (o legal, o jurídico) y el disciplinar. El primero es aquel con el que los juristas están habituados a trabajar: es el poder que se encarna de modo simbólico en la figura de un Estado soberano; es la idea de poder que tiene origen en la idea hobbesiana del pacto que se apropia de los poderes privados, pacto que arrebató de las manos de los particulares, con el consenso de sus partícipes, las formas de poder que antes tenían asegurados en el “estado de naturaleza”; es, pues, el poder que solo se identifica con el soberano; es la teoría que considera el poder como algo que supera a los individuos y que actúa desde la cúspide en sentido descendente; es el poder que, una vez establecido por el pacto, es entendido como el cese de la guerra (a la vez que la institución de la ley civil significa instituir los criterios que garantizan la paz); es el poder que veta, prohíbe y también, eventualmente, puede producir la muerte; es el poder que, por lo general (sobre todo en el siglo XIX), establece los límites negativos de actuación de los particulares. El segundo (el poder disciplinar) no puede encarnarse en una figura política específica, pues se localiza en la sociedad y no se encuentra apenas en la “esfera pública” o en manos del soberano; es una idea de poder que, en realidad, introduce al soberano en una red de estrategias de poder en las cuales tiene una participación importante pero nunca exclusiva; es la idea de poder que investiga cómo instituciones y saberes (prácticas y discursos) entrelazados producen efectos de poder sobre corporalidades específicas, moldeándolas, examinándolas y clasificándolas, y que no tiene un sentido o una dirección concreta, pues actúa en red; es el poder que implica la continuación de la guerra (como dice Foucault, invirtiendo las palabras de Clausewitz, “la política es la continuación de la guerra por otros medios”²²); es un poder que actúa también de

22 M. Foucault, *Em defesa da sociedade*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 5

modo positivo, construyendo y moldeando subjetividades y que, ante todo, busca *gestionar la vida*; es el poder que, más que establecer vetos e interdicciones, establece patrones positivos de actuación para los cuerpos, de forma que puedan ser encuadrados en una *norma*²³.

En suma, para Foucault existe un poder jurídico o soberano y existe otro normalizador (en el sentido de adecuar a una *norma*, un patrón) que, en el caso del poder disciplinario (que es una especie de poder normalizador), actúa sobre las individualidades corpóreas. Esta actuación normalizadora (estudiada ejemplarmente por Foucault en el caso de las prisiones, de los hospitales psiquiátricos, etc.) es la que, con un aparato institucional-discursivo, moldea los cuerpos mediante un determinado patrón (disciplinándolos y docilitándolos) y forja subjetividades.

A partir de estos límites puede introducirse la idea de “sociedad de la seguridad”. Los llamados “dispositivos de seguridad” (típicos de la “sociedad de la seguridad”) son aquellos que Foucault ya denominó poco antes en algunos escritos “dispositivos biopolíticos”²⁴. Es decir, es el conjunto de estrategias normalizadoras que aparecen en un determinado momento histórico para descubrir la cuestión de la “población” que surge en el siglo XVIII. Esto es, aquí no se trata ya de normalizar los cuerpos (como en el caso del poder disciplinario), sino de normalizar las poblaciones o los conjuntos de población considerados en sus marcos biológicos. Aparecen así para el poder cuestiones como la mortalidad, la morbilidad, la natalidad, etc. El problema de la vida (de las dolencias, de la vejez, de la infancia, pero también de los flujos en las ciudades, de la gestión de los tránsitos y de los accesos) se convierte entonces en una cuestión central de la política. Se trata, por tanto, del nacimiento de otra técnica de poder (paralela y que no sustituye a la técnica disciplinaria) también de naturaleza normalizadora. El poder jurídico del soberano, según Foucault, se enfrentará progresivamente a esta forma de gestionar la vida, incorpo-

23 Sobre el poder disciplinario, véase sobre todo M. Foucault, *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*, 5ª ed., Petrópolis, Vozes, 1987; Foucault, *Em defesa da sociedade*, cit., pp. 27-48, y también el curso en el *Collège de France*: M. Foucault, *O poder psiquiátrico*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 25 ss. Y para una discusión más amplia sobre la noción de norma, véase F. Ewald, *Foucault, a norma e o direito*, Lisboa, Vega, 1993.

24 Sobre todo en Foucault, *Em defesa da sociedade*, cit., pp. 285-315, y M. Foucault, *História da sexualidade: a vontade de saber*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Graal, 1997, pp. 127-149.

rando muchas veces, en los ámbitos político y legal, estrategias de origen normalizador.

Uno de los ejemplos mencionados por Foucault puede ser esclarecedor: es el relativo a cómo difieren a lo largo del tiempo las “estrategias” ante el problema de las enfermedades, lo que indica distintas formas de “gobierno”. El primer modelo es el relativo al modo de organización de los leprosos, regido fundamentalmente por un aparato jurídico de leyes y reglamentos (además de un aparato ritual y religioso), de modo que se creaba una distinción binaria entre quien era leproso y quien no lo era. Aquí se estaba ante un sistema típicamente *legal*. El segundo modelo era el de la peste (siglos XVI y XVII), cuando se introdujeron nuevos mecanismos: aquí se siguen objetivos y técnicas diferentes, subdividiéndose el territorio o una ciudad y sometiénolos a una reglamentación que indique, por ejemplo, cuándo se puede entrar o salir, el comportamiento que debe seguirse en casa, cómo y cuándo se puede salir, la alimentación y el comportamiento que debe observarse en casa, las prohibiciones de contactos, las obligaciones de presentarse a un inspector regularmente, etc. Aquí se está ante un sistema típicamente *disciplinario*. Finalmente, el tercer modelo es el de la viruela (a partir del siglo XVIII)²⁵, en el cual el problema primordial no es imponer una disciplina (aunque los mecanismos disciplinarios no desaparezcan), sino crear mecanismos para controlar a cuantas personas (y según la edad y las condiciones) estén afectadas por la dolencia, así como cuál es la tasa de mortalidad, los riesgos derivados de la inoculación, cuáles las probabilidades de muerte e infección, etc. La cuestión, así, no es la exclusión (caso de la lepra) o la cuarentena (como en el caso de la peste), sino tener en cuenta el riesgo de epidemias y la promoción de las campañas médicas gracias a las cuales se intenta acabar con los fenómenos endémicos o epidémicos. Aquí se está ante un sistema que imita los *mecanismos de seguridad*²⁶.

En suma, Foucault va mostrando que en el funcionamiento de estas diferentes estrategias, “la ley prohíbe, la disciplina prescribe y la seguridad, sin vetar o prescribir, dotándose eventualmente de algún instrumen-

25 Hoy se podría añadir además, en parte, el modelo del SIDA, como ha demostrado con competencia W. Guandalini Jr., *A crise da sociedade de normalização e a luta jurídica pelo biopoder: o licenciamento compulsório de patentes retrovirais*, Curitiba, tesis de máster en derecho, 2006.

26 Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., pp. 20-21.

to de interdicción o de prescripción, tiene la función esencial de responder a una realidad para anularla o limitarla o frenarla o regularla²⁷. Se observa, pues, la aparición de una nueva técnica de poder con nuevos mecanismos y nuevos objetivos, y que se va a aplicar “al eje soberano-súbdito, que exige la sumisión total y pasiva del segundo en relación con el primero” (eje absolutamente familiar para el observador-jurista y básicamente objeto único de su atención), pero sin mecanismos aplicables a procesos “naturales o, también, simplemente como elementos de la realidad”²⁸. En este caso (y también en otros como la organización de las ciudades o el tratamiento del problema de la escasez²⁹), se trata de una estrategia que pone en primer plano un foco absolutamente nuevo y que se convierte en prioritario: ya no los individuos, sino las poblaciones. Como dice Foucault, “los individuos solo son adecuados como instrumento, como paso, como condición para obter alguna cosa en el nivel de la población”³⁰.

Aparece entonces este personaje insólito y extraño para la teoría jurídica: la población. Se trata de un “nuevo sujeto colectivo totalmente extraño al pensamiento jurídico y político de los siglos anteriores” que “se muestra aquí con toda su complejidad y con sus cesuras”³¹. Y, más aún, la cuestión del gobierno de las poblaciones aparece como “algo profundamente diferente del ejercicio de una soberanía que aspira a descender a los detalles más minuciosos de los comportamientos individuales”, demostrando que de hecho se está, como dice Foucault, ante “dos economías de poder que me parecen radicalmente diferentes”³². Las relaciones entre la esfera de lo individual y de lo colectivo (que para el pensamiento jurídico generalmente se remiten a los niveles de lo público y lo privado, Estado/sociedad) se recomponen y vuelven a articularse: las relaciones de gobierno son complejas y multilaterales, y el Estado, en cuanto ente soberano y titular exclusivo del ejercicio del poder en un determinado territorio (como repite la teoría creada en el siglo XIX) ya no es simplemente el organizador consciente y altanero de las formas de gestión para conseguir sus objetivos, sino que será, fundamentalmente, el agente a través del cual pasan los mecanismos de seguridad que poseen (tras nocio-

27 *Ibíd.*, p. 47.

28 *Ibíd.*, p. 57

29 *Ibíd.*, pp. 21 ss.

30 *Ibíd.*, p. 43.

31 *Ibíd.*, p. 43.

32 *Ibíd.*, p. 58.

nes como “bien común” e “interés público”) estrategias, técnicas y mecanismos destinados a gobernar las poblaciones en sectores como su mortalidad y morbilidad, en sus flujos, en la gestión de la infancia y de la vejez, etc. La vida (en su marco biológico) se convierte en centro de preocupación de la gubernamentalidad, y este es un dato que los juristas acostumbran a ignorar.

Como se puede observar, a partir del siglo XVIII (cuando la cuestión de la población nace para el saber y los llamados dispositivos de seguridad se utilizan cada vez más como estrategia de gobierno) existe una dimensión de normalización y de gestión de la vida que convive con los mecanismos “puramente” jurídicos y penetra en ellos. En realidad, un examen atento llevaría a la conclusión de que las estrategias jurídicas son cada vez menos inmunes a la actuación de las formas normalizadoras, de modo que la instancia jurídica representa cada vez con más frecuencia el papel de vehículo de los dispositivos de seguridad y se convierte en uno de los medios privilegiados para hacer funcionar dichos mecanismos y permitirles tener influencia.

Marcio Alves da Fonseca percibe con gran precisión esta imbricación que se convierte en el distintivo del funcionamiento del derecho, sobre todo a partir del siglo XIX:

De este modo, la imagen de un derecho normalizado-normalizador se integra en Foucault mediante diversas formas jurídicas como, por ejemplo, los decretos administrativos, las medidas de seguridad, las decisiones judiciales, los arbitrajes que disponen acerca de realidades complejas como el papel y las funciones de los órganos públicos en relación con las necesidades de la sociedad, las condiciones en las cuales se desarrollan las actividades productivas de los individuos en un determinado grupo, los problemas de seguridad social, de régimen de trabajo, de salud pública, de seguridad y de violencia, etc. [...]. Diferentes ámbitos del derecho pueden, entonces, ser examinados en sus implicaciones con los mecanismos de normalización como biopoder, particularmente los del derecho administrativo, del derecho del trabajo, del derecho de las pensiones, del derecho ambiental, de los derechos colectivos, etc.³³

Así pues, la idea de gobierno debe ser evaluada de nuevo por los juristas que la tratan de un modo puramente formal y vinculado a las formas

33 M. Alves da Fonseca, “As imagens do direito em Michel Foucault”, en T.C.B. Calomeni (ed.), *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*, Campos, Faculdade de Derecho de Campos, 2004, pp. 176-177.

de representación política³⁴. El tema de la *gubernamentalidad* es, como Foucault nos hace observar, mucho más amplio que el tratamiento estrictamente jurídico que se da al tema del *gobierno*. Y son justamente estas fecundas reflexiones del filósofo francés sobre la cuestión del *gobierno de los otros* (tema que, en la obra de Foucault, precede a los diferentes análisis de los años 80 sobre el *gobierno de sí*) las que abren perspectivas interesantes no solo para el jurista en el análisis sobre el poder, sino también para el historiador del derecho que quiere comprender el funcionamiento del Estado desde comienzos de la modernidad. El historiador francés Paul Veyne, en un texto muy conocido en el que se centra sobre la obra de Foucault (y su pertinencia para el historiador), estaba atento a este particular:

En lugar de creer que existe una cosa llamada “los gobernantes” a la que se someten los gobernados, pensemos que los “gobernados” pueden ser tratados siguiendo prácticas tan diferentes según la época que dichos gobernados no tienen en común sino el nombre. Se les puede disciplinar, esto es, ordenar lo que deben hacer (si no hay nada prescrito, no deben moverse); se les puede tratar como sujetos jurídicos: ciertas cosas son prohibidas pero, dentro de ese límite, se mueven libremente; se puede abusar de ellos, y fue lo que hicieron muchas monarquías [...]³⁵.

El análisis del poder, del gobierno y de la forma adoptada, a partir de estas premisas, por el llamado “Estado liberal” del siglo XIX necesita una importante adaptación. De hecho, normalmente consideramos que este es un período en el que el Estado está muy ausente (principalmente si se compara con las formas de actuación del *welfare state* del siglo XX), proclamando libertades destinadas especialmente a los individuos. Se considera que el modelo que se inicia con la Revolución francesa de 1789 pretende instituir “la

34 El propio Foucault, en una entrevista concedida en 1984, demuestra ser muy consciente de los dos planos (no excluyentes, pero sí complementarios) del análisis del problema de las distintas formas de *gobierno* que presiden la historia política reciente: “[...] si se intenta analizar el poder, no a partir de las libertades, de las estrategias y de la gobernabilidad, sino a partir de la institución política, solo podrá considerar al sujeto como sujeto de derecho. Tenemos un sujeto que tenía derechos o que no los tenía y que, por la institución de la sociedad política, recibió o perdió derechos: a través de esto se nos remite a una visión jurídica del sujeto. Como contrapartida, la noción de gobernabilidad permite, creo, hacer valer la libertad del sujeto y la relación con los otros, esto es, lo que constituye la materia propia de la ética”, en M. Foucault, *Ditos & escritos V: ética, sexualidade, política*, M. Barros da Motta (ed.), Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 286.

35 P. Veyne, *Como se escreve a história*, 3ª ed., Brasília, UNB, 1995, p. 154.

sociedad civil de los individuos, y la sociedad de los individuos políticamente activos con su autónoma subjetividad distinta y precedente al Estado, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un poder constituyente ya estructurado”³⁶. Los Estados del siglo XIX se enfrentan a la cuestión de la unidad política invocando la supremacía de la ley proveniente de la nación (representada en el parlamento), a la cual incluso el Estado debería someterse. El “Estado de derecho” del siglo XIX resuelve así el problema de la autoridad y del poder, proclamando que la única fuente de autoridad (a la cual él mismo debía obedecer) era la ley —lo que fue consagrado y legitimado por juristas de la época como el alemán Georg Jellinek y el francés Raymond Carré de Malberg³⁷.

Pero ante lo que ya se dijo, hay que advertir que, de un lado, el problema de la población radica también en orientar la acción de los gobiernos y en delimitar el ejercicio de las libertades de un modo mucho más elocuente de lo que se puede imaginar. Aquel Estado estructurado (según la doctrina de la “teoría general del Estado” del siglo XIX) partiendo de la idea del imperio de la ley y de la soberanía del Estado que asienta su autoridad en la tripartición de poderes se modera: las formas de *gubernamentalidad* y de gestión de la población están mucho más allá de de un Estado ausente y que solo se interesa por los individuos. La ley, por otro lado, deja de presentarse como instrumento único y exclusivo de la gestión política: las más diversas formas de reglamentación (típicas de los mecanismos de seguridad), que son muchas veces infralegales y otras veces están incluso al margen del sistema clásico de fuentes del derecho, conocen y cumplen una función fundamental en gestión de la vida a partir de finales del siglo XVIII. Así pues, la idea pura de un “Estado legislativo” en la llamada “era liberal” parece oscurecerse un poco ante las numerosas formas de gubernamentalidad que surgen en los saberes y en las prácticas normalizadoras del período.

Aunque muy indiciarias, estas observaciones de Foucault sobre los problemas del gobierno, especialmente cuando se trasladan a los modelos del siglo XIX, acaban siendo tremendamente estimulantes para el discurso histórico-jurídico y en especial para el discurso de la historia del derecho público moderno: señalan pistas importantes (que ciertamente deberán ser

36 M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta/Universidad Carlos III de Madrid, 1996, p. 43.

37 G. Bercovici, “As possibilidades de uma teoria do Estado”, *Revista de História das Idéias*, 26 (2005), pp. 10-11.

exploradas de modo cuidadoso en las fuentes respectivas) para revisar modelos y observar con más atención las *formas de gobierno* de ese pasado cuya herencia aún nos es tan vital, contribuyendo también, quién sabe, a la “ontología histórica de nosotros mismos”, en cuanto gobernados por mecanismos aún no descubiertos del todo por el discurso jurídico más tradicional.

WALTER BENJAMIN, LA TEMPORALIDAD Y EL DERECHO

você pára
 a fim de ver
 o que te espera
 só uma nuvem
 te separa
 das estrelas

Paulo Leminski

1. *El legado*

La herencia teórica de Walter Benjamin es rica y compleja. Pocos autores ligados a la denominada “escuela de Frankfurt” son tan singulares o son tan difíciles de encuadrar en un molde o en un esquema teórico concreto.

Y esto sucede, en parte, por la apropiación que sus intérpretes hicieron de él dando lugar a diferentes Walter Benjamin. Existe el Benjamin un tanto místico, a partir sobre todo de la interpretación de su amigo Scholem, para quien el autor tiene, a manerna de telón de fondo de toda su obra, la teología como único medio transformador; tenemos el Benjamin marxista de la interpretación de Brecht que pretendía “salvarlo” del idealismo; tenemos el Benjamin interpretado por Adorno quien, por su lado, se esforzaba en “salvarlo” del “marxismo vulgar”¹.

1 S.P. Rouanet, *As razões do iluminismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1987, p. 110.

A esto se añade la forma *sui generis* de Benjamin de expresar sus ideas –a veces por medio de aforismos, a veces en forma de ensayo, a veces rigurosamente racional– que hace virtualmente imposible (además de indeseable) la apropiación “oficial” del pensamiento benjaminiano.

A ello hay que sumar la enorme variedad temática de su pensamiento, que hace difícil clasificarlo como sociólogo de la literatura o como filósofo². Tenemos así el Benjamin crítico de la cultura (que analiza las consecuencias de la pérdida de popularidad de las manifestaciones artísticas, especialmente en sus reflexiones sobre la fotografía y el cine); el Benjamin crítico literario, en sus clásicos análisis de la obra de Proust, Kafka y sobre todo Baudelaire; el Benjamin que se centra en el paisaje urbano, con la mirada del “paseante”, con una actualísima crítica del paisaje urbano, analizando las innovaciones introducidas en el París de la segunda mitad del siglo XIX por Haussmann; y, si se quiere, tenemos también el Benjamin que escribe con una seriedad enorme sobre asuntos de extrema banalidad, como, por ejemplo, el arte de esconder huevos de Pascua³. Tenemos finalmente –y es aquí donde quiero centrar la atención– el Benjamin que reflexiona específicamente sobre las formas de narración.

2. La narración y la experiencia

Es importante tratar aquí la discusión de Benjamin sobre la narración (se trate de la narración literaria o de la narración histórica). La narración tiene un papel fundamental en la propia constitución del sujeto, la importancia “de la reanudación salvadora de la palabra de un pasado que, de no

2 Publicación sobre su pensamiento, sobre todo, como filósofo, como se puede advertir por el propio título: A. Benjamin/P. Osborne, *A filosofía de Walter Benjamin*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997.

3 Véase W. Benjamin, *Walter Benjamin: sociologia*, F. Kothe (ed.), São Paulo, Ática, 1985, pp. 37-43, 219-240. W. Benjamin, *Obras escolhidas: magia e técnica arte e política*, 3ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1987, pp. 36-49, 137-164, 165-196; Íd., *Obras escolhidas III: “Charles Baudelaire, um lírico no auge do capitalismo”*, São Paulo, Brasiliense, 1989; Íd., *Documentos de cultura, documentos de barbárie*, selecc. y ed. de W. Bolle, São Paulo, Cultrix/Edusp, 1986, pp. 188-189. Y para una fructífera interpretación de las tesis sobre el concepto de historia, que incluye una delimitación original de la obra benjaminiana, véase M. Löwy, *Walter Benjamin – aviso de incêndio. Uma leitura das teses “sobre o conceito de história”*, São Paulo, Boitempo, 2005.

ser así, desaparecería en el silencio y en el olvido”⁴. De este modo, el telón de fondo de la reflexión benjaminiana sobre la narración (y sobre la historia en particular) se configura con el conflicto existente, de un lado, entre el final de las formas seculares de transmisión y de comunicación y el final de la narración en particular y, de otro, entre la afirmación enfática de la necesidad política y ética del recuerdo.

La discusión sobre la narración y los cambios de su estructura interna se relacionan, así, con la discusión benjaminiana del cambio en la percepción de la “experiencia”. El concepto de “experiencia” es muy importante en Benjamin y tiene conexión con su preocupación por el análisis de la narración histórica. Del mismo modo que la obra de arte sufre en la modernidad (la era de su “reproducción técnica”) una transformación por un proceso de pérdida de popularidad (sobre todo en el cine y en la fotografía) se observa que las formas tradicionales de “experiencia” se van perdiendo en el mundo moderno. Aquí distingue Benjamin la “experiencia” –entendida como tradición colectiva, como algo con raíces remotas tales como la tradición de los proverbios, de “contar” una historia de padre a hijo, de transmisión de la sabiduría de los viejos a los jóvenes– de la simple “vivencia”, mucho más fugaz, despegada y desarraigada y que va sustituyendo progresivamente a la primera. Podría establecerse aquí la semejanza con el proceso que Weber llamó de “desencanto del mundo” (sin querer identificar las ideas de los dos pensadores, muy diferentes entre sí), cuando las esferas axiológicas como el derecho, la religión y la ética se vuelven autónomas, independientes entre sí y más sofisticadas. En esta fase, cuando la “experiencia” cede su lugar a la “vivencia”, las personas pierden también su capacidad de “contar” historias.

Este proceso –descrito por Benjamin– tiene relación con la gran importancia que entonces se produce (en la época de la aparición de las grandes ciudades) con el nacimiento, por ejemplo, de las novelas policíacas. El personaje principal (el detective), en medio de una maraña de acontecimientos aparentemente inconexos y en el caos de la realidad –que es donde encaja el crimen cometido– descubre los hilos aparentemente inexistentes y establece conexiones imprevistas, dando sentido a los hechos al desvelar el delito. También entonces –todavía en este contexto de transición de la “experiencia” a la “vivencia”– se observa el nuevo e inusi-

4 J.-M. Gagnebin, *História e narração em Walter Benjamin*, São Paulo, Perspectiva, 1994, p. 3.

tado valor del interior de las casas para la arquitectura, dado que la casa se convierte en un refugio contra el mundo hostil y anónimo. El individuo burgués sufre una despersonalización generalizada e intenta remediar esta situación apropiándose personalmente de todo lo que le pertenece en la esfera privada: su familia, sus objetos personales, sus muebles, sus fotografías enmarcadas, sus pinturas escogidas y colgadas en la pared⁵.

Al ser desposeído el individuo de su vida pública, que no puede ya ser objeto de apropiación por haber perdido el sentido tradicional (rechazo de la “experiencia”), intenta dejar su marca en los objetos personales, como en las iniciales bordadas en el pañuelo. La figura del coleccionista es también representativa de la filosofía de Benjamin, ya que es quien intenta establecer un orden, una lógica en los objetos, sacándolos de su singularidad y de la desconexión en que se encuentran en la modernidad. “Habitar es dejar rastros”, dice Benjamin en su *París, capital del siglo XIX*⁶. Y no es casual que el terciopelo sea uno de los materiales preferidos en esta época (siglo XIX): los dedos del propietario dejan en él su marca con facilidad⁷.

3. *Narración, temporalidad e historia*

En este proceso de transformación de las formas de percepción de la propia realidad, Benjamin se propone analizar la alteración de las formas de narración en la modernidad y, en concreto para lo que aquí interesa, las particularidades de la narración histórica y de la propia historia. Y en este punto es necesario retomar uno de sus textos más conocidos, titulado tesis “sobre el concepto de historia”, o “tesis sobre filosofía de la historia”. Este texto, riquísimo y controvertido, revelador de un Benjamin al mismo tiempo pesimista y revolucionario, esperanzado y desesperado, utópico y melancólico, fue escrito entre agosto de 1939 y febrero de 1940 y es su último trabajo, considerado por muchos su testamento teórico.

Y en este texto es aún posible acotar, dentro de la discusión sobre la historia, otro tema que, por otra parte, constituye el núcleo del análisis benjaminiano sobre la redención/rescate del pasado: la visión de la temporalidad. En Benjamin, esta noción rompe con la idea corriente sobre el

5 *Ibid.*, p. 68.

6 En Gagnebin, *op. cit.*, p. 68.

7 *Ibid.*

tiempo (que era común al historicismo y a lo que él llama idea de progreso de la socialdemocracia alemana).

Para considerar esta cuestión es interesante recordar un hecho histórico significativo –que es citado por Benjamin en sus tesis⁸– y que puede servir como un buen ejemplo de lo que pretende con su visión sobre la temporalidad. Se trata de un episodio que ocurrió en la revolución de julio de 1830 en Francia (que derrocó por segunda vez la monarquía de los borbones). Al anochecer del primer día de la batalla, los revolucionarios tiraron los relojes de las torres en varios puntos de París, de forma independiente y sin previo acuerdo. Este hecho –que para Benjamin está cargado de significado– demuestra el deseo de ruptura con un tiempo mecánico, con la temporalidad de los relojes, así como necesidad revolucionaria de inaugurar un nuevo calendario y una nueva forma de encarar el paso del tiempo con una irrupción y una quiebra de la continuidad aparentemente tranquilas⁹.

Benjamin quiere referirse aquí a una noción de temporalidad común a los historicistas alemanes (que adoptaban desde el punto de vista metodológico una historiografía que calificaríamos hoy de “historicista” o, un tanto impropriamente, de “positivista”) y a la idea del progreso propia de las izquierdas de la época (la socialdemocracia alemana).

El tono de esta crítica común (que se advierte en varias partes de las tesis) viene dado sobre todo por el impacto que el acuerdo entre Hitler y Stalin (en agosto de 1939) causó en las izquierdas. Las izquierdas vieron que las únicas fuerzas que podrían detener la expansión del nazismo y del fascismo se aliaban con este enemigo que hacía con ellas un pacto de no agresión.

Este acuerdo, en la interpretación de Benjamin, tenía en el fondo una determinada idea de temporalidad (y, de modo más concreto, una idea de progreso) propia de cierta izquierda. Era la idea de que los eventuales retrocesos no eran sino contratiempos para la clase obrera que inevitable, fatal e inexorablemente acabaría venciendo, ya que esta era la ley de la historia. Esta interpretación del proceso histórico –influenciada por el marxismo estalinista oficial– entendía que el movimiento obrero, en el modelo de la interpretación por etapas de los modos de producción,

8 Se trata de la tesis XV, en Benjamin, *Obras escolhidas: magia*, cit., p. 230.

9 M. Löwy, “Messianismo e revolução”, en A. Novaes (ed.), *A crise da razão*, São Paulo/Rio de Janeiro, Cia. das Letras/Funarte, 1996, p. 395.

estaba predestinado (con independencia de su actuación) a imponerse en la historia. En definitiva, esta postura estaba cargada de un conformismo que, según Benjamin, pervertía en extremo el movimiento de los trabajadores. Decía que “nada pervirtió más a la clase obrera que la idea de que nadaba a favor de la corriente”¹⁰. Era la idea de progreso en el seno del movimiento obrero, un progreso que era en realidad ilusorio, que comprometía su acción política y que iba del brazo de una noción de temporalidad que debería ser condenada.

Esta percepción tenía el mismo fundamento que la del historicismo. En este terreno, Benjamin critica la idea (de Leopold von Ranke) de proceder a una reconstrucción del pasado “como de hecho fue”, o la idea (de Fustel de Coulanges) de que el historiador, al reconstruir una época histórica, debe olvidar todo lo que sabe sobre las fases posteriores de la historia (como se puede leer en la tesis 7). Critica a los historiadores que hacen de los hechos su materia prima (como hacen los historicistas de forma general), y elaboran la trama histórica estableciendo los nexos causales necesarios entre esos hechos. Para Benjamin, este tipo de historia, que culmina en una historiografía de tipo universal, se aparta del pasado que pretende examinar porque es una historia que, en realidad, atribuye a los acontecimientos un sentido *a posteriori*, y sobre todo porque establece un encadenamiento y una lógica externos a ellos. Los hechos se conectan con facilidad en el juego de causas y consecuencias. En otras palabras, este tipo de historia establece una determinada linealidad, una armonía y una coherencia que son ajenas a la propia época que está siendo estudiada.

Y la linealidad pertenece siempre a un discurso histórico posterior al evento que quiere relatar. La lógica que imprime dicho historiador es ajena al pasado, pues la época pretérita, cuando es vivida –cualquiera que sea la época– es compleja, dialéctica, rica en virtualidades e imposible de aprehender mediante conexiones simples tal como este discurso historicista quiere hacer creer que ocurre.

Por esta razón, este discurso lineal, como nos dice Hespanha, no pasa de ser una postura que proyecta sobre el pasado las categorías mentales y sociales del presente, haciendo del devenir histórico un proceso (escatológico) de preparación de la actualidad¹¹. Así, este discurso his-

10 Benjamin, *Obras escolhidas: magia*, cit., p. 227.

11 A.M. Hespanha, *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993, p. 51.

torioográfico se divorcia cada vez más del pasado sobre el que se quiere centrar, elaborando un estudio que no es sino un “clon” del presente, atiborrado de valores políticos e ideológicos propios de este presente.

Evidentemente, esto no significa defender una postura de neutralidad axiológica del conocimiento histórico: significa solamente manifestar el “pecado” del historiador que, por ejemplo, intenta comprender la época medieval o la antigua pensando que el hombre de este periodo compartía los mismos principios y valores que el hombre contemporáneo. Tal distorsión –propia tanto de mucha historiografía calificada de “reaccionaria” como de la “revolucionaria”– se da, por ejemplo, cuando se ve en una insurrección de esclavos ocurrida hace dos mil años la típica manifestación primitiva de revolución proletaria.

Y esta forma aparentemente lógica, coherente, lineal y armónica de encararse a la temporalidad –que es en realidad profundamente aleatoria, ya que opta, por motivos a veces ocultos, por determinadas conexiones y no por otras que podrían ser posibles– tiene como consecuencia natural ser excluyente. En la medida en que el escenario histórico, por utilizar una expresión de Benjamin, se considera *uno y único*, en la medida en que el pasado se presenta como un cuadro ya listo y definitivamente pintado, se excluyen cualesquiera otras perspectivas históricas imaginables que acabarían por no imponerse, caminos que podrían haberse proyectado e incluso otras conexiones que podrían haberse hecho con esa misma lógica del encadenamiento de los hechos. La temporalidad lineal representa un tiempo vacío y homogéneo donde solo hay lugar para la suma (encadenada) de hechos, como si el tiempo fuese un receptáculo de forma y tamaño bien definidos. Se eliminan todas las virtualidades históricas y todas las experiencias pasadas que no fueron registradas o que se frustraron, y, en dicha historiografía, solamente hay espacio para los éxitos históricos.

Es decir, el efecto básico del discurso armónico y lineal es ser excluyente, y es excluyente precisamente porque es armónico y lineal. Con ello, prácticamente todo el pasado real y efectivo se oculta y se esconde, y aun así todo él acaba por salir a la luz, ya que el discurso historioográfico opta por una determinada línea de explicación que excluye infinidad de otras. En el caso del “positivismo/historicismo”, como es sabido, se optó por los hechos políticos, militares y diplomáticos.

Y esa exclusión realizada en el conocimiento histórico por el discurso historioográfico refleja en realidad la exclusión que existe en la pro-

pia realidad histórica, que es un proceso continuo de conflictos, luchas y exclusiones.

Con esto se llega a una conclusión fundamental: a la idea de que la historiografía fundada en este tipo de temporalidad y que tiene como base esta linealidad excluyente no es sino una manifestación en el ámbito de la cultura y del conocimiento de un proceso *real* de exclusión, el reflejo de una realidad que acabó por imponerse a base de relegar algunas perspectivas para que otras se impusiesen, el reflejo de una impostura histórica vencedora bajo cuyo peso se encuentra la perspectiva histórica vencida: es lo que Benjamin considera como la historia de los vencedores.

Para Benjamin el método historicista establece una indudable empatía con el vencedor, pues para él “los que en un momento dado dominan son los herederos de todos los que antes vencieron”¹² y la empatía con el vencedor beneficia siempre a estos dominadores. Se percibe de este modo porque para Benjamin no hay un monumento de cultura que no sea también un monumento de barbarie. Para él la cultura está impregnada de esta lógica de exclusión, de este legado de los dominadores, de esta imposición histórica violenta, y la ruptura con este legado es una imposición revolucionaria.

Aquí se percibe, por tanto, que la tarea de fundar una nueva temporalidad tiene para Benjamin un doble aspecto: teórico –en la medida en que pretende suplantarse una idea de conocimiento histórico que se aleja verdaderamente cada vez más de la realidad pasada que pretende estudiar– y político –en la medida en que la ruptura con la perspectiva historiográfica tradicional (que es la historia de la exclusión) significa romper con la propia perspectiva de los dominadores y con la historia de los vencedores.

En una de sus tesis Benjamin intenta describir el “ángel de la historia” tal como fue retratado por Paul Klee y que, por su carácter representativo de la historia como violencia, como dominación y como catástrofe, merece transcribirse:

Hay un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*. Representa un ángel que parece querer apartarse de algo que mira fijamente. Sus ojos están bien abiertos, su boca agrandada, sus alas abiertas. El ángel de la historia debe tener este aspecto. Su rostro se vuelve hacia el pasado. Donde nosotros vemos una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única que acumula incansablemente ruinas sobre ruinas y las esparce a sus pies. Le gustaría

12 Benjamin, *Obras escolhidas: magia*, cit., p. 225.

detenerse para despertar a los muertos y juntar los fragmentos. Pero una tempestad sopla desde el paraíso y sostiene sus alas con tal fuerza que ya no puede cerrarlas. Esa tempestad le impele irresistiblemente hacia el futuro, al que vuelve la espalda, mientras los montones de ruinas crecen hasta el cielo. Esa tempestad es lo que llamamos progreso¹³.

Como se advierte, para Benjamin, como además él mismo mantiene al final de la tesis 7, se trata de cepillar la historia a contrapelo¹⁴.

Y, al final, ¿qué idea sobre la temporalidad expone Benjamin para dar lugar a esta noción de temporalidad lineal, excluyente y enlazada con la noción de progreso?

Es una noción que, en primer lugar, rompe con la imagen geométrica de la línea (ascendente) y con la idea de tiempo como algo donde se pueden almacenar datos, eventos y acontecimientos. El pasado, para Benjamin, solo puede abrirse al presente en el momento en que este le mira. Para explicarlo mejor: solo en el momento preciso en que el presente viviera lo que Benjamin denomina “instante de peligro”, en el momento en que hubiera una exigencia presente de recordar, una necesidad de redimir el pasado, es cuando este pasado puede mostrarse. Es decir, el pasado se muestra cuando es invocado por el presente. En palabras del propio Benjamin, “articular históricamente el pasado [...] significa apropiarse de una reminiscencia tal como centellea en un momento de peligro. El materialista histórico puede fijar una imagen del pasado tal como se le presenta [...] al sujeto histórico”¹⁵. Así pues, el pasado no puede ser considerado como una escena lista y acabada, sino que, al contrario, difícilmente se deja fijar. “[...] (El) pasado transcurre veloz. [...] Solo se deja fijar como una imagen que centellea definitivamente en el momento en que es reconocido”¹⁶, y no será recuperable si no se siente contemplado por el presente. La historia se compone de “un tiempo saturado de «ahoras»”¹⁷, y cada uno de estos “ahoras” debe ser capaz de hacer estallar el *continuum* de la historia y de irrumpir en la temporalidad y detener la continuidad supuestamente “tranquila” de la historia oficial. En vez de presentar una imagen “eterna” del pasado, el historiador comprometido con la historia de los vencidos hace del pasado una experiencia única¹⁸.

13 Ibid., p. 226.

14 Ibid., p. 225.

15 Ibid., p. 224.

16 Ibid.

17 Ibid., p. 229.

18 Ibid., p. 231.

Intentando resumir y simplificar esta visión benjaminiana, podemos decir que para Benjamin (y esto está apuntado en la tesis 3) nada está perdido para la historia. Dice que solo la humanidad completamente redimida podrá apropiarse totalmente de su pasado y solo para la humanidad redimida se puede convocar cualquiera de los momentos del pasado. Y para ello no se puede considerar la temporalidad como algo lineal, acabado y coherente, sino como algo que solo se presenta cuando es contemplado por el presente en el momento en que el presente invoca su redención. Se trata de un instante en que el tiempo centellea fugazmente (y solo centellea porque el presente intuyó el indicio del pasado que lo impulsaba a la redención y pudo despertar en él algunas chispas de esperanza¹⁹). Es un momento preciso de conexión entre pasado y presente que, según J. M. Gagnebin, transforma tanto el pasado como el presente, pues “transforma el pasado porque este adopta una nueva forma que podría haber desaparecido en el olvido; transforma el presente porque este se muestra como la realización posible de esa promesa anterior que podría haberse perdido para siempre y que aún puede perderse si no la descubrimos grabada en las líneas de lo actual”²⁰. Es una tarea (también emprendida por Proust según el análisis que de él hace Benjamin) que “no consiste en reencontrar el pasado en sí mismo –que tal vez fue bastante insustancial– sino la presencia del pasado en el presente y el presente que ya está allí, prefigurado en el pasado, esto es, una profunda semejanza más fuerte que el tiempo que pasa y que se desvanece sin que podamos conservarlo”²¹.

Se trata, en fin, de una tarea de envergadura ética y política: la tarea de recordar. Y recordar, en el sentido aquí de búsqueda de algo más concreto que lo contingente y lo superficial, que la vivencia; se busca la propia experiencia, en la distinción ya referida abordada por Benjamin. Como él declaró en su texto *Una imagen de Proust*, “un acontecimiento vivido es finito, o por lo menos está encerrado en la esfera de lo vivido, mientras que el acontecimiento recordado lo es sin límites, porque es solo una clave para todo lo que veo antes y después”²². Pero la conexión establecida entre pasado y presente no apunta a una especie de “restauración” de un pasado idílico, sino a la transformación del presente, con una acti-

19 *Ibíd.*, p. 224.

20 J.-M. Gagnebin, “Prefacio”, en Benjamin, *Obras escolhidas: magia*, cit., p. 16.

21 *Ibíd.*, pp. 15-16.

22 Benjamin, *Obras escolhidas: magia*, cit., p. 37.

tud revolucionaria por tanto, con vistas al futuro. Es una teoría historiográfica revolucionaria, definida como recuperación y recuerdo salvadores de un pasado olvidado, perdido, reprimido o negado²³, que enfatiza la intensidad del tiempo histórico con su virtualidad de poder hacer estallar el tiempo cronológico propio de la perspectiva de los dominadores²⁴.

4. *Historia y derecho*

Al adoptar estos presupuestos, estas nociones producen diversas consecuencias para el derecho y, modo más concreto, para las formas de afrontar la temporalidad del derecho.

En primer lugar, se puede citar la imperiosa necesidad de recusar y denunciar la forma de enfrentarse al pasado jurídico, tal como se hace en gran parte de las “introducciones históricas” de los manuales jurídicos, en las que el pasado del derecho se dispone exactamente como un escenario único y uno y en las que generalmente se lee, por ejemplo, que el derecho del trabajo habría surgido de un proceso natural, pacífico y lineal en la evolución de las relaciones de trabajo, de modo que la instancia jurídica se fue acomodando “naturalmente” en el seno de estas relaciones. Casi todos los manuales de derecho laboral, por citar otro ejemplo, al describir el movimiento de los trabajadores, ignoran el papel del anarcosindicalismo brasileño de comienzos de siglo, presentándolo siempre como una fase “preliminar” del movimiento obrero, o incluso como un movimiento de revoltosos inconsecuentes, sin percibir la importancia de este fundamento ideológico en la constitución de los derechos de los trabajadores que fue, prácticamente, la única inspiración ideológica del proletariado de Brasil durante casi tres décadas²⁵. O véase el caso de los manuales de derecho mercantil, que la mayoría de las veces están hechos de tal modo que presentan la historia de las relaciones de comercio actuales como la culminación de toda una formación económica (también “armoniosa y pacífica”), haciendo como si en este terreno fuera inexistente una realidad conflictiva y violenta entre mercados, grupos y personas, e ignorando que

23 Gagnebin, *História e narração*, cit., p. 2.

24 *Ibid.*, p. 10.

25 R.M. Fonseca/M. Galeb, *A greve geral de 17 em Curitiba: resgate da memória operária*, Curitiba, Ibert, 1996.

en realidad el proceso histórico se hace con luchas, avances y retrocesos, en medio de una enorme complejidad histórica.

En estos casos la “trama histórica” se teje de modo que resulte una historia armónica, coherente, lógica y enlazada, ignorando la verdadera complejidad con que se presentan los fenómenos en el tiempo, en un terreno donde en realidad el único momento de verdadera armonía está en la forma como esta historiografía describe todos estos procesos.

Y esto hace que el derecho actual se considere simplemente como el resultado natural, lógico e inevitable del proceso histórico, cuando la verdad es que está latente en nuestra realidad toda una serie de virtualidades históricas derrotadas o no elegidas por la historiografía oficial. Quiero decir que la historia del derecho (que esté orientada metodológicamente de modo evidente por esta noción de temporalidad) acaba cumpliendo la triste tarea de justificar y legitimar el derecho actual.

En segundo lugar, se debe desconfiar de cualquier explicación histórica del derecho que presente el pasado jurídico occidental como una tranquila yuxtaposición (o suma) de tradiciones del derecho romano, del derecho canónico y del derecho germánico. Esta interpretación está vinculada a la linealidad antes mencionada, ignorando la obvia complejidad a la que el derecho hoy vigente acabó por imponerse históricamente²⁶.

De lo dicho hasta aquí se extrae una tercera conclusión importante: ya que la historia del derecho no es (o por lo menos no puede ser) un instrumento legitimador y justificador del derecho vigente, tampoco puede ser considerada como un método que se preste únicamente a la tarea auxiliar de encontrar el “sentido de las normas” por medio de la “interpretación histórica”²⁷. Y esto, entre otras razones, porque la historia del derecho no es solo la historia de las leyes: hay, de hecho, un nivel “inferior” al nivel legislativo en el que el derecho regula las situaciones concretas y se transforma en “vida” (como en las sentencias, en la actividad de los abogados, en las decisiones de los órganos administrativos, en la doctrina, etc.)²⁸. Más allá de esto existe toda una gama de recursos reguladores

26 R.M. Fonseca, “Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico”, *Revista da Faculdade de Direito*, 28 (1994-1995), pp. 254-255.

27 F. Wieacker, *História do direito privado moderno*, Lisboa, Caluste Gulbenkian, 1980, pp. 3-4.

28 A.M. Hespanha, *História das instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 18.

“pluralistas” y no oficiales totalmente ajenos a la ley. Por otro lado, la propia ley no puede ser considerada como un objeto privilegiado de análisis histórico en vista de un hecho singular: la mayoría de las veces (y esto es más real cuanto más se distancia de la modernidad) existe una distancia sensible entre el derecho legislado y el derecho practicado²⁹.

Una cuarta consecuencia importante para el derecho a partir de este nuevo enfoque historiográfico, ya señalada antes: hay que estar atento a las infinitas formas reguladoras que forman parte de un pasado jurídico en el que la ley se impuso como medio privilegiado solo recientemente. Esto es: es necesario reconocer el profundo pluralismo jurídico imperante en todo el pasado jurídico, en una tarea de relativización del monismo jurídico desde el punto de vista histórico y sociológico. La historia, aquí, al decir de Hespanha, cumple la función de producir un conocimiento crítico y distanciado de los mecanismos legislativos, reduciendo el efecto ideológico que consiste en creer tanto en su predominio como en su inevitabilidad y ayudando a reflexionar sobre el derecho en su dinámica histórica real³⁰. Esto supone considerarlo fuera de esta “línea” coherente y armónica que resulta inevitablemente del derecho presente y de la falsa idea de que la legislación es la única vía histórica posible.

No se quiere decir que se tengan que rescatar para el presente formas arcaicas de regulación jurídica. Como dice Hespanha, es una fantasía suponer que el derecho primitivo sería la base del igualitarismo, de la armonía y de la justicia. Por el contrario, los procesos comunitarios de constricción son muchas veces órdenes opresivos y sofocantes que reproducen en muchas ocasiones los desequilibrios locales de poder. Pero relativizar el derecho “legal” sirve como importante instrumento de análisis para criticar el orden jurídico vigente (monista), permitiendo diagnosticar su crisis a través de una propuesta para “redimensionar la legalidad” que coloque en sus debidos límites la evidencia de que la ley es solo una de las formas de control social³¹.

29 Hespanha, *História das instituições*, cit., p. 21.

30 Hespanha, *Justiça e litigiosidade*, cit., p. 29.

31 *Ibid.*, p. 28.

5. *Conclusión*

La temporalidad benjaminiana, por tanto, rompe con la perspectiva temporal e historiográfica que contemporiza con el discurso de los vencedores. Busca una noción radical de recuerdo del pasado –a través de la implosión de la temporalidad tranquila de la historia oficial– para que los vencidos puedan volver a apropiarse de su voz.

Las consecuencias para la comprensión del derecho no son despreciables, especialmente si se considera que para el jurista la historia casi siempre cumple el papel poco digno de legitimador y justificador del modelo normativo actual. La ruptura con la linealidad de la historia tradicional del derecho significa reavivar el propio discurso crítico sobre la formación de la instancia jurídica, además de implicar una importante relativización de dogmas asentados hasta hoy entre los operadores del derecho (tal como la inevitabilidad de la ley, o la de su forma y su modo de aplicación, etc.).

La época presente muestra la existencia de una serie de “momentos de peligro”. La crisis de legitimación del Estado (agravada por el hecho de que el propio Estado, en su actuación administrativa, se convierte en uno de los mayores responsables de la degradación del sistema jurídico), así como su creciente incapacidad para dar cuenta desde el punto de vista normativo de toda la gama de nuevas relaciones sociales y económicas, ponen en jaque su propia esencia. El derecho, en la tradición de nuestro modelo monista, va a remolque. Un discurso que se apresura a extraer las conclusiones convenientes de todo este momento de transformación global apunta a la destrucción del Estado de derecho. Es justamente en estos “momentos de peligro” cuando el esfuerzo de reflexión debe acudir a la explicación histórica para buscar la solución de sus dilemas. Es en este momento cuando debe imponerse un pensamiento radical, crítico y transformador.

Recordando por última vez las palabras de Benjamin, estemos alertas, que es precisamente en este momento –cuando se debe estar alerta a las imágenes del pasado, cuando el pasado apela a nuestra frágil fuerza mesiánica– cuando nuestra generación y las precedentes deben ir al encuentro. Y esta llamada no puede rechazarse impunemente³².

32 Benjamin, *Obras escolhidas: magia*, cit., p. 223.

ÍNDICE GENERAL

Prefacio de Paolo Cappellini	11
Nota preliminar	17
Introducción: pensar qué hacer para no actuar sin pensar	23
1. ¿Por qué historia del derecho?	23
2. Una primera aproximación al contenido de la historia del derecho	27
3. Reflexionar sobre la historia del derecho: una cuestión de método	29
4. Teoría y método: algunas aclaraciones necesarias	31
5. La historia y el plan de este libro	32
Historia del derecho: un intento de definición	35
Positivismo, historiografía positivista e historia del derecho	41
1. Contexto histórico del positivismo	41
2. Positivismo y positivismos	42
3. Presupuestos epistemológicos del positivismo	45
4. Presupuestos del positivismo en las ciencias humanas	51
5. El positivismo en la historia y sus presupuestos	53
6. La historia positivista: su contexto histórico y teórico	56
7. Algunos problemas del enfoque positivista	60
8. El positivismo y la historia del derecho	64
Escuela de los <i>Annales</i> e historia del derecho	71
1. La historia del movimiento	72
2. Las principales líneas de los <i>Annales</i>	78
3. Los <i>Annales</i> y la historia del derecho: dificultades iniciales del diálogo	84
4. Los <i>Annales</i> y la historia del derecho: un fructífero encuentro	87

El materialismo histórico y la historia del derecho	93
1. Para delimitar el tema	93
2. Marxismo e historiografía	94
3. Clases sociales e ideología	100
4. El derecho en el marxismo y la interpretación de E.P. Thompson	104
5. Contrapuntos a la interpretación de Thompson	107
La historia en el derecho y la verdad en el proceso: el argumento de Michel Foucault	113
1. Derecho e historia	113
2. Problemas en el enfoque del pasado jurídico	115
3. La respuesta de Foucault a la historia	119
4. Foucault, la historia y el proceso	127
5. Para finalizar	132
Michel Foucault y el discurso histórico-jurídico: Estado y poder. .	135
1. El proyecto foucaultiano	135
2. Foucault y la historia	138
3. La idea de sociedad de la seguridad y la historia del derecho público	144
Walter Benjamin, la temporalidad y el derecho	153
1. El legado	153
2. La narración y la experiencia	154
3. Narración, temporalidad e historia	156
4. Historia y derecho	163
5. Conclusión	166
Índice general	167

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>