

DOGMÁTICA JURÍDICA Y ANÁLISIS SOCIOLÓGICO: EL DERECHO HISTÓRICO DE LA DOCTRINA LEGAL

El problema general que pretendemos tratar aquí es el de cómo analizar históricamente la actividad judicial de los tribunales superiores consistentes en la fabricación de categorías dogmáticas y reglas de interpretación que son consideradas convencionalmente como derecho. Expresado de otra forma, se trata de reflexionar sobre el modo de abordar el tema de la formación, en un momento histórico determinado, de un saber jurídico dentro de una radicalidad. Sabiendo como sabemos que aquello que de forma más neta nos limita es el lenguaje, nuestra reflexión pasa por intentar poner en tela de juicio ciertos presupuestos del lenguaje natural de la historia de las ideas y las instituciones jurídicas.

Nuestro objetivo no es, pues, el de realizar una descripción histórica de la doctrina legal. La vamos a traer aquí a colación porque constituye un ejemplo bastante pertinente a la hora de ilustrar las cuestiones generales que deseamos discutir. Adviértase entonces que no se trata tanto de aplicar un determinado instrumental metodológico a la explicación de un caso histórico específico, como de servirse de éste para intentar reformular aquél. Para lo cual empezaremos lógicamente por describirla y explicar las razones en virtud de las cuales nos parece que resulta tan significativa.

Resumiremos en primer lugar su historia familiar, tal y como nos es transmitida a los juristas españoles. La *doctrina legal* constituye una acepción sin equivalentes en otros ordenamientos que se introduce por vez primera en un decreto de 1838 que venía a implantar el llamado recurso de nulidad, precedente procesal de la casación. Este estaba pensado sólo para aquellas sentencias de vista que fueran contrarias a la ley de una forma clara y terminante, pero para interponerlo se disponía que el recurrente tenía que citar la ley o *doctrina legal infringida*. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 hizo ya suya esta misteriosa expresión al disponer, en el mismo plano de la ley, que

la infracción de la doctrina legal establecida por los tribunales constituía por sí sola motivo para admitir un recurso de casación. La doctrina legal surgió así a la vida jurídica española de un modo muy discreto –en una norma procesal y no material– pero con indudables poderes, pues su relevancia a efectos de la casación le venía a otorgar una sanción legal semejante a la de las leyes promulgadas en el parlamento. Pero lo más importante es que nació vacía de contenido, pues su ambigüedad semántica permitía en principio llenarla de todo tipo de contenidos, desde los propios del derecho natural a las doctrinas de los autores, pasando por la jurisprudencia de tribunales tanto superiores como inferiores. La continuación de esta historia corre ya a cargo del Tribunal Supremo, quien hizo de único juez y parte en el proceso de definición de la doctrina legal a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. De un modo progresivo, su jurisprudencia vino a establecer lo siguiente: a) en un primer momento, consideró que sólo era doctrina legal la derivada de la jurisprudencia de los tribunales; b) más tarde, que ya sólo podía entenderse como tal la dictada por su propia jurisprudencia; c) finalmente, decidió que la regla de derecho establecida en dos o más de sus sentencias bastaba para formar una doctrina legal.

¿Por qué nos parece relevante esta historia? Señalemos cuatro puntos de interés:

1. En primer lugar, porque esta historia es usualmente presentada como la historia de un caso especial (*Sonderfall*). El hecho de que se haya otorgado carácter vinculante a una determinada fracción de la jurisprudencia –sólo la establecida por el Tribunal Supremo– es considerado como un rasgo especialmente originado de la historia de la administración de justicia española. Esta condición nos da muy bien pie a nosotros para revisar las nociones de originalidad y recepción históricas empleadas por los juristas e historiadores del derecho.

2. El segundo lugar, porque la historia de la doctrina legal es una historia recursiva que muestra ejemplarmente las paradojas internas del sistema judicial. Está plagada de lo que Douglas Hofstadter ha denominado «Jerarquías enredadas» o «bucles extraños» (*tangled hierarchies*)¹. El caso más representativo es el siguiente: la discusión sobre el contenido de la doctrina legal nunca pudo ser resuelto acudiendo a un plano superior y exterior a la administración de justicia, pues el sistema de fuentes

¹ Cf. Douglas R. Hofstadter: *Gödel, Escher, Bach. An Eternal Goldel Brain*, Hassocks 1979.

establecido en el Código Civil no se refirió a la doctrina legal ni incluso consideró a la jurisprudencia como fuente de derecho. De aquí que fuera el Tribunal Supremo quien resolviera la cuestión elevando a la categoría de doctrina legal su interpretación de que la doctrina legal se forma a partir de sus propias interpretaciones legales. Estas paradojas internas de la doctrina legal señalan muy bien la necesidad de llevar a cabo una observación externa (*Fremdbeobachtung*) que permite analizarla sin quedar enredados por aquéllas.

3. En tercer lugar, porque la historia de la doctrina legal no es únicamente la historia de la imposición de un poder de decisión por parte del Tribunal Supremo. La doctrina legal no es sólo un conjunto de decisiones judiciales de un alto tribunal, sino que por encima de todo hay que entenderla como un tipo de producción de dogmática jurídica que adquiere indirectamente carácter vinculante a través de la casación². Ello nos permite plantear la viabilidad de una sociología histórica de la dogmática jurídica.

4. En cuarto lugar, porque la historia de la doctrina legal es la historia de su continua reformulación. En el sentido siguiente: en tanto que discurso verídico –es decir, encargado de asegurar el valor y la eficacia de los enunciados jurídicos–, está sometido siempre a un trabajo de autoelaboración, dictado por la necesidad de redistribuir, en cada momento y del modo más conveniente, lo jurídicamente verdadero y lo jurídicamente falso. Como ejemplo de este modo de proceder baste pensar en la sucesiva conceptualización que ha ido llevando a cabo el Tribunal Supremo a partir de su inicial prescripción de que la verdadera doctrina legal no es estrictamente doctrina legal sino más bien doctrina jurisprudencial. Esta característica es importante porque debe abrir el campo del análisis no tanto hacia una hipotética historia descriptiva de la formalización de una ciencia jurídica en España como a una historia que explique la constitución de un objeto del saber a partir de la concurrencia de procesos externos en la configuración de esta particular estructura epistemológica³.

² Cf. Georges Canguilhem: *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris 1981.

³ Cf. Jacques Bernard Herzog: *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par le Jurisdiction de Cassation*, Toulouse 1942; Miguel Coca Payeras: *La doctrina legal*, Barcelona 1980; Luis Domínguez Rodrigo: *Significado normativo de la jurisprudencia: ¿ciencia del derecho o decisión judicial?* Madrid 1984; Vincenzo Franceschelli: *La giurisprudenza como fronte del diritto e la "doctrina legal" del Tribunal Supremo spagnolo*, en: *La giurisprudenza forense e dottrinale como fonte di diritto*, Milano 1985, pp. 245-267.

La sistematización de estos puntos de interés nos proporciona el orden que vamos a seguir en la exposición. Se compone éste de dos partes bien diferenciadas:

I. En la primera de ellas, intentamos criticar una visión de la justicia basada en la noción de que la historia constituye un espacio común en el que las experiencias jurídicas de los diferentes países pueden ser comparadas e intercambiadas. Se trata entonces de desmontar unos presupuestos metodológicos que suelen funcionar a nivel del *sentido común* del historiador, para lo cual resulta imprescindible situar nuestra crítica en un plano más abstracto.

II. En la segunda parte, intentaremos elaborar, a partir de otros presupuestos metodológicos, una vía posible de análisis para el estudio de la producción dogmática dentro del campo judicial. Contrastaremos algunos de los modelos teóricos dominantes e intentaremos establecer, a modo de conclusión, ciertas directivas de trabajo.

I. CRÍTICA: ORIGINALIDAD Y RECEPCIÓN

Se ha escrito que plantear el tema de la recepción o la originalidad de modelos jurídicos constituye una típica cuestión académica que revela hasta qué punto la relación entre los juristas y su propio discurso puede llegar a ser imaginaria. Sobre todo, si a la imaginación se adscriben ciertos presupuestos metodológicos que parten de la consideración de que el derecho constituye en principio un fenómeno universalizable, y que puede ser con cierta facilidad transferido al margen de específicos factores históricos de carácter socio-político⁴. Quizá este juicio crítico sea acertado en sus principios, pero tal y como se formula, albergamos dudas sobre si resulta también suficiente. Pues para que la crítica sea eficaz y verdaderamente relevante desde el punto de vista del análisis histórico, no basta únicamente con que venga acompañada de criterios. Especialmente cuando, como en este caso, la crítica consiste primordialmente en degradar a un orden más bajo del saber –la imaginación, es decir, la *doxa*– un modo tradicional de ver las cosas que trata ante todo de mantener a los juristas en la consoladora certidumbre de que sus palabras proceden

⁴ Jacques Lenoble/ François Ost: *Prolegomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques*, en: *Domination ou partage? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris 1980, pp. 80-91.

exclusivamente de ellos mismos. Sea porque las arriman a un lugar de emisión universal, sea porque las recobran al conjuro de la tradición jurídica propia.

Procediendo así, estamos sin duda criticando una forma particular de idealismo. Lo cual resulta pertinente desde el punto de vista metodológico, pero sin que por ello deje de ser lo que en realidad es: una acción de policía epistemológica, que se limita a perseguir y disolver el mito allí donde se presencia como ciencia. Se trata en resumidas cuentas de una lógica de brigada volante, que toma al asalto la ideología conservadora de los juristas en el momento en que perturba, lo que no por casualidad suele coincidir con la elaboración de síntesis históricas.

Una crítica de este tipo de historiografía ha de ser mucho más exigente. No puede conformarse con discriminar aquello que es idealista de aquello que no lo es, pues entonces se corre el peligro de soslayar la interrelación existente entre el aparato dogmático de un discurso jurídico y el suministro de ideología que le acompaña. En este sentido, casi todo el mundo estaría de acuerdo en afirmar que un texto científico –de historia, de filosofía, de derecho– no sólo incorpora dosis de ciencia. Pero no por ello ha de estimarse obligatoriamente al remanente como ideología, pues entonces la crítica resulta demasiado fácil: el texto criticado acaba siendo visto como una máscara o como una mixtura. Por el contrario, podemos pensar que las significaciones míticas que un texto puede incorporar no se deslizan subrepticamente, entrelíneas, alterando la veracidad del resultado, sino que forman un conjunto coherente con el aparato científico⁵. El texto adquiriría así una eficacia específicamente simbólica, que por supuesto sería independiente del valor de verdad de sus enunciados.

Este segundo modo de criticar tiene mayor interés para nosotros, pues permite comprender mejor los mecanismos de corte mitológico que se ponen en marcha cuando el historiador del derecho acude al habitual expediente de evaluar la diversidad de objetos que constituyen el ámbito de su especialidad a través de un ejercicio de comparación. En este sentido, no hay duda de que la confrontación de culturas, sistemas, ordenamientos, categorías e incluso profesiones jurídicas de distintos espacios históricos resulta proclive a la producción de este tipo de efectos simbólicos. Como ya se ha dicho antes, éstos se manifiestan desde el mismo momento en que se codifica el análisis a partir de la disyuntiva entre singularidad o universalidad, originalidad e

⁵ Pierre Bourdieu: “Le nord et le Midi: contribution à une analyse de l’effet Montesquieu”, *Actes de la recherche en sciences sociales* 35 (1980) pp. 21-25.

imitación. Este sería el caso, por ejemplo, de una investigación usual sobre la fortuna en los diferentes países de las concepciones más relevantes sobre la administración de justicia o sobre la importación o exportación de modelos judiciales. A nuestro juicio, este modo habitual de proceder puede ser criticado, tanto por sus presupuestos como por sus efectos. Examinemos ambos aspectos separadamente:

1. Entre otros, esta forma bastante conocida de evaluar históricamente los modelos judiciales parecer partir de dos presupuestos bien conocidos: A) Considera lingüísticamente al derecho como a un sujeto. Es decir, admite de antemano como válida la proposición de que «el derecho es algo». B) Contempla como factible la posibilidad de que un modelo judicial pueda ser analizado en tanto que instancia susceptible de ser o no ser transferida en razón de sus propiedades comunicativas.

A) Mediante el primero de estos presupuestos, sabemos que el historiador ha podido siempre, a la hora de interpretar, beneficiarse de todas las comodidades de la ontología: pues resulta ciertamente tranquilizador empezar a pensar desde la convicción de que el derecho en primer lugar es, y que sólo después le empiezan a pasar cosas. Piénsese solamente en la ventaja que supone a este respecto –tanto para el historiador de las instituciones como para el de las ideas jurídicas– acudir al terreno histórico sabiendo que el objeto a investigar se encuentra delimitado de antemano. Entre otras cosas, ambos pueden ponerse de inmediato a describirlo sin tener al mismo tiempo que teorizarlo, sin tener ni siquiera que plantearse las implicaciones históricas que conlleva la calificación de una decisión judicial o de un determinado tipo de enunciados sobre la justicia como *derecho*⁶. Este historiador puede así prescindir por completo de la epistemología, pues entre aquello que se analiza y aquello que lo analiza existe siempre una solución de continuidad. Pero, sobre todo, y respecto al caso concreto que estamos criticando, este presupuesto autoriza a tratar el tema de la configuración histórica de la justicia en un país determinado mediante el empleo de operadores de síntesis tales como la *tradición* o la *influencia*. La elección entre una u otra de estas nociones desembocará

⁶ Cf. François Ewald, *Habermas-Rawls, quelle philosophie pour le droit?*, en *Langage, droit et démocratie dans la philosophie contemporaine* (Actes du colloque des 26 et 27 novembre 1987, Université Catholique de Louvain), Louvain 1988, pp. 84-92.

naturalmente en interpretaciones históricas de signo opuesto, pero en el fondo ambas vienen a cumplir una misma función: permiten reducir la brecha que en principio supone la aparición de un nuevo enunciado jurídico mediante su retrotracción a un origen o su vinculación a un universo de fenómenos semejantes⁷. Esto lo que realidad implica es que se puede siempre partir de la base de que, en el fondo, la formulación de una nueva concepción sobre la justicia o una nueva organización del aparato judicial responde siempre a un principio de libre elección⁸. O bien se acepta la tradición, o bien se admite la influencia de fuera. Y la consecuencia es que si se postula desde el principio de la explicación que en la base de la historia de una institución o un concepto lo hay es la libre aceptación o el libre rechazo de un modelo judicial, ya no es absolutamente necesario tener que plantearse la existencia de otras condiciones históricas de posibilidad de los enunciados jurídicos. Precisamente entonces, porque se parte de que el derecho es, la difícil interrogación histórica sobre los orígenes (*Enistehung*) puede ser en última instancia reconducida a la cuestión formal de las fuentes del derecho. Lo que explica, por ejemplo, el hecho de que la ciencia jurídica española puede admitir tanto la opinión de que la jurisprudencia en España nunca ha sido fuente del derecho como la absolutamente contraria⁹, sin que en ninguno de los dos casos sea necesario siquiera un riguroso análisis histórico que venga a legitimar tales afirmaciones.

B) El segundo de los presupuestos consiste, como ya se ha indicado, en considerar que las formas jurídicas resultan en primera instancia comunicables. Lo que sobre todo significa que pueden ser susceptibles de intercambio entre contextos diferentes. Es importante decir aquí que de esta premisa no sólo participarían aquellos estudios históricos que parten de la consideración de que existen grandes modelos judiciales, cuya exportación se produce en buena parte por su misma grandeza dogmática, o sea, por su

⁷ Michel Foucault: *L'archéologie du savoir*, Paris 1969, pp. 25 ss.

⁸ Cf. Jean Bollack, *Pour une histoire sociale de la critique*, en: Mayotte Bollack/Heinz Wismann (ed.): *Philologie und Hermeneutik im 19. Jahrhundert*, Göttingen 1983, II, pp. 17-24.

⁹ Cf. Federico de Castro: *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, Madrid 1970, pp. 112-116; Luis Díez-Picazo, «Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la jurisprudencia en broma y en serio)», *Revista de Derecho Privado* XLVIII (1964) 925-937; Herzog: *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (n. 3), pp. 9 ss.; Carlos de la Vega Benayas: *Introducción al derecho judicial (Contribución y homenaje al Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870)*, Madrid 1970, pp. 117-153.

autenticidad y preeminencia en el tiempo. No estamos pensando pues únicamente en ejemplos como la obra de Calamandrei sobre la casación, en la cual la legislación de los países europeos se expone casi como si de un sistema solar se tratara, con órbitas primarias y secundarias en torno a la forma originaria francesa¹⁰. También los estudios que por ejemplo vienen a afirmar que la doctrina legal constituye una creación original española –alegando en última instancia que es española porque española es– participarían de este mismo presupuesto. Esto nos parece así porque en ambos casos se realiza un ejercicio de comparación que no puede entenderse sino desde la asunción previa de que las categorías y estructuras judiciales pueden llegar a ser modélicas, y por tanto, transferibles. Otra cosa es que en un segundo momento se dictamine el éxito o el fracaso de tal transferencia. Esta operación hace variar sin duda la orientación y los resultados del análisis del investigador. Pero el punto de partida adoptado les hace en cualquier caso coincidir en su modo de interpretar la realidad histórica, pues lo que en última instancia se está postulando es que existe un lugar común dotado de la uniformidad y linealidad suficientes, como para que el intercambio de enunciados jurídicos pueda ser llevado a cabo. Para ello no hay que olvidar que juristas-historiadores y juristas-sociólogos no dejan de ofrecer continuamente soportes en donde apoyar su universalidad y comunicabilidad, ya sean éstos la mentalidad de los juristas, la actividad de los Estados, un sistema común de valores o las pulsiones normativas de una sociedad¹¹.

Esta forma de pensar conduce también a la formulación de lo que podríamos denominar un principio de versatilidad de las formas jurídicas, el cual se utiliza a la hora de adoptar una unidad, mínima pero imprescindible, a los fenómenos históricos adscribibles al ámbito de la llamada cultura jurídica. Estos son especialmente difusos y dispares de por sí, pero desde esta perspectiva el historiador puede proceder a su comparación –estamos pensando en los distintos estilos (*Denkstil*), costumbres forenses, usos judiciales, técnicas profesionales de los juristas– dado que este principio de versatilidad le proporciona desde el punto de vista hermenéutico un cierre de seguridad adaptado y flexible: todas estas formas de comunicación jurídica¹² serían

¹⁰ Piero Calamandrei: *La cassazione civile*. I. Storia e legislazione, Milano 1920, pp. 654-691.

¹¹ Vide Manfred Rehbinder, «Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht», *Rechtstheorie* 14 (1983), pp. 305-315.

¹² Vide Erk V. Heyen, «Kulturanthropologische Probleme internationaler

versátiles, es decir, distintas pero al fin y al cabo semejantes. La versión refinada de este modo de ver las cosas suele terminar entonces en el eclecticismo. En este sentido, no supone casualidad alguna que los juristas que empezaron a implantar en la España de mediados del siglo pasado un nuevo orden procesal –los cuales, en un ambiente fuertemente politizado, estaban sin duda dotados de un inteligente sentido del *just milieu*- festejaran el advenimiento de la casación como «el ensayo feliz de un método verdaderamente ecléctico», al que se quería ver tan distanciado del sistema francés como de la tradición española¹³.

2. Al margen de estas consideraciones generales, lo más normal es que la comparación entre modelos judiciales provoque un doble efecto:

A) Por un lado, el ejercicio de comparación puede fácilmente concluir diagnosticando la existencia de una carencia normativa (*Normenhunger*) que ha de ser suplida mediante la importación de un modelo procedente de otro ámbito cultural. Esta interpretación suele ser inseparable de un juicio de valor que destaca la superioridad de las normas o ideas jurídicas que se transmiten sobre el contexto que las recibe o rechaza, de tal modo que el análisis puede terminar en una evaluación del grado de pureza de la importación. En este envite suelen ser más fuertes las bazas a favor del material jurídico que se transmite, lo que se traduce en la explicación del posible fracaso, alteración o desmayo en la transferencia por la pobreza cultural del lugar de destino. Un caso típico de lo que estamos diciendo lo constituyen las interpretaciones que suelen realizar los procesalistas españoles cuando evalúan los precedentes normativos de su objeto de estudio. Así, por ejemplo, el sistema español de casación no dejaría de ser una derivación patológica del francés, y la doctrina legal uno de sus agentes morbosos¹⁴.

Esta primera alternativa se enmarca, como vemos, dentro del marco tradicional de las teorías sobre la recepción de los ordenamientos jurídicos. Estas ya han sido lo suficientemente

Rechtsbeziehungen», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 11 (1985) pp. 190-198.

¹³José de Castro Orozco (Marqués de Gerona), «Examen del recurso de casación en España», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* XIII (1858) pp. 345-391.

¹⁴ Cf. Víctor Fairén Guillén: *La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)*; *La doctrina legal y control de los hechos en la casación civil y laboral española*, en: Fairén: *Temas de ordenamiento procesal*, Madrid 1969, I, pp. 195-236 y II, pp. 1023-1140.

criticadas, tanto desde el punto de vista lingüístico como sociológico, por lo que no vamos a insistir más sobre este punto¹⁵. Puede ser sin embargo de más interés recordar que casi todas suelen desplazar la atención desde la instancia transmitida al contexto de la recepción, de tal modo que la pregunta por la fortuna de la recepción de una teoría sobre la justicia se reconvertiría en una pregunta sociológica sobre la constitución social y las estrategias de asimilación propias del contexto¹⁶. De este modo, se termina finalmente por negar que en la base de la recepción exista un diálogo o un intercambio, con lo cual lo que en principio era visto como la reproducción de un modelo jurídico importado se entiende ahora como la producción original que reforma una forma jurídica ajena.

B) Junto al recurso al esquema de la recepción, cabe adoptar también la solución contraria: determinar por encima de todo la originalidad histórica de determinados enunciados jurídicos. Ahora bien, esta originalidad no hay que entenderla en el sentido de una irrupción espontánea de la palabra en la superficie histórica de los discursos, sino, más bien al contrario, en tanto que adscripción a un origen que cuanto más remoto es más auténtico parece. Aquí lo que ahora anda en juego es un valor especialmente cotizado en el mercado de bienes simbólicos: la idelidad. De tal modo que el tema de la gestación de una concepción global sobre la justicia o de una categoría dogmática no sólo es tratado por el historiador mediante el suministro a éstas de propiedades objetivas, sino que además se hace concurrir otros criterios más primarios, más esenciales, que son los que permiten establecer que determinada institución o determinada idea se conviertan en representación de una realidad que nos identifica¹⁷. Con otras palabras, lo que se produce aquí es la sublimación de un fenómeno histórico mediante su transformación en un caso singular, en un *Sonderfall*. Nos explicaremos con mayor claridad si ponemos precisamente como ejemplo a la doctrina legal. Sobre todo por obra y gracia del conocido estudio

¹⁵ Gunter Grimm: *Rezeptionsgeschichte. Grundlegund einer Theorie*, München 1977; Manfred G. Scholz, *Hören und Lesen. Studien zur primären Rezeption der Literatur im 12. und 13. Jahrhundert*, Wiesbaden 1980; E.E. Hirsch, *Rezeption als sozialer Prozeß*, Berlín 1981.

¹⁶ Michel Espagne/Michael Werner: “La construction d’une référence culturelle allemande en France, Genèse et histoire (1750-1914)”, *Annales E.S.C.* 4 (1987) pp. 969-992.

¹⁷ Bourdieu: “L’identité et la représentation. Eléments pour une réflexion critique sur l’idée de région”. *Actes de la recherche en sciences sociales* 35 (1980) pp. 63-72.

de Jacques Bernard Herzog sobre el derecho de los jueces y el Tribunal Supremo en España, la doctrina legal es presentada como «uno de los conceptos más originales del derecho ibérico» y también como una muestra de la sabiduría jurídica de un pueblo, el español, que «ha permanecido fiel a su genio nacional en medio de una Europa imbuida de racionalismo»¹⁸; Mediante el desarrollo de este dispositivo de interpretación y control de la aplicación de la norma, el Tribunal Supremo no habría hecho entonces sino seguir los dictados de la realidad y la necesidad sociales.

Las consecuencias de esta forma de argumentar son bien conocidas: se termina recurriendo a la historia para legitimar la actuación histórica del Tribunal Supremo, lo que de paso también significa que su eficacia se encuentra garantizada en virtud de este mismo razonamiento tautológico. No puede resultar de otra manera cuando la doctrina legal no es considerada como un objeto limitado por su propia contingencia histórica sino más bien como un objeto que se ofrece a la representación. Es rescatada de un espacio histórico disperso y elevada a la categoría de criterio identificador que permite agrupar esa misma dispersión. La doctrina legal, como dice Herzog, evita el conflicto y asegura la armonía entre el derecho y la sociedad, convirtiéndose el Tribunal Supremo en el valedor de esta ecuación sociológica. Esta es una lógica de registro civil, en la que la doctrina legal no constituye sino una forma eufemizada de designar a la tradición. Es decir, que se presenta como una técnica judicial que primordialmente sirve para unificar la diversidad de los hechos sociales, otorgándoles una identidad común. Como muy bien señaló en su día Michel de Certeau, procediendo así se corre el peligro de confundir la historia con la etnología, pues se tiende al establecimiento de cuadros explicativos que guardan una coherencia de tipo antropológico¹⁹. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la explicación histórica de la formación de un determinado saber jurídico queda en realidad reducida a un trabajo hermenéutico de distinción entre diversas formas jurídicas. En lugar de una epistemología de la confirmación. Los procesos históricos de aparición, eliminación y selección de enunciados, teorías y objetos jurídicos siguen reconduciéndose a un paradigma teórico que entroniza la unidad del discurso jurídico.

¹⁸ Herzog: *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (n. 3), pp. 10 ss., 106 ss., 206-231.

¹⁹ Michel de Certeau, “Economies ethniques: pour ne école de la diversité”, *Annales E.S.C.* 4 (1986), 789-915.

II. RECONSTRUCCIÓN: LAS FUNCIONES Y LOS ACTORES

Una vez realizada esta crítica, tenemos que empezar a plantearnos una forma distinta de análisis de la doctrina legal. Para ello nos mantendremos en este mismo plano metodológico, aunque ahora desde un punto de vista constructivo. Procederemos de la siguiente manera: En primer lugar, empezaremos por plantear con cierta radicalidad los presupuestos metodológicos de los que debería arrancar el análisis. Se trata ante todo, pues, de una cuestión de principios que permita despejar el área de salida de la investigación. En segundo lugar, acudiremos a los modelos teóricos que actualmente se ofrecen al historiador para intentar extraer una serie de pautas generales de investigación que se adapten bien a las características de un material histórico tan peculiar como la doctrina legal. Finalmente, intentaremos señalar unas vías concretas por las que pueda encauzarse la investigación sobre este tema.

1. En el terreno de los presupuestos metodológicos, se plantea siempre un problema previo. Se trata sencillamente de que cuando se habla en primera persona resulta muy difícil referirse explícitamente a ellos, permaneciendo por regla general inexplicados. Esto es así porque en el ámbito de un saber social aplicado, como pueda ser la historia del derecho, parece como si los fundamentos que en última instancia orientan una investigación se encontraran demasiado cerca de las creencias, de las opiniones personales o simplemente del sentido común, con el riesgo consiguiente de que puedan venir a contaminar unos resultados que se presentan como científicos. Sin embargo, después de la crítica que hemos intentado realizar, parece obligado adoptar una actitud opuesta. Para practicar la actividad crítica, hablar continuamente desde la duda radical o ejercitarse desde el principio en la desconfianza, sin hacer nunca explícito el lugar desde el cual se habla, constituye en el fondo una postura estética que responde al perjuicio más típico del intelectual: el de creerse precisamente carente de prejuicios²⁰. Por esta razón, vamos a aprovechar los principios criticados para plantear los nuevos en sentido contrario:

A) En lugar de otorgar al derecho la condición de sujeto,

²⁰ Bourdieu: *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris 1979, pp. 564 ss.

pensaremos más bien de él que constituye un predicado. En lugar de considerarlo como una categoría de pensamiento dotada de esencia histórica, habría que empezar entendiéndolo sencillamente como un hombre²¹. Esta apuesta inicial por el nominalismo es sin duda bastante banal. Pero su mención viene siempre bien a la hora de recordar cuál es la buena pregunta inicial: no se trata tanto de averiguar históricamente si el derecho ha sido esto o más bien aquello otro como de comprender las razones en virtud de las cuales una decisión, una teoría o una norma son considerados en un momento histórico determinado jurídicamente relevantes.

A los efectos concretos de nuestro estudio, este punto de partida supone desde el primer momento lo siguiente: impide al análisis histórico-jurídico considerar a la administración de justicia en España como un conjunto homogéneo. Lo que en concreto significa que el historiador debe evitar en la medida de lo posible lanzarse a la interpretación de los hechos históricos utilizando referentes globales tales como «el poder judicial», «el sistema judicial», «la penalidad», «el juez». Sobre la justicia considerada como objeto de análisis histórico ha de recaer también la navaja de Ockham, la cual, como sabemos, nos obligaría a no postular de aquélla más entes de los estrictamente necesarios. Pues lo que la historia en principio presenta es más bien un conjunto heterogéneo de normas legales, instituciones, decisiones judiciales, reglas de interpretación, categorías doctrinales y grupos de actores que detentan una determinada competencia y que se encuentran en posesión de un determinado saber técnico. Desde el punto de vista estricto de la formación del concepto de doctrina legal, esta precaución metodológica puede traducirse en la consideración de que ante todo «la administración de justicia» constituye respecto de ella lo que Michel Foucault ha denominado una *instancia de delimitación*²². Adoptamos este término en el sentido siguiente: únicamente para determinar que la doctrina legal ha sido socialmente instaurada (a) en el marco de unas normas de procedimiento; (b) en función de un proceso general de toma de decisiones; © a partir de un corpus de conocimientos de orden jurisdiccional. Pero, como resulta fácilmente comprensible, esta enumeración no agota ni mucho menos la explicación histórica. No explica verdaderamente las condiciones de posibilidad de la formación y desarrollo en España de la doctrina legal. Se

²¹ Ewald: *Droit et histoire*, en: *Droit, nature, histoire* (IVème Colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit «Michel Villey, philosophe du Droit»), Aix-en-Provence 1985, pp. 129-137.

²² Foucault: *L'archéologie du savoir* (n. 7), pp. 68 ss.

reduce a proporcionar, sencillamente, un marco de delimitación mínimo.

B) El segundo presupuesto que anteriormente hemos criticado consistía en pensar que el derecho es un fenómeno histórico intercambiable, y, de aquí, también susceptible de universalización. Para ello intentábamos señalar cómo este tipo de razonamiento de base tenía que postular la existencia ideal de un lugar común que asegurase la libre transferencia de modelos jurídicos. Nuestra segunda propuesta tiene que consistir ahora, por fuerza, en negar esta existencia. El lenguaje jurídico nos es sin duda muy entrañable, pero no por ello tiene que ser necesariamente antropologizado. Por ello, pensaremos mejor que detrás de la formación de enunciados jurídicos no existe en principio instancia alguna que permita una explicación unitaria e inmediata de su origen. Más bien lo que la historia nos ofrece es una superficie en la que aquéllos aparecen aislados y dispersos. Mediante esta cautela evitamos que la historia del lenguaje jurídico se pueda convertir en una forma de antropología o psicología del acto creador. Luhmann ha escrito que *«es ist nur eine geringe Übertreibung, wenn man sagt, daß wir heute nicht mehr durch Personen regiert werden, sondern durch Codes»*²³. Esta frase no es que sea un poco exagerada; es muy exagerada, si se quiere, pero nos aproxima estupendamente a lo que queremos decir. Que no es otra cosa sino esto: la formación de la doctrina legal no puede ser vista como el producto directo del consenso o el conflicto –ya sea entre juristas o también contando con otros agentes sociales– que estarían inmediatamente detrás de la formación y desarrollo de la doctrina legal. Al decir esto no estamos naturalmente apostando ya por un análisis lexicológico interno de la doctrina legal, pues es sabido que este tipo de análisis suele dejar escapar algo tan esencial como son los agentes que concurren en el proceso de producción e interpretación del corpus de decisiones del Tribunal Supremo que la constituyen²⁴. Pero sí que estamos adoptando precauciones respecto de la tentación de llevar a cabo una especie de historia social de la doctrina legal. Esta preocupación tiene su importancia, pues hay que darse cuenta de que la discusión de base dentro de la historiografía española sobre el siglo XIX se encuentra en buena parte monopolizada por el

²³ Nicklas Luhmann, “Widerstandrecht und politische Gewalt”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1984) 36-45.

²⁴ Cf. Patrick Champagne, “Le cercle politique. Usages sociaux des sondages et nouvel espace politique”, *Actes de la recherche en sciences sociales* 71-72 (1988), 71-97.

dilema de saber si hemos o no hemos tenido una «revolución burguesa»²⁵. A nuestro juicio, resulta inconveniente entrar directamente en este debate. Pues nadie puede negar que entre la conformación de una sociedad burguesa en España y lo que podríamos denominar instancias y categorías judiciales del siglo XIX existe una relación primaria, pero ésta me parece que no se expresa directa y forzosamente en las reglas de formación de la doctrina legal. Esta, a nuestro modo de ver, tiene una estructura epistemológica demasiado específico como para que se pueda inscribir sin más ni más en su formación a las determinaciones sociales. La densidad dogmática de esta producción jurisprudencial es lo suficientemente relevante como para que el historiador del derecho pueda mantenerse, sin caer en el fetichismo, dentro de sus propios límites.

2. Si nos fijamos bien, lo único que hemos pretendido hasta ahora ha sido depurar el objeto de la investigación. Esta actitud crítica nos parecía necesaria para intentar evitar caer en la tentación de servirse de ciertas certidumbres que no dejan de ser presuposiciones inscritas en el lenguaje de los juristas o en la rutina del análisis histórico-jurídico. Se trataba pues de combatir lo que podríamos denominar un tipo de filosofía espontánea dentro de la historia del derecho.

El coste inicial que pagamos procediendo así es sin duda alto: nos encontramos en el punto de partida con un objeto de estudio históricamente heterogéneo. Para desconsolarnos del todo, adviértase en este sentido que el análisis de la doctrina legal no puede limitarse por otro lado a una mera yuxtaposición de diversos elementos relevantes, tales como la composición material y el funcionamiento institucional del Tribunal Supremo, la producción de decisiones (en el sentido de un *Entscheidungsprogramm*) derivada del sistema de la casación o la elaboración de un específico corpus doctrinal (en el sentido de fabricación de *Begrifflichkeit*) por parte de ese alto tribunal. Por otra parte, como para el historiador todos estos elementos han de merecer en un principio la misma consideración, tampoco sería una solución recurrir al expediente de agruparlos según un proceso lógico de

²⁵ Cf. Bartolomé Clavero: «Para un concepto de revolución burguesa», *Sistema 13* (1976) 35-54; Clavero: *Política de un problema: la revolución burguesa*, en: *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid 1979, p. 1-48; Josep Fontana, «Sobre revoluciones burguesas y autos de fe», *Mientras tanto 1* (1979) 25-32.

deducción que fuera, por ejemplo, del análisis de la normativa legal hasta las decisiones judiciales, y de éstas hasta el estudio de las personas concretas que las hubieran adoptado²⁶.

La reconstrucción del objeto de análisis ha de hacerse, por tanto, de otro modo. Teniendo en cuenta el carácter esencialmente dogmático-jurídico de la doctrina legal, habría que reconstruir lo que podríamos denominar su *campo preconceptual*. Su estructura estaría formada por el conjunto de relaciones que pueden establecerse entre todos estos factores dispersos. Dada además la multiplicidad de éstos, y el hecho de que las relaciones han de tenderse de un modo horizontal y no jerárquico, del análisis de este campo nunca podrían extraerse unas reglas estrictas que explicaran de una vez por todas el por qué histórico de la doctrina legal. En lugar de establecer reglas, el campo preconceptual sólo dejaría aparecer regularidades, pues el análisis que no parte de la unidad sino de la diferencia no puede llegar nunca hasta una objetivación extrema. El campo está presuponiendo por el contrario la existencia de líneas divisorias, y el grado de variabilidad de su estructura resulta siempre dependiente de la magnitud de la observación que nosotros adoptemos²⁷.

Alcanzamos así un punto en nuestra exposición en el que resulta necesario acudir a los modelos teóricos que al menos puedan compartir estos presupuestos que se han venido en llamar postontológicos. Nos daremos ciertas facilidades y distinguiremos con carácter muy general entre dos tipos de modelos: A) aquellos que privilegian las relaciones de comunicación: A) aquellos que por el contrario otorgan más importancia a las relaciones de poder. La discusión en torno a ellos está completamente guiada por criterios pragmáticos; es decir, vamos a hablar con la vista puesta en un objeto de estudio que se ubica ante todo en la España del siglo XIX.

A) Por razones de comodidad y para centrar bien la discusión en unos puntos muy concretos, consideraremos como suficientemente representativos del primer género de modelos teóricos a aquellos que consideran que la evolución del derecho consiste en un proceso de diferenciación funcional. Nos estamos refiriendo en general a la teoría de sistemas y en especial a la sociología del derecho de Niklas Luhmann. Como no hay lugar

²⁶ Luhman: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt 1986, pp. 11 ss.

²⁷ Cf. Herbert A. Simon: «Cognitive science: The Newest Science of the Artificial», *Cognoscitve Science* 4 (1980) 33-46.

aquí para plantear una discusión en el plano estrictamente teórico, pasaremos directamente a señalar los pros y los contras que a nuestro juicio podría tener una observación histórica externa (*Fremdbeobachtung*) de la doctrina legal que se atuviera de la manera más rigurosa posible a los parámetros fundamentales de esta super-teoría (*Supratheorie*). Para ello procederemos a una segunda delimitación del tema y nos referiremos, a efectos del lograr una mayor concisión, a las funciones de unificación del derecho (*Rechtsvereinheitlichung*) y desarrollo o perfeccionamiento del derecho (*Rechtsfortbildung*) que normalmente se han predicado de la doctrina legal a través de la jurisprudencia elaborada en casación por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, habría que empezar diciendo que las herramientas analíticas que proporciona la teoría de sistemas son sin duda alguna muy aprovechables para el objeto de estudio que estamos tratando. Su disposición funcionalista les dota de un alto poder descriptivo, al cual nunca puede ser indiferente el análisis histórico. Señalaremos así dos aspectos relevantes:

De una parte, este modelo teórico permite muy bien describir históricamente a la doctrina legal si la consideramos bajo el ángulo interno de una producción jurisprudencial en serie del Tribunal Supremo cuyo carácter normativo se encuentra especialmente reforzado desde el mismo momento en que su concreto incumplimiento podía fundamentar un recurso de casación. Es decir, en tanto en cuanto la mantengamos no en el plano inferior de la aplicación del derecho (*Rechtsanwendung*: un juez, un caso, una norma) sino en el plano medio de la dogmática (*Dogmatik*), allí donde, como ha señalado Teubner, «werden diese Rechtsanwendungsbeziehungen relationiert und die Möglichkeit der rechtlichen Konstruierbarkeit festgelegt»²⁸. Con estas premisas, considerando ante todo a la doctrina legal como una producción dogmática, se puede empezar a describirla según categorías sistémicas. Instalada en la frontera del *Input* (*Inputgrenze*), la doctrina legal habría ofrecido reglas para la standarización y clasificación jurídicas de la información. Respecto a las otras instancias judiciales (audiencias, tribunales de primera instancia...), se habría constituido así tanto en un centro de programación de decisiones como en un servicio de reconocimiento (*Erkennungsdienst*) con la finalidad de garantizar el que un caso concreto pueda ser siempre calificado jurídicamente²⁹. El hecho de que el

²⁸ Gunther Teubner: «Folgenkontrolle und responsive Dogmatik», *Rechtstheorie* 6 (1975) 197.

²⁹ Cf Luhmann: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, pp. 24-31.

ordenamiento procesal español haya sancionado esta praxis, dotándola de un carácter vinculante muy parecido al de las propias leyes, puede ser finalmente interpretado desde esta perspectiva como una particular necesidad de asegurar el efecto *feedback* de las decisiones judiciales: las reglas elaboradas por la doctrina legal para su utilización por el juez en el caso concreto se incorporan de nuevo al sistema en tanto que normas legales³⁰. La doctrina legal, como vemos, puede ser entonces descrita desde este ángulo en tanto que pequeña obra de arte de la autorregulación jurídica.

Paralelamente, y en el mismo plano de la dogmática jurídica, estas altas prestaciones descriptivas de la teoría de sistemas pueden sin duda ayudar a comprender ciertos factores históricos ligados a la interdependencia de los diferentes mecanismos de estabilización del derecho positivo. En concreto nos referimos a los procesos de comunicación establecidos dentro del denominado *Amtsbetrieb von Legislative und Justiz*.³¹ Está claro que en el fondo de esta cuestión anida el problema central de la evolución del sistema jurídico en España, y en especial el de la determinación del momento en que, esta continua renormalización de la improbabilidad que es para Luhmann la historia se empieza a llevar a cabo a través de la específica capacidad de conceptualización (*Begrifflichkeit*) del derecho³². Esta es una cuestión demasiado compleja en la que no podemos extendernos ahora. Plantea además muchos interrogantes teóricos, algunos de los cuales mencionaremos a continuación. Pero sí que es factible ofrecer algún ejemplo de cómo la apelación a este modelo teórico permite señalar determinados puntos temporales de referencia (*Zeitpunkte*), a partir del juego de relaciones internas entre la producción de normas legales y la producción de doctrina legal. Así, puede plantearse como hipótesis que la revalorización social de la función judicial y del papel del juez que se produce en la España de los años veinte y treinta del presente siglo³³ responde a

³⁰ Cf. Torstein Eckhoff: «Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems», *Scandinavian Studies in Law*, 22 (1978) 39-51.

³¹ Luhmann: *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (n. 26), pp. 28 ss.

³² Luhmann: *Evolution und Geschichte*, en: *Soziologische Aufklärung*, Opladen 1975, II, p. 150-169; Luhmann: *Evolution des Rechts*, en: Luhmann: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M. 1981.

³³ Vide Demófilo de Buen: «Las normas jurídicas y la función judicial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 180 (1917) 5-20; Felipe Clemente de Diego: *La jurisprudencia como fuente de derecho*, Madrid 1925, Niceto Alcalá-Zamora Castillo: *Estudios de derecho procesal*, Madrid 1934, pp. 263-343.

la necesidad de orientar la dogmática en la dirección de los hechos (*Folgenorientierung*). En efecto, en una época ya de grandes tensiones sociales, se vendría a exigir más que nunca al jurista que sepa prever el futuro y que sea capaz de desplazar su trabajo de racionalización desde las fronteras del *Input* a las del *Output*.³⁴ En este sentido, la doctrina legal, mucho más flexible que la legislación –mucho más cerca por tanto de la *vida*, por utilizar esa peligrosa metáfora de la época que está detrás tanto de las conquistas del derecho social como de las leyes de Nuremberg³⁵– se redescubre como un *preadaptive advance*, es decir, como un feliz invento del siglo anterior que se encontraba ya en condiciones de dar soluciones a problemas que todavía no existían³⁶.

Si nos fijamos con un poco de detenimiento, hemos terminado por aprovechar dos de las disposiciones que justamente Luhmann ha señalado como más provechosas de su teoría sobre la evolución del derecho: la obligación de pensar a ésta de un modo abstracto y la obligación además de hacerlo mediante el establecimiento de periodizaciones (*Abstraktionszwang, Zwang zur Periodisierung*). Mediante la primera, podemos, por ejemplo, diseñar interesantes correspondencias funcionales entre la doctrina legal y otros mecanismos evolutivos de tipo autorreferencial. Gracias a la segunda, estamos en condiciones de reunir los diferentes estadios de esta producción jurisprudencial en torno a determinados puntos temporales básicos. De este modo es factible, en teoría, describir el complicado juego conjunto de los diversos factores estructurales que promueven la evolución del sistema.

Ahora bien, pese a contar con estos elementos teóricos de apoyo al servicio de la investigación histórica, tenemos la impresión de que un cierto tipo de dificultades a la hora de explicar el fenómeno histórico de la doctrina legal en toda su magnitud –o en toda su *pobreza histórica*, si se prefiere– no han hecho más que comenzar. Advértase ya que en el ejemplo que hemos puesto nos hemos servido sobre todo del Luhmann de *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974), es decir, hemos acudido a una teoría de sistemas de inspiración más cibernética que biologicista. Y que, en este sentido, la última adaptación del concepto de autopoiesis al terreno de la sociología plantea además problemas suplementarios para el análisis histórico.

³⁴ Luhmann: *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (n. 26) pp. 26 ss.

³⁵ Cf Ewald: *L'Etat providence*, Paris 1986, pp. 324 y ss.

³⁶ Luhmann: *Theorie des Gesellschaft und gesellschaftlicher Teilsysteme*, en: *Soziologische Aufklärung*, Opladen 1981, III, 178-197.

Como se interroga el propio Luhmann en 1988: «*Kopplung durch Input/ Output, also durch spezifische Leistungen, das ist leicht zu verstehen. Aber Kopplung durch Geschlossenheit, durch rein interne Zirkularität oder sogar Kopplung durch Abkopplung der internen Operationen?*»³⁷. Las implicaciones jurídicas de este nuevo giro están siendo sopesadas con muy variadas ópticas³⁸. Nosotros, con la vista puesta en nuestro objeto de investigación, sencillamente apuntaremos la impresión de que esta mayor insistencia en la autorreferencialidad del sistema jurídico puede resultar –en tanto que insistencia– inversamente proporcional a la sensibilidad en la explicación de la observación permite a su vez un análisis también más concentrado y más potente de las estructuras cognitivas de los sistemas sociales contemporáneos. Pero es cuanto menos dudoso que, considerando cada vez más las construcciones dogmáticas en el seno de la jurisprudencia como autodescripciones (*Selbstbeschreibungen*)³⁹ estemos en condiciones de ampliar las miras de una sociología histórica de la dogmática jurídica. De hecho, no deja de constituir al menos un síntoma de la pérdida de capacidad explicativa de esta nueva variante metodológica el dato de que la noción de autopoiesis esté siendo aprovechada por autores como Teubner para reformular la teoría sistémica de la evolución: si ahora el derecho comienza a regular sus propias operaciones, su propia estructura, sus propias fronteras y hasta su propia identidad, de aquí no es difícil llegar a deducir que la evolución del derecho ya no se encuentra realmente condicionada por la evolución de la sociedad⁴⁰. La acción externa de esta última tiende por tanto a reducirse a

³⁷ Luhmann: «Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie», *Merkur* 4 (1988) 293-294.

³⁸ François Ost: «Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autoipoiétique appliqué au droit», *Archives de philosophie du droit* 31 (1986) 133-161, Ost: «La autopoiesis en droit et dans la société», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 16 (1986) 187-193; Peter M. Hejl. «Autopoiesis –muß es das sein?», *Rechtshistorisches Journal* 5 (1986) 57-362; Hubert Rottleuthner: «Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland– Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (1985); Rottleuthner: «Theories of Legal Evolution», *Rechtstheorie*, Beiheft 9 (1986) 217-230.

³⁹ Karl-Heinz Ladeur: «Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern», *Archiv für Rechts –und Sozialphilosophie* 2 (1988) 218-237.

⁴⁰ Teubner: «Evoluzione giuridica ed autopoiesi», *Soziologia del diritto* 2/3 (1986) 199-214.

medida que se piensa en la existencia de procesos de co-evolución paralelos entre el derecho y la sociedad.

Razonando de este modo estamos sin duda jugando con ciertas ventajas. Sabemos que la enormemente refinada –desde el punto de vista de sus elementos lógicos– teorización de las fronteras entre el sistema y el entorno, al considerarlas por sí mismas como un suceso evolutivo, incorpora al análisis un factor de dinamismo muy importante. La autorreferencialidad entroniza la paradoja central de que los sistemas tratan siempre consigo mismos pero no pueden tratar solamente consigo mismos. Esta paradoja es a su vez deshecha mediante la aguda consideración de que la frontera del sistema constituye nada más y nada menos que un ritmo. Ahora bien, justo aquí, si seguimos utilizando un criterio histórico práctico, se encuentra el punto central de nuestra crítica: este principio de temporalización de la complejidad comunicativa del sistema corre muchos riesgos de que en la praxis histórica conduzca a una sobrevaloración de la noción de diferenciación (*Ausdifferenzierung*). Esto es así porque su alto grado de sofisticación y abstracción, que para Luhmann constituye la mejor garantía de que su teoría de la evolución no termina convirtiéndose en una nueva filosofía de la historia, es sin duda pertinente a la hora de despejar esta similitud desde el punto de vista estrictamente epistemológico; pero cuando se trata de acudir al terreno de los hechos históricos es muy difícil que el historiador empiece a interpretarlos sin evitar pensar que se encuentra en un estadio forzosamente posterior y más alto, en un lugar donde la especificidad y diferenciabilidad del derecho se encuentran mejor aseguradas. Esto hace a su vez que se preste una mayor atención a los mecanismos de estabilización del derecho de carácter interno. Pongamos el ejemplo de la doctrina legal. Se puede, como hemos visto, apreciar sus apropiadas cualidades para la formación y diferenciación sistémicas del derecho, frente a una legislación todavía no lo suficientemente codificada y demasiado difusa para estos menesteres. Esta interpretación puede sin duda deshacer a su manera la paradoja de que, en contra de la lógica de la casación –que responde en Francia a la necesidad de controlar la aplicación de una ley previa, de la que en principio no se puede dudar además de su claridad y certeza–, en España se estableciera un sistema de casación que se adelanta en treinta años a la promulgación del Código Civil. La fórmula adoptada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, al admitir la interposición del recurso en caso de infracción no sólo de ley sino también de doctrina legal, habría abierto una ingeniosa vía de escape para salir de una situación de *impasse* legislativo: de hecho transfiere al

Tribunal Supremo la iniciativa en el necesario proceso de positivación del derecho, al otorgar indirectamente un rango legal a la doctrina por él establecida a partir de su labor de interpretación del ordenamiento. La doctrina legal habría sido así el instrumento que se improvisa a mediados del siglo pasado para dotar al derecho español de una positividad que no tenía y que es objetivamente considerada como presupuesto de una sociedad moderna⁴¹.

Esta es un plausible interpretación de la formación de la doctrina legal si se pone como vehículo conductor la noción de diferenciación. Sin embargo, esto no nos parece suficiente. Desde las propias premisas de este modelo teórico, hay que darse cuenta de que se basa en una comparación interna de algunos de los mecanismos de estabilización del derecho; en concreto, entre una legislación difusa y por ello estática y un *corpus flexible* y operativo de decisiones de un alto tribunal. Lo que significa que cuánto más se dé entrada al entorno en el análisis, más se irán multiplicando los desfiladeros evolutivos (*Engpaß*) dentro de la descripción del proceso de diferenciación. Pensemos solamente en el desfase existente entre esta fina descripción del funcionamiento de la doctrina legal y las enormes dificultades históricas que ha planteado en el caso de España la codificación binaria de la fuerza física a lo largo de estos dos últimos siglos. Teniendo en cuenta que el propio Luhmann ha reclamado la necesidad de llevar a cabo una reflexión teórica sobre las relaciones entre los militares y la política⁴², el historiador del derecho que se ocupe de la historia contemporánea española tiene que ser cuanto menos prudente a la hora de servirse de un modelo que ante todo nos habla de una sofisticada diferenciación de diversos subsistemas sociales.

Desde nuestro propio planteamiento, se puede expresar este inconveniente del modo siguiente: mediante esta forma de proceder se establecen demasiado pocas conexiones entre todos los elementos que como hemos visto constituirían desde un principio el campo preconceptual de la doctrina legal. Muy especialmente, la descodificación de las relaciones jurídicas en relaciones especialmente comunicativas va seguramente en detrimento de la pertinencia sociológica de los agentes implicados.

⁴¹ Luhmann, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesselschaft», *Jharbuch für Rechtossoziologie und Rechtsheorie* 1 (1970) 175-202.

⁴² Luhmann: *Rechtswang und politische Gewalt*, en: *Audisfferenzierung des Rechts* (n. 32), p. 169 ss.

Naturalmente, en una teoría de tanta potencia analítica esto seguramente no sucede tanto por miopía como a lo mejor por exceso de vista. Como sabemos, un sistema social es siempre un organismo delicado, pues existe siempre la posibilidad de que se produzca desmayos o sobrecargas (*Überlastungen*). Pero incluso a la hora de definir estas situaciones de alto riesgo, la hipótesis de que existe un factor de explosividad (*Brisanz*) directamente dependiente de una fricción producida por los agentes implicados es en principio excluida por su inconsistencia teórica. Se trata éste de un factor rudimentario, que olvida los efectos inmunizadores de la doble contingencia y por tanto de una cuestión poco interesante, *altereuropäische*, propia de los espantos de un viejo mundo vinculado a las teorías políticas tradicionales. Este alto nivel de abstracción que hemos querido subrayar con este ejemplo hace realmente que al menos sea razonable plantear la duda de qué sucede realmente con este modelo teórico cuando se desciende del plano de la *Supratheorie* –donde se encuentra como pez en el agua– al terreno del análisis histórico. Es factible pensar que si el especialista no se dedica a reelaborar *ad hoc* este instrumental analítico puede terminar haciendo de la comunicación un transcendental. Y con ello se corre verdaderamente el riesgo de hacer pasar por explicación histórica lo que no vendría a ser sino la refinada descripción de un determinado tipo de funcionalidad jurídica.

B) Una manera muy tajante de cubrir esta especie de déficit en la explicación consiste en recurrir directamente al estudio de los agentes implicados. Este es, por ejemplo, el *leitmotiv* principal de la propuesta que hace Erhard Blankenburg a la hora de plantear una sociología de los tribunales superiores de justicia⁴³. En lugar de hacer depender la constitución personal y material de estos tribunales del proceso de diferenciación del derecho, postula justamente lo contrario: la configuración de las agencias productoras de derecho se convierte en motor de la diferenciación. A partir de esta inversión metodológica se puede llegar a establecer una relación tan directa entre la función de unificación del derecho propia de la jurisprudencia de los tribunales superiores y las condiciones específicas de la oferta de mano de obra jurídica que el examen de la producción dogmática puede quedar al final convertido en una descripción esencialmente prosopográfica.

⁴³ Edhard Blankenburg: «Zur Soziologie der obersten Gerichte. Ein Vergleich zwischen dem Hoge Raad der Niederlande und dem Bundesgerichtshof», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1 (1988) 97-113.

Según todo lo que hemos visto hasta ahora, no hace falta argumentar mucho la afirmación de que este modo de solucionar los problemas no resulta el más convincente. Se atiene tanto a los productores (juristas) y se posterga tanto la producción (jurídica) que al final terminan por resultar –por ejemplo– superfluas las conquistas analíticas de la teoría de sistemas. Se incurre así de nuevo en el defecto de pretender hacer una sociología histórica sin derecho: pues, como ha explicado Luhmann, «*die Erforschung von Gruppen, Rollen, Karrieren oder Meinungen, die es mit dem Recht zu tun haben, aber nicht selbst Recht sind*»⁴⁴.

Estas dificultades metodológicas a la hora de dar solución al problema metodológico de los agentes implicados obligan a considerar finalmente la viabilidad de otra propuesta que ofrece la sociología: la observación de las manifestaciones del poder. Sabemos que la sola mención de este tópico genera de por sí bastantes prevenciones. Así, el analista preocupado por el refinamiento epistemológico de su observación sobre las cosas tenderá a considerar que las soluciones proporcionadas desde este modelo teórico suelen ser sencillamente metafóricas⁴⁵; mientras que el historiador práctico que ante todo lo que desea es que le proporcionen unas reglas para el análisis alabaré sin duda el olfato político de quien le diga que «aquellos agentes tenían el poder», pero a continuación se cuestionará con toda la razón del mundo la utilidad práctica de esta indicación⁴⁶.

Lo primero que tenemos que decir aquí es que estas cautelas son sin duda razonables. La invocación metodológica de la noción de poder puede hacer caer al historiador en más de una trampa, consistiendo la más importante de ellas en que nos induce a interpretar los hechos de un modo tautológico, es decir, nos invita a explicar el poder por el poder. El mecanismo de esta trampa hermenéutica fundamental lo supo muy bien ver a su manera Carl Schmitt, cuando escribió después de la guerra, y seguramente con más sentido trágico que sarcasmo, que el poder es siempre más poderoso que cualquier voluntad de poder⁴⁷. ¿Qué quiere decir esto? Sencillamente, que es muy fácil hacer pasar por relaciones objetivas de poder algo que no es exactamente lo

⁴⁴ «Luhmann: «Evolution des Rechts», *Rechtstheorie* 1 (1970) 3-22.

⁴⁵ Luhmann: *Die Soziologische Beobachtung des Rechts* (n, 26), pp. 18 ss.

⁴⁶ Foucault: *El poder y la norma*, en: Ramón Maiz (ed.), *Discurso, poder, sujeto. Lecturas sobre Michel Foucault*, Santiago de Compostela 1986, 1987, pp. 211-217.

⁴⁷ Carl Schmitt: *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso*, en: Schmitt, *Diálogos*, Madrid 1962, pp. 59-96.

mismo, pero que sin duda resulta mucho más espectacular: las intenciones de los agentes o el carácter básicamente performativo del lenguaje legal. Aplicado a nuestro caso, la trampa funciona del modo siguiente: una vez que se ha decidido que un exclusivo análisis funcional de la doctrina legal no constituye por sí sólo una explicación histórica suficiente, es fácil que la institución que la fabrica –el Tribunal Supremo– pase a adquirir el protagonismo en la explicación fallida, en detrimento de la relevancia que la doctrina legal, en tanto que saber jurídico, puede tener por sí misma. En última instancia, este parece ser a fin de cuentas el defecto de las propuestas al estilo de las de Blankenburg: su sociología de los tribunales superiores, queriendo estar dotada de una perspectiva externalista, termina finalmente en un análisis interno: por un lado, de lo que podríamos denominar el condicionamiento prosopográfico de la voluntad de los jueces; por otro, de una organización institucional que por regla general no hace sino reflejar los mecanismos generales de reproducción de la institución.

A nuestro juicio, se puede intentar salvar estas dificultades si al incluir la variable del poder nos atenemos estrictamente a esto: 1) En tanto en cuanto entendamos por relación de poder no la imposición de la voluntad de un sujeto sobre otro sino la posibilidad objetiva de que unos agentes estructuren el campo de acción posible de otros agentes⁴⁸. De aquí que consideremos que la formación de un saber jurídico como la doctrina legal puede ser explicado desde el punto de vista del poder en la medida en que la conexión entre los elementos que definen su campo preconceptual responda a un principio objetivo de gestión de conductas ajenas. Esta precaución debe excluir la hipótesis de que la doctrina legal es el resultado directo de una decisión surgida al calor de la lucha librada por el control del aparato del Estado, pero no la de que a mediados del siglo XIX estaban consolidadas determinadas posiciones objetivas desde las cuales se estaba compitiendo por hacerse con el monopolio de algo tan valioso –en una época de legislación difusa– como era la interpretación del derecho. 2) En tanto en cuanto consideremos que la estructura dogmática de la doctrina legal no resulta ser independiente de sus condiciones históricas de emergencia, hemos de deducir que aquélla también puede constituir por sí misma una forma específica de gestión social. Expresado de otra forma, se trataría

⁴⁸ Foucault: *Deux essais sur le sujet et le pouvoir*, en: H.L. Dreyfus / P. Rabinow, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris 1984, pp. 293-321.

de un saber jurídico con capacidad para imponer definiciones y clasificaciones de la realidad. La doctrina legal puede ser entendida así como un *agencement pratique*, como un dispositivo de enunciados adaptado a la lógica propia de un campo preconceptual conformado según determinadas relaciones de poder. Si utilizamos la terminología de Bourdieu, podemos hablar en este punto del poder simbólico de la doctrina legal⁴⁹. Pero quizá baste con evocar a Durkheim y decir, en una palabra, que la formación de la doctrina legal constituye, a estos efectos, un hecho social: en tanto que tal, es un producto necesario de determinadas causas históricas que se impone coactivamente a la sociedad⁵⁰. El problema reside entonces en determinar la naturaleza específica de esta forma de coacción (*contrainte*) que resulta tanto de la posición ocupada por los agentes dentro del campo como de la propia idiosincrasia de este saber jurídico.

Para ello se pueden establecer unas directrices que orienten la investigación⁵¹. Aquí ofrecemos algunas a modo de conclusión. Advertiremos solamente que constituyen una especie de test metodológico, el cual no deja de ser a su vez más que una herramienta parcial dentro de un estudio más general que debería ocuparse del problema de la formación de categorías en el seno de la Administración en la España del siglo XIX. El objetivo final de éste sería el de analizar el modo en que se han desarrollado, paulatinamente y de una manera muy poco espectacular, sistemas específicos de clasificación y percepción de la realidad que han permitido a la postre que el Estado español contemporáneo pueda autodescribirse y autoobservarse en su condición de tal (*Selbstbeschreibung*).

Concretamente, un análisis de estas características habría de tomar en consideración:

1. Los desniveles existentes entre los actores implicados: En el caso de la doctrina legal, se trata principalmente de determinar las diferencias económicas, de status social, culturales y de posesión de una competencia y saber técnicos entre los distintos profesionales del derecho. Particular atención merecen las líneas

⁴⁹ Bourdieu: «Sur le pouvoir symbolique», *Annales E. S. C.* 3 (1977) 405-411; Bourdieu: «Habitus, code et codification», *Actes de la recherche en sciences sociales* 64 (1986) 40-44; «La force du droit. Eléments pour une sociologie du camp juridique», *Actes de la recherche en sciences sociales* 46 (1986) 2-19.

⁵⁰ Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique* (1937), Paris 1981, pp. 88-123. Cf. Ute Bullasch: *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, Frankfurt/Bern/New York 1988, p. 13-40.

⁵¹ Cf. Foucault: *Deux essais sur le sujet et le pouvoir* (n. 48), p. 312 ss.

de división existentes entre los magistrados del Tribunal Supremo y el resto de los jueces –por un lado– y entre los juristas de Madrid y la periferia –por otro–. A partir de aquí es posible plantear hasta qué punto la doctrina legal ha constituido una fórmula de armonización o transacción entre los diferentes desniveles percibidos.

2. El tipo de objetivos perseguidos: En el caso que estudiamos, se trata especialmente de establecer, por un lado, las diferentes finalidades a las que sirve un proceso de positivación del derecho activado a partir de las decisiones del Tribunal Supremo; por otro, debemos analizar tácticamente las diferentes posiciones contrapuestas en torno a los límites y contenidos de la doctrina legal. A este respecto resulta central la polémica en torno a si la doctrina legal debía reducirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o si por el contrario su contenido podría abrirse al derecho natural o la costumbre jurídica. Toda una visión sobre la gestión jurídica de la sociedad española –organizada desde el centro o teniendo en cuenta la periferia– es la que parece andar en juego.

3. Las modalidades instrumentales: Se trata de establecer con precisión los efectos específicos derivados del soporte material utilizado por este tipo de dogmática. En este sentido, la formación y desarrollo de la doctrina legal resulta inseparable de una nueva práctica textual que se caracteriza por la exigencia de motivar las sentencias y publicarlas sistemáticamente en repertorios de jurisprudencia.

4. El grado de racionalización: En este caso, es preciso sobre todo determinar la eficacia social de un tipo de práctica que se caracteriza por un grado de racionalidad débil (*abgewächte Rationalität*). No hay que olvidar en este sentido que el trabajo de clasificación dogmática que efectúa la doctrina legal no está garantizado mediante la formalización y el control lógico propios de una estructura normativa codificada. La doctrina legal suministra a sus categorías dogmáticas un grado medio de objetividad, lo que nos obliga a interrogarnos por la función histórico-social que cumple la argumentación jurídica en el terreno judicial.