

LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA HOY: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

THOMAS DUVE*

Estimados colegas:

En primer lugar, les agradezco mucho la invitación a inaugurar este encuentro con algunas palabras. Para mí es un verdadero honor y un placer poder estar hoy con ustedes, compartiendo este momento que, con el tiempo, podría transformarse en el inicio de un diálogo institucional entre historiadores del derecho de dos países, España y Portugal; dos países que han contribuido muchísimo a la formación de la cultura jurídica europea en todas sus complejas interrelaciones con otras regiones globales como Asia, África y América y que están tan interconectados en sus historias jurídicas.

Celebro mucho la iniciativa de las organizadoras, que han tenido la valentía de organizar este encuentro, en un momento complejo, especialmente para la generación que necesita insertarse en el mundo académico y que muchas veces no lo consigue, por razones completamente ajenas a la propia cualificación. Creo que es precisamente esta situación de *crisis institucional* la que nos invita a todos con cierta urgencia a reflexionar acerca de qué es lo que podemos y queremos ofrecer como historiadores del derecho a las ciencias jurídicas e históricas y a las universidades. Dicho de otro modo: ¿qué podemos ofrecer nosotros a las universidades para llevar a cabo su tarea de dar una formación a los operadores jurídicos, para que sean capaces de enfrentar las dinámicas transformaciones que nuestras sociedades están presenciando en la actualidad?; ¿dónde debemos invertir nuestros esfuerzos como investigadores para entenderlas mejor?

Creo que estas son algunas preguntas básicas que tenemos que hacernos, en esta situación particular, pero también como miembros de una comunidad académica que necesita reflexionar constantemente sobre su quehacer. Por eso, hoy quisiera exponerles algunas reflexiones sobre cuáles podrían ser los desafíos y oportunidades que estamos enfrentando

* Director del Instituto Max-Planck de Historia Europea del Derecho de Frankfurt am Main. Conferencia inaugural del I Encuentro Hispano-Luso de Historiadores del Derecho, celebrado en el Centro Cultural La Corrala de la Universidad Autónoma de Madrid los días 9 y 10 de julio de 2015.

como disciplina. Cabe aclarar que este análisis es estrictamente personal y proviene de un investigador alemán, desde su observatorio en un instituto de investigación histórico-jurídica¹.

Voy a concentrarme en tres aspectos:

Primero describiré brevemente algunas transformaciones del sistema académico, es decir, del mundo institucional en el cual nos movemos. Hago esto porque, a pesar de pertenecer a una disciplina pequeña como la Historia del Derecho, también formamos parte del *sistema académico*. Los cambios en este sistema necesariamente nos afectan también a nosotros. Como historiadores sabemos –por ejemplo, a través de las investigaciones desde el campo de la historiografía del saber (*History of Knowledge*)– que las transformaciones en el marco institucional dentro del cual producimos nuestros conocimientos impacta sobre la producción de saberes y su mismo contenido. Me pregunto: ¿esta situación no se aplica también a nosotros mismos?; ¿cuáles son las transformaciones del sistema académico que podemos observar y que impactan sobre nuestra forma de trabajar?

Sin embargo, no solamente podemos observar profundas transformaciones en el campo académico, sino también en el *sistema jurídico*. Y este es el segundo punto que quisiera remarcar. Todos sabemos que en las últimas décadas estamos presenciando un proceso de diferenciación dentro del campo jurídico, con una mayor presencia de normatividades no-estatales, con la creciente producción de normas por actores transnacionales y una pronunciada presencia de nuevas formas de producción de normatividad. Por eso, es imperioso preguntarse de qué manera estas transformaciones del objeto de nuestra disciplina nos afectan como historiadores del derecho.

Finalmente, quisiera hacer un breve comentario sobre las posibles consecuencias que podemos extraer de esta situación. Como siempre, son tanto intelectuales como institucionales.

I. TRANSFORMACIONES EN EL SISTEMA ACADÉMICO

Empiezo con la primera parte, es decir, una mirada a las transformaciones en el sistema académico y en el entorno de nuestro quehacer cotidiano. Desde la perspectiva alemana (y tal vez no solo desde la perspectiva alemana) en los últimos veinticinco años estamos observando un profundo proceso de cambios en nuestra disciplina y también en el marco institucional dentro del cual desarrollamos nuestras investigaciones.

1. Sin ir más lejos, podemos ver en el campo histórico-jurídico la importante innovación metodológica y teórica que a partir de los años setenta y ochenta se ha introducido en la disciplina, con la paulatina apertura hacia la teoría social; hacia los métodos tomados de

¹ Ver más extensamente DUVE, T., «German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives», *Rechtsgeschichte-Legal History*, n.º 22 (2014), pp. 16-48. Versión en línea: <<http://dx.doi.org/10.12946/rg22/016-048>>.

otros campos de la historiografía; la ampliación del canon de fuentes, etc., lo que propició un mayor diálogo con las disciplinas no jurídicas. Hoy en día muchos historiadores del derecho publican en revistas históricas (y a la inversa) y existe una rica cooperación entre historiadores del derecho y otras disciplinas.

Este acercamiento entre la historia del derecho y otras disciplinas del campo de las humanidades no ha sido unidireccional. Por el contrario, mirando las últimas dos décadas, podemos observar que la historia social, la etnología, la historia cultural, las ciencias políticas y la sociología (por mencionar solo algunas disciplinas) están tomando cada vez más conciencia de la *importancia del derecho* como campo de producción cultural con una cierta autonomía, que no puede ser reducido a un epifenómeno de otras fuerzas o estructuras sociales o materiales. En otras palabras, se está reconociendo que el derecho no es una mera expresión de cambios que tienen su origen más allá del mundo jurídico, sino que el mismo derecho tiene una dimensión semiautónoma dentro de las lógicas de reproducción de sistemas culturales y, por ende, es un factor que necesitamos analizar para entender las transformaciones de la sociedad misma. Sin duda, las innovaciones en el campo de la historia intelectual, con su mayor atención hacia la semántica histórica, como también los muchos *turns* han contribuido a esto de manera significativa, sea el *cultural turn*, el *linguistic turn* o el *translational turn*, todos especialmente atentos a la fuerza de la producción semiótica y por ello a campos de producción cultural como el derecho. Como estos debates han impactado sobre varias disciplinas, podemos observar que hay un proceso casi simultáneo de apertura hacia el derecho y su historia en varios campos disciplinares. «There is a lot to be gained by delving into legal history», escribe Fernanda Pierie en su reciente libro sobre *Legal Anthropology*, y hasta el exponente más importante (y polémico) de la historia social alemana, el recientemente fallecido Hans Ulrich Wehler, reconoció en el epílogo a su voluminosa *Historia social de Alemania*, publicada en 2008, que una de las falencias de su trabajo puede haber sido «subestimar la importancia del derecho en su autonomía relativa».

Este proceso de apertura de otras disciplinas hacia el derecho y su análisis histórico y, al mismo tiempo, nuestra apertura hacia ellas contribuyó a una cierta convergencia de preguntas y de métodos. Desde nuestro campo, puede ser que algunos lo consideren una «des-juridificación» y desde otro observatorio puede ser visto como una «juridificación» de los estudios culturales.

Sea como fuere, esta tendencia hacia una cierta convergencia se ha visto fortalecida por algunos cambios estructurales en el sistema académico. En este contexto, cabe mencionar las reformas en la organización y el financiamiento de la investigación que se han llevado a cabo a partir de las décadas del ochenta y noventa, y con más fuerza en los últimos quince años. En Alemania –pero, de nuevo, creo también que esto ocurre en muchos países europeos– estamos presenciando un proceso muy significativo de redistribución de recursos para la investigación, desde el presupuesto general de las universidades hacia un sistema de financiación de proyectos de investigación a través de mecanismos competitivos. Una de las implicancias de esta reorganización de la distribución de recursos es que la finan-

ciación de proyectos de investigación hoy en día depende, en no pocos casos, de que estos tengan alguna dimensión *interdisciplinar*. A lo largo de los años, esto ha desembocado, en combinación con los factores ya mencionados, en una creciente integración intelectual entre investigaciones históricas e histórico-jurídicas. La contracara ha sido, en no pocos casos, un distanciamiento entre la historia del derecho y los otros juristas, más bien interesados en el ordenamiento presente (y futuro). Así, los historiadores del derecho –de por sí en una situación periférica en las facultades de derecho– han girado cada vez más su atención hacia una enriquecedora y gratificante cooperación con los colegas de las disciplinas históricas y culturales. De nuevo, no se trata de evaluar si esto ha sido positivo o negativo, sino de constatar el crecimiento intelectual, pero también el debilitamiento institucional que trajo para la inserción de nuestra disciplina en las facultades de derecho.

2. Como segunda transformación importante, quisiera mencionar la *internacionalización del sistema académico*

Hace más o menos dos décadas, casi todos los países europeos están apostando por una creciente internacionalización del sector académico. Las razones para esto son mayoritariamente políticas y tienen que ver con la necesidad de ampliar mercados para conseguir los mejores investigadores, pero el impacto es visible incluso en disciplinas pequeñas como la nuestra. Porque esta internacionalización y el uso masivo de los nuevos medios de comunicación, han contribuido a la emergencia de discurso transnacionales, incluso acerca de la historia del derecho. La entrada de nuevas comunidades académicas a este diálogo y una creciente atención a su producción científica, produjeron un enorme enriquecimiento de la historiografía jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo, ha contribuido también a una cierta fragmentación de los discursos y a una pérdida de cánones de saber.

¿Por qué? Una razón es que la centralidad de ciertas comunidades académicas (por ejemplo, la alemana) y su función orientadora para otras comunidades académicas (en lo que atañe a métodos, temas y prácticas intelectuales) ha disminuido considerablemente. Basta pensar en la hegemonía que durante muchas décadas ejerció el concepto savigniano del derecho sobre la investigación histórico-jurídica, lo que generó una casi exclusiva concentración de gran parte de la historiografía jurídica en el derecho erudito y sus instituciones. Hoy en día, por el contrario, observamos un discurso, en muchos casos anglicanizado tanto lingüística como conceptualmente, que está transformando las tradiciones analíticas, modeladas a partir de estructuras nacionales y las reemplaza o reinterpreta dentro de su lógica. En la medida en que Europa, con su particular tradición de una historia del derecho radicada en las facultades de derecho, se encuentra integrada en una comunidad transnacional, obviamente se hace más visible la presencia de métodos, temas y cánones de saber que provienen de otras culturas académicas. Por ejemplo, aquellas en las cuales la historia del derecho se dicta, en mayor medida, en las facultades de humanidades y letras (como es el caso norteamericano); también cabe referirse a los métodos y temas que provienen de tradiciones analíticas diferentes, como puede ser el caso de algunas comunidades académicas en Asia. Estas diferencias son mucho más visibles hoy en día, porque ya no vivimos en un

mundo donde había muchos discursos paralelos (muchas veces llevados a cabo separadamente). Vivimos en un mundo en que estamos a solo un clic con el *mouse* para poder leer, en inglés, sobre la historia de la resolución de conflictos en China o de la esclavitud en Chile.

Si todo esto ya contribuye a una cierta fragmentación de la disciplina, de sus cánones, métodos y puntos de referencia, también la *economización del sistema académico* muestra su fuerza. Porque si la introducción de mecanismos competitivos de distribución de recursos para la investigación ha causado (a partir de la demanda constante de interdisciplinariedad) un cierto debilitamiento de la *disciplinarietàad*, la misma *economización del sistema* también ha traído la exigencia de la *internacionalidad*. Hoy en día, casi todos los proyectos financiados por mecanismos competitivos tienen que tener una dimensión comparativa o internacional. Esto significa, si uno lo toma en serio, la necesidad de combinar diferentes tradiciones nacionales tanto en lo metodológico como en lo temático.

Además, el significado que han llegado a tener las grandes editoriales angloamericanas, OUP (Oxford University Press) o CUP (Cambridge University Press), en este sistema economizado, donde el *ranking* de publicaciones se ha convertido en un factor determinante para muchas carreras, agregó otro agente de cambio. Porque la entrada de algunas editoriales anglosajonas en el mercado globalizado de publicaciones está catalizando el proceso de fragmentación de consensos y tradiciones nacionales a través de la emergencia de nuevos parámetros y de una nueva distribución de atenciones historiográficas.

Para dar un solo ejemplo, permítaseme mencionar la *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, publicada en 2009 y ahora parte de una gran plataforma electrónica (llamada *Oxford Reference*) que ya contiene más de dos millones de entradas. En esta enciclopedia, encontramos un cambio notable en la atención dedicada a la historia del derecho europeo en relación a la historia del derecho en países emergentes como China. Mientras 5 columnas se refieren a las entradas «Germany, German Legal History», nada menos que 130 columnas están dedicadas a «China, Chinese Legal History», con varias subentradas. La relación de 26:1 representa, más o menos, la relación entre las poblaciones de China y de Alemania, pero seguramente no representa la tradicional visión de la relevancia de la historia del derecho de Alemania dentro del contexto internacional. Obviamente, uno podría iniciar un largo debate sobre este punto, pero lo que me parece importante señalar es la constatación de que estamos presenciando no solo un proceso de internacionalización, sino también un proceso de *deseuropeización* de los debates internacionales. Este proceso de *deseuropeización* tiene sin duda alguna su justificación y apoyo en los debates poscoloniales. Sin embargo, también abrió nuevos mercados para las editoriales, de lo que resultó una mayor atención para los mercados emergentes que para la vieja Europa. Sea cual fuera nuestra actitud al respecto, esta *deseuropeización* es una realidad, no solo económica, sino también intelectual. A su vez, agregaría yo, también es una gran oportunidad. Haré algunos comentarios al respecto al finalizar mi exposición.

Sin embargo, lo que sin duda trae aparejada esta *deseuropeización* es la necesidad de preguntarnos por el lugar de nuestras tradiciones intelectuales en un discurso globalizado. Personalmente, creo que es muy importante que no abandonemos nuestras tradiciones, sino, al contrario, que insistamos y hasta intensifiquemos nuestros esfuerzos en realizar investigaciones dentro de líneas tradicionales. Sin perjuicio de esto, al mismo tiempo tenemos que entender que el contexto dentro del cual debemos insertar nuestras investigaciones es un contexto cada vez más transnacional. Por eso considero de fundamental importancia que seamos conscientes de las lógicas intelectuales a las cuales responde este discurso transnacional.

3. Déjenme agregar un último comentario: más allá de esto, los cambios que señalé nos exigen también reflexionar sobre cómo una disciplina, que se formó en una intensa relación con el estado nacional, y cuyas instituciones y prácticas académicas e intelectuales se forjaron en el molde de un sistema nacional, puede funcionar en un mundo internacionalizado o más bien transnacional. En otras palabras, ¿cómo podrían funcionar, por ejemplo, los mecanismos de control de calidad, de centralizar atenciones, de integrar comunidades, de socialización, etc., en un sistema académico *transnacional*? ¿Qué pasos tenemos que dar para adaptar nuestras instituciones a esa realidad transnacional? Creo que encuentros como este son pasos muy importantes en este proceso, porque contribuyen a la integración transnacional de comunidades académicas.

II. TRANSFORMACIONES EN EL SISTEMA JURÍDICO

Permítanme ahora abandonar este primer apartado, muy importante, en el cual traté de resumir algunas observaciones acerca de la *transnacionalización del sistema académico* para proceder al segundo punto: las transformaciones en el *sistema jurídico* y su impacto sobre nuestra disciplina.

Sin poder detenerme mucho en esto, creo que todos sabemos que la misma formación histórica que en los últimos veinte años contribuyó a la transnacionalización del *sistema académico* también ha tenido su efecto sobre el *sistema jurídico*. La globalización, la digitalización y la economización de nuestras sociedades y de la cultura provocaron la emergencia de nuevas formas de regulación, de sistemas de toma de decisiones y de normatividades que no provienen ni del estado nacional, ni son parte del derecho internacional, sino que son lo que se denomina *Transnational Law*.

Este derecho transnacional existe desde hace mucho tiempo, pero ha ganado una importancia mucho mayor en las últimas décadas. El derecho económico; la regulación del *Internet*; la normativa que rige el mundo del deporte, con sus múltiples tribunales, pero también la creciente actividad de estudios jurídicos que operan a nivel global, han causado una proliferación de normativa y también de instituciones para su implementación, que

escapa a la tradicional visión del derecho como la normativa proveniente del Estado, único productor del derecho.

Como es sabido, no pocos observadores sostienen que este derecho transnacional forma parte de una mayor transformación de los sistemas jurídicos dentro de la cual las funciones del Estado también deben ser replanteadas. Ahora bien: ¿qué tienen que ver los historiadores del derecho con esta transnacionalización del derecho? Creo que esta transnacionalización tiene, básicamente, dos significados para nosotros.

Primero, muestra que la historia del derecho concebida como una prehistoria del Estado moderno occidental es *una parte de la historia del derecho*, muy importante, pero solo una parte. La emergencia de corporaciones con cierta facultad de autorregulación, que empiezan a producir su propia normativa, muchas veces a través de lo que se llama *Judicial Lawmaking*, muestra que el horizonte de la historia del derecho tiene que abarcar dimensiones mucho más allá de la normativa estatal.

Segundo, y este punto es el que me parece más importante, la emergencia de este derecho transnacional exige a la academia plantearse la pregunta de si no debemos acompañar este proceso con una transnacionalización de las ciencias jurídicas y con un discurso transnacional acerca del derecho. Porque si una función importante de la academia es la observación crítica de la realidad, y por ende una función clave de la investigación jurídica debe ser la observación crítica de la evolución del sistema jurídico, tenemos que entablar un discurso académico a nivel transnacional. Este discurso académico a nivel transnacional debe referirse a conceptos claves que necesitamos clarificar si queremos comunicarnos con juristas provenientes de distintas regiones y culturas. Basta pensar en el ejemplo del término «Constitución»: un término clave para la construcción de nuestros modernos sistemas jurídicos occidentales. En los últimos años, estamos experimentando un intenso debate (por ejemplo, entre países occidentales y China) acerca de qué significa una Constitución. En diciembre de 2014, se celebró en China el primer día de la Constitución, con miles de estudiantes de derecho en las calles con un ejemplar de la Constitución en la mano para explicársela a los ciudadanos. Sin embargo (y sin poder profundizar en esto aquí), estos estudiantes de derecho deben de haber transmitido ideas sobre la Constitución que son ajenas a lo que nosotros entendemos por una Constitución. Es una visión «confuciana» de la Constitución, donde el individuo está integrado a un orden colectivo y se definen los derechos a través de esta integración, mientras que para nosotros, la Constitución obviamente tiene otra estructura, poniendo al individuo en el centro de la construcción del sistema. Podría agregarse, por ejemplo, la resignificación que algunos Estados latinoamericanos están dando a conceptos claves del constitucionalismo, como es el caso de Bolivia o Ecuador.

Estos ejemplos sirven para mostrar que, frente a la realidad de una reinterpretación y apropiación de conceptos (muchas veces occidentales) en un mundo globalizado, necesitamos entrar en diálogo con estas comunidades académicas y los representantes de esos sistemas jurídicos. Para ello, necesitamos no solamente conocer nuestra tradición, sino también

capacitarnos para conocer otras tradiciones (las tradiciones no europeas) y encontrar puntos de encuentro en un lenguaje común que muchas veces es engañoso. Estoy convencido de que para esa tarea, los historiadores del derecho, que cotidianamente hacemos el esfuerzo de comprender otras realidades jurídicas, sin poder deshacernos completamente de nuestras preconcepciones y con una constante preocupación por hacer un uso reflexivo de nuestro lenguaje de análisis, podemos y debemos hacer una contribución importante. También estoy seguro de que, mientras en algunos campos de la investigación jurídica se ha perdido el sentido de la necesidad de una perspectiva histórica, es el campo de una perspectiva académica acerca del derecho transnacional donde tanto desde el lado teórico (es decir, desde la teoría del derecho y la sociología derecho), como desde el lado más práctico, hay una necesidad de entablar diálogos y negociar sentidos, hay una gran necesidad y también atención para las perspectivas históricas y su valor explicativo.

III. CONSECUENCIAS

Con esto, llego a la última parte, la más breve, de mi presentación: las conclusiones. En el primer apartado he tratado de mostrar que la historia del derecho como disciplina académica está sujeta al proceso de transnacionalización del sistema académico y tiene que reaccionar a esto, conservando sus tradiciones y abriéndose a un nuevo campo de referencia y a nuevas formas de producción y de sus lógicas. Obviamente, esto exige un mayor esfuerzo. Sin embargo, este mayor esfuerzo es precisamente lo que puede capacitarnos para enfrentar otro desafío importante: el de formar parte de la emergente comunidad académica transnacional que asume cierta responsabilidad en la traducción de tradiciones jurídicas, de sus instituciones a partir de sus tradiciones, para crear las precondiciones para un diálogo transnacional sobre el derecho.

Obviamente, este proceso exige de nosotros plantearnos la utilidad y operatividad de casi todos nuestros conceptos habituales. Requiere abrirnos hacia otros conceptos de normatividad, porque obviamente no vamos a poder entablar un diálogo a partir de la noción occidental moderna del Estado y del derecho. Sin embargo, tampoco podemos comunicarnos sin apoyarnos en este lenguaje. ¿Quién?, pregunto, ¿quién estaría mejor capacitado para esto que un historiador del derecho, que tiene su fuerte arraigo en trabajos histórico-jurídicos basados en concretas realidades locales o nacionales y a su vez está abierto para los discursos metodológicos y teóricos sobre el derecho que se llevan a cabo a un nivel transnacional? ¿Y quién mejor que una generación que ha tenido una experiencia de vivir y moverse en diferentes lugares del mundo, como la nuestra?

Creo que el programa de este I Encuentro Hispano-Luso de Historiadores del Derecho es una clara demostración del rico potencial que tenemos. Por eso, de nuevo, mi mayor enhorabuena a las organizadoras y a los participantes y muchas gracias por permitirme formar parte de este encuentro.