



Retornar al derecho: notas para una historia cultural de lo jurídico

[Julián Andrei Velasco Pedraza]

Retornar al derecho: notas para una historia cultural de lo jurídico*

Go back to the law: notes for a cultural history of the juridical

JULIAN ANDREI VELASCO PEDRAZA

Resumen

Este texto explora, historiográficamente, el problema de una historia cultural de lo jurídico. Rastrea de manera panorámica el desarrollo de diversas formas de hacer historia del derecho poniendo énfasis en algunos trabajos de las últimas décadas sobre el Antiguo Régimen, para mostrar cómo una culturización de lo jurídico ha generado nuevos enfoques e ideas. Tal vez, la evidencia más clara es la producción reciente sobre impartición de justicia en los reinos de las Indias, en los cuales se demuestra las nuevas concepciones sobre la normatividad y las instituciones en sus dimensiones jurídicas, culturales, políticas y sociales.

Palabras claves: derecho - cultura - cultura jurisdiccional - historiografía del derecho

Abstract

This article explores the issue of a cultural history of the juridical from a historiographical point of view. It follows the trail of the different ways of making the history of law emphasizing some of the recent works on the Ancient Regime, to show how the cultural perspective of the law has produced new approaches and ideas. Maybe, the production about the administration of justice in the *Indias* is the best evidence of the new conceptions about regulations and institutions in their juridical, cultural, political, and social dimensions.

Keywords: law - culture - jurisdictional culture - law's historiography



Recibido con pedido de publicación el 23 de marzo de 2016

Aceptado para su publicación el 19 de octubre de 2016

Versión definitiva recibida el 30 de noviembre de 2016

Julián Andrei Velasco Pedraza, Doctorado en Historia, El Colegio de Michoacán, México; e-mail: javelasco88@gmail.com

* Este trabajo se elaboró en el seminario de "Historia Cultural" en El Colegio de Michoacán (enero-marzo de 2015) impartido por el Dr. Víctor Gayol, a quien agradezco la lectura y comentarios a la primera versión del texto. También agradezco aquí a los evaluadores anónimos de la revista.

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons. [Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)



Velasco Pedraza, Julián Andrei "Retornar al derecho: notas para una historia cultural de lo jurídico", *Prohistoria*, Año XIX, núm. 26, dic. 2016, pp. 3-26.

“Convertir en *homo juridicus* a cada uno de nosotros es la manera occidental de vincular las dimensiones biológica y simbólica que constituyen al ser humano. El Derecho relaciona la infinitud de nuestro universo mental con la finitud de nuestra experiencia física y cumple así en nosotros una función antropológica de instauración de la razón.”

Alain Supiot

Introducción

En su famosa *Historia de la Cultura del Renacimiento* (1860),¹ Burckhardt caracterizaba el estado como una obra de arte.² En la concepción sobre el pasado del historiador suizo, el estado ocupaba un lugar importante junto a la religión y a la cultura,³ donde esta última era el móvil de la historia. Para él, la historia de la cultura era la de las expresiones del espíritu de una época. En el ámbito del poder lo que importaba eran las formas políticas de gobierno y los individuos que lo ejercían. Siglo y medio después y en un contexto muy distinto, vio la luz una obra de un abogado argentino, Alejandro Agüero, sobre la justicia penal de una zona periférica del imperio español en el siglo XVII y XVIII.⁴ La administración de justicia y el ejercicio del poder se cruzaban inexorablemente con el ámbito normativo de la sociedad en el marco de una cultura jurídica muy particular, la cultura jurisdiccional. La justicia criminal era una expresión de una cultura de Antiguo Régimen.

Agüero y Burckhardt tal vez no tengan mucho en común, pero los enlaza la pretensión de reflejar la cultura de una época por medio de algunas de sus expresiones. Estos autores, también pueden representar dos puntos algo extremos en las formas de hacer historia cultural y las transformaciones que ocurrieron para de una, llegar a la otra. Nos interesa aquí, dentro de los marcos culturales, el papel que se le ha asignado al derecho en la historia. Para Burckhardt, en el estado, o sea la agrupación política del pueblo, existen jueces y leyes con facultades coactivas para mantener la seguridad.⁵ En cambio, para Agüero, el derecho de la sociedad moderna que analiza debe entenderse ampliamente con el fin de comprender las distintas posibilidades de

¹ BURCKHARDT, Jacob *La cultura del renacimiento en Italia*, 2 Vols., Orbis, Barcelona, 1985 [1860].

² BURCKHARDT, Jacob *La cultura...*, cit., I: primera parte.

³ BURCKHARDT, Jacob *Reflexiones sobre la historia universal*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943 [1905], p. 43, 70 y ss.

⁴ AGÜERO, Alejandro *Castigar y perdonar cuando conviene a la república: la justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.

⁵ BURCKHARDT, Jacob *Reflexiones...*, cit., p. 80.

configuración⁶ que tenía y no hacer equivalentes, como hoy en día, derecho y ley.

Como puede apreciarse con estas alusiones, el papel que se le ha concedido al derecho naturalmente ha cambiado en tanto tiempo. Nuestro objetivo en las siguientes líneas es ofrecer algunas ideas sobre la mutación que ha sufrido la historiografía del derecho en relación con las dimensiones culturales de la sociedad. De una historia de *La Cultura* donde el derecho tal vez solo hacía parte de lo político (y de forma secundaria), a una historia *cultural* de él, en la cual lo normativo expresa la cultura de una época. De una narrativa histórica donde la “alta” cultura era lo cultural, a otra donde el derecho es cultura y posee un proceso histórico. Es la evidencia de una transformación de la historiografía jurídica o sobre lo jurídico que refleja, asimismo, cambios en las formas de hacer historia en el siglo XX.

Este texto esboza algunos aspectos de una nueva visión sobre el derecho y las instituciones, los cuales nos sirven como claves interpretativas para la historia del Antiguo Régimen. En un primer momento se atenderá, a grandes rasgos, a una vieja visión sobre la historia cultural en relación con el derecho, para indicar la forma en que han surgido otras perspectivas. En un segundo tiempo haremos énfasis en cómo ha sido la metamorfosis de un objeto de estudio en la ciencia histórica, el que nos interesa: el derecho o lo jurídico. En un último apartado, mostraremos elementos del derecho que pueden considerarse una ventana a la cultura de Antiguo Régimen, a través de distintos estudios sobre historia de la justicia en los reinos de las Indias.

Para evidenciar lo anterior, hemos procedido hermenéuticamente sobre una muestra de materiales historiográficos en tres vertientes. Primero, hemos escogido un puñado de estudios que nos permiten hablar de la historiografía del siglo XX, en general, y de la jurídica en particular. Segundo, una sección del texto está dedicada a analizar una parte significativa de los manuales de historia del derecho en habla española como síntomas de las concepciones e interpretaciones históricas de conjunto sobre el derecho y que se diferencian entre cada uno de los manuales. Consideramos que este tipo de textos constituyen una “fotografía” de la visión que en cierto momento se tenía sobre el papel de lo jurídico en la historia. Por último, consideramos una serie de estudios que se inscriben en las visiones más recientes sobre historia de la justicia desde una perspectiva jurisdiccional, restringiéndonos a la historiografía latinoamericana.⁷

⁶ AGÜERO, Alejandro *Castigar...*, cit., pp. 20-22.

⁷ Debemos aclarar que desde hace unos quince años ha ido cada vez más en aumento. Una síntesis de todo lo realizado hasta el momento (2016) rebaza nuestros objetivos y el espacio de un artículo. Nos ha interesado, en este caso, la historiografía latinoamericana por su variedad de intereses pero con una matriz común.

Los trabajos más recientes sobre la impartición de justicia, como una parte del universo jurídico, dejan claro la vía privilegiada que constituye este ámbito para conocer las dinámicas sociales de los siglos XVI-XVIII. Sea con un enfoque más institucional o social, la impartición de justicia en su práctica y en los documentos generados por ella, refleja prácticas culturales de distinto tipo y en variados grados, sea en lo que concierne a la vida cotidiana, las transacciones económicas, los crímenes, el reclamo del honor o los discursos jurídicos y judiciales. Todo ello pasaba por un tamiz jurídico no solo porque eran las instituciones la que llevaban los procesos; no porque hubiera reglamentación que cuidara el proceder de la justicia y los jueces, sino porque lo que entendían por *derecho* tenía una naturaleza diferente a la actual, y porque lo jurídico era parte constitutiva de la cultura de Antiguo Régimen.⁸

Entre historia de la cultura e historia cultural

Los ejemplos citados líneas atrás son significativos para evaluar la historiografía cultural. Mientras a finales del siglo XIX y durante las décadas siguientes⁹ se intentaba confeccionar una *Historia de la Cultura*, un siglo después se pretendía una *historia cultural* o de lo cultural. Una síntesis de temas, perspectivas y obras representativas sobre esa práctica historiográfica, la ha realizado Peter Burke. En su texto, propone una conexión, a través de un enfoque externo a la disciplina, de una historia cultural clásica –que se la concebía como retrato de una época– con un giro cultural que permeó distintas disciplinas.¹⁰

Buena parte de esa historia de la cultura provino de la tradición alemana que basaba la temática en un concepto preciso de lo que significaba cultura para ella.¹¹ Entonces, adquiere sentido que J. Burckhardt estudiara la cultura del Renacimiento¹² en sus grandes manifestaciones. Para él, la cultura era una de las tres potencias de la historia –junto al estado y la religión–, la potencia móvil.¹³ Era lo espiritual, lo que surgía espontáneamente “para el fomento de la vida material y como expresión de la vida espiritual y moral, es toda la sociabilidad,

⁸ Por antiguo régimen puede entenderse “un largo periodo histórico que hunde sus raíces en la Edad Media y la feudalidad y se prolonga en muchos campos y en muchos ambientes hasta la Ilustración”. GUERRA, François-Xavier y LEMPÉRIÈRE, Annick “Introducción”, en GUERRA, François-Xavier y LEMPÉRIÈRE, Annick et. al. *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, CEMCA y FCE, México, 1998, p. 12.

⁹ Hasta 1950 una historia cultural clásica, BURKE, Peter *¿Qué es historia cultural?*, Paidós, Barcelona, 2006 [2004], Cap. 1, especialmente pp. 20-23.

¹⁰ BURKE, Peter *¿Qué es...?*, cit., p. 14.

¹¹ Utilizaban el concepto de cultura frente al de *civilización* usado en el ámbito francés. ELIAS, Norbert *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1987 [1939], primer capítulo.

¹² BURCKHARDT, Jacob *La cultura...*, cit.

¹³ BURCKHARDT, Jacob *Reflexiones...*, cit., p. 43.

toda la técnica, el arte, la poesía y la ciencia. Es el mundo de lo móvil, de lo libre, de lo no necesariamente universal, de lo que no reclama para sí una vigencia coactiva".¹⁴ Esta matriz alemana impregnó mucho de lo que se hizo sobre historia cultural en las siguientes décadas en varios países.¹⁵

En el quehacer historiográfico estadounidense el camino fue algo distinto.¹⁶ Durante las primeras décadas del siglo XX, los norteamericanos se dedicaron a la historia intelectual, en un principio muy desprovista de una preocupación por los marcos de contexto social. En lo sucesivo, la historiografía estadounidense se nutrió de corrientes europeas: historia cultural, de las mentalidades, de las ideas. Una de las más influyentes y que repercutiría en la historia intelectual que se practicaba, fue la historia social, la cual para la década de 1970 no era un campo menor en Norteamérica. Las distintas influencias, así como la fuerte impronta antropológica ya vigente por esos años en EEUU., dieron lugar a una multiplicidad de variantes y combinaciones de la historia intelectual. Y ni hablar de las grandes y profundas repercusiones del *linguistic turn* y los estudios culturales de la escuela de Birmingham.

La escuela de los *Annales*, por su parte, tuvo trabajos significativos sobre historia de la cultura o en relación con ella. Desde la renombrada obra de Bloch *Los reyes taumaturgos*, hasta la historia de las mentalidades hecha por la tercera generación. Por la década de 1980 operó un cambio que hizo parte de una tendencia más amplia en las ciencias sociales y que se ha denominado *giro cultural*. En efecto, algunos historiadores, entre los que destacan J. Revel y R. Chartier, propusieron un viraje para analizar las representaciones y prácticas sociales. El giro cultural, del que obviamente no solo participó *Annales*, surgió de un contexto de crisis, debate y encrucijada de las ciencias sociales. Las soluciones vinieron dadas "por la colaboración entre las distintas formas de hacer historia, por el diálogo con las ciencias sociales más afines y por un acercamiento a las posturas filosóficas posmodernas".¹⁷

George Iggers identifica el proceso general de lo que le ocurrió en la historiografía y lo ejemplifica muy bien el subtítulo de una de sus obras: "desde la objetividad científica al desafío posmoderno".¹⁸ Evidencia el cambio de la

¹⁴ BURCKHARDT, Jacob *Reflexiones...*, cit. p. 70.

¹⁵ BURKE, Peter *¿Qué es...?*, cit., pp. 27-29.

¹⁶ Para algunas consideraciones sobre esta tradición historiográfica y texto en el que nos basamos, véase: DARTON, Robert *El beso de Lamourette. Reflexiones sobre historia cultural*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 [1990], Cap. X. Para profundizar en la historia social de las ideas Cap. XI, y en la historia de las mentalidades Cap. XII.

¹⁷ RÍOS SALMONA, Martín "De la historia de las mentalidades a la historia cultural. Notas sobre el desarrollo de la historiografía en la segunda mitad del siglo XX", en *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, núm. 37, México, enero-junio 2009, p. 118.

¹⁸ IGGERS, George *La historiografía del siglo XX. Desde la objetividad científica al desafío posmoderno*, Fondo de Cultura Económica, Chile, 2012 [1993].

historia de tradición decimonónica a la multifacética de finales del siglo XX.¹⁹ Los supuestos en que se basaba la historiografía desde el mismo Heródoto, a saber, realidad, intencionalidad y secuencia, perduraron hasta bien avanzado el siglo XX, y fue en los que radicó la crítica de sus últimas décadas.

Como es evidente, en la ciencia histórica se ha pasado de una *Historia de la Cultura* a una *Historia Cultural*. Sin embargo, no ha sido una tendencia uniforme para las distintas áreas temáticas de los historiadores. Se hace manifiesto en aspectos de la historia del arte, del pensamiento, de la vida cotidiana y de la historia social, pero en historia económica, la historia política o la historia del derecho, no se ha notado tanto. En esta última, la inercia de una historia clásica del derecho tardó más en cambiar y se confeccionó de manera más dispersa. Por establecer un vínculo que se le ha atribuido cercano, la historia política, esta se ganó el apelativo de *nueva* por los años 70. El atributo para la historia del derecho llegó más tarde. Cabe destacar que el predominio de la corriente de los *Annales* y de las perspectivas y problemas de su interés, influyeron sobre la falta de atención (e incluso desvalorización) de temas políticos,²⁰ lo que puede extenderse a los institucionales y jurídicos.

En las obras de síntesis sobre la historiografía del siglo XX y en la alusión sobre los principales estudios de historia cultural o los influyentes sobre ella, poco o nada aparecen ejemplos de historia del derecho. Es cierto que la historia de los temas jurídicos no ha sido la más prolífica y que ninguna obra ha tenido el suficiente renombre mundial para ser de referencia obligada en la formación historiográfica. Tampoco en el terreno de la historia política, ni siquiera en la de corte “nuevo”, lo jurídico tuvo la suficiente importancia hasta muy reciente o solo en ciertos autores. Sin embargo, esto también se debe a que el derecho no ha sido de mucho interés para muchos historiadores, quizá por persistir esa apresurada idea de que el derecho es una cosa simplemente formal y muy distinta la sociedad. Para otras ciencias sociales,²¹ en cambio, el derecho ha sido objeto de mayor interés.

No ha habido un total abandono de lo jurídico. Sin entrar en el campo de la historiografía jurídica en particular, algunos teóricos o historiadores han tratado cuestiones jurídicas o vinculadas con ellas. M. Foucault llamó la atención sobre las prácticas judiciales como discursos sobre el sujeto y la

¹⁹ Para un panorama general: IGGERS, George *La historiografía...*, cit., pp. 19-46. También véase: HERNÁNDEZ SANDOICA, Elena *Tendencias historiográficas actuales. Escribir historia hoy*, Akal, Madrid, 2004.

²⁰ BARRIERA, Darío G. “Por el camino de la historia política: hacia una historia política configuracional”, en *Secuencia* (nueva época), núm. 53, México, mayo-agosto 2002, p. 165.

²¹ Cabe recordar la llamada sociología jurídica y los distintos sociólogos que ha reflexionado sobre el derecho (Weber, Luhmann, Bourdieu, Ferrari y Teubner, entre muchos otros) y la antropología jurídica (especialmente la reciente reflexión de Alain Supiot).

verdad.²² Lawrence Stone dedicó un ensayo al “Derecho”, en el cual citaba algunos trabajos que utilizaban los registros (judiciales) provenientes de él, pero sobre todo a una crítica a E. P. Thompson.²³ Aunque no muy extensamente, Perry Anderson consideró el papel del derecho romano en la construcción de los estados absolutistas en su reconocida obra sobre el tema.²⁴ No obstante, obras de referencia que tienen que ver directamente con el derecho aparecen en las postrimerías del siglo pasado. Harold Berman en una obra pionera y en algunos aspectos polémica y provocativa, reflexionó sobre el derecho y la historia.²⁵ Para él era patente que si se hablaba de una tradición jurídica occidental, el derecho debía ser considerado como “[...] proceso, como empresa, en que las reglas solo tienen sentido en el contexto de instituciones y procedimientos, valores y modos de pensamiento”.²⁶ En el presente siglo una monumental, no tanto por su tamaño sino por la amplitud del objeto y tiempo considerados, historia de la justicia de Paolo Prodi.²⁷ Evalúa la forma en que se ha pensado la justicia en Occidente, cruzando la historia de la Iglesia, del derecho, la teología y la historia constitucional e institucional.

Para la historiografía jurídica los ritmos de cambio han sido lentos. Sorprende encontrar que algunas obras atendieron a aspectos culturales y sociales del derecho,²⁸ pero cuya propuesta no logró formar una línea de trabajo difundida en un primer momento. No obstante, al final de cuentas los nuevos paradigmas de las ciencias sociales terminaron por permear a los juristas, quienes han sido los que han impulsado y operado el cambio de perspectiva en la historia del derecho. Si bien había ya ciertas propuestas y obras consistentes de una nueva visión sobre el derecho, donde fueron pioneras las obras de alemanes, españoles e italianos (desde las décadas de los 60 y 70), solo hasta la década de 1990 se empezó a difundir y a iniciar trabajos derivados de ella. El derecho como objeto de estudio, sufrió una metamorfosis.

²² FOUCAULT, Michel *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1996 [1978], p. 10.

²³ STONE, Lawrence “El derecho”, en *El pasado y el presente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986 [1981], pp. 215-226.

²⁴ ANDERSON, Perry *El Estado absolutista*, 15ª edición, Siglo XXI, México, 1998 [1974], pp. 18 y ss.

²⁵ BERMAN, Harold *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996 [1983].

²⁶ BERMAN, Harold *La formación...*, cit., p. 21.

²⁷ PRODI, Paolo *Una historia de la justicia: de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Katz, Buenos Aires, 2008 [2000].

²⁸ BRUNNER, Otto “Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo”, en *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 2000, pp. 1-20. El ensayo original es de 1939.

La metamorfosis de un objeto histórico: el derecho

Si bien la historia del derecho no ha sido un campo predilecto de la historiografía mundial, se ha practicado en varios países. En algunos se han establecido verdaderas tradiciones de su estudio. De tales tradiciones han participado tanto países latinoamericanos como europeos, pero en estos últimos son en los que más se ha presentado la crítica en las perspectivas jurídicas. La realidad histórica de las estructuras institucionales, especialmente los tribunales, ahora es vista como un entramado complejo entre el derecho y la práctica, mas no como la “Ley” separada del quehacer cotidiano. Todo esto se ha posibilitado gracias a una reconsideración de la historia del derecho, en su metodología y propia historicidad, para las sociedades llamadas de Antiguo Régimen. Nos ha señalado una manera distinta de entender el derecho antes de la creación de los estados nacionales: no solo como producto, sino también proceso social y reflejo de una cultura, como una manifestación cultural viva, con diversas caras, usos y manifestaciones.²⁹

La perspectiva o corriente que ha sido promotora de estas consideraciones es la *Historia o Historiografía Crítica del Derecho*. En el siglo pasado varios juristas e historiadores empezaron a reflexionar sobre la política y las formas jurídicas para la época medieval y moderna. La primera propuesta consistente la realizó Otto Brunner por la década de 1960 –aunque tenía trabajos previos– quien destacó la diferencia en las representaciones que sobre el poder y la sociedad se tenían en el Antiguo Régimen.³⁰ La idea fue secundada por un número de la revista *Ius Commune* en 1977 que fue coordinado e introducido por Johannes-Michael Scholz. Este autor propugnaba por la recuperación de los sentidos “auténticos” (locales)³¹ de las instituciones del pasado,³² para lo cual se requería separarse de algunas deformaciones metodológicas.

²⁹ Cfr. HESPANHA, António Manuel *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002 [1998], Cap. 1, y VALLEJO, Jesús “Derecho como cultura. Equidad y orden desde la óptica del *Ius Commune*”, en SALUSTIANO DE DIOS, Javier Infante; ROBLEDOS, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (coords.) *Historia de la propiedad. Patrimonio cultural*, III Encuentro Interdisciplinar, Salamanca, 28-31 de mayo de 2002, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 54-70, *passim*.

³⁰ HESPANHA, António Manuel *Cultura...*, cit., p. 35.

³¹ Para una reflexión interesante sobre la dimensión local del derecho, y de la antropología, aunque más para el presente, ver: GEERTZ, Clifford “Conocimiento local: hecho y ley en la perspectiva comparativa”, en *Conocimiento local: ensayo sobre interpretación de las culturas*, Paidós, Barcelona, 1994 [1983], pp. 195-264.

³² “El pasado jurídico, por tanto, debía ser leído de tal modo que se respetara su alteridad y se destacara el carácter ‘local’ del sentido de los problemas, de la idoneidad de las soluciones y de la racionalidad de los instrumentos técnico-dogmáticos utilizados. Es decir, se trataba de enfatizar que todos estos elementos dependían de condiciones históricas concretas que generaban un sentido determinado, tanto si estas condiciones se ligaban a los contextos sociales de la práctica discursiva como si se relacionaban con los universos culturales particulares de los actores históricos”. HESPANHA, António Manuel *Cultura...*, cit., p. 36.

Parecía estar conformándose una tendencia historiográfica. En el ámbito italiano se dio, al mismo tiempo, una reflexión similar, aunque para el derecho privado, de la mano de Paolo Grossi. A partir de sus trabajos se forjó una nueva forma de tratar la dogmática jurídica medieval y moderna.³³ Se proponía una nueva metodología basada en la lectura de los textos de la época y en la forma en que los hombres medievales y modernos los leían.³⁴ En lo sucesivo aparecieron más representantes de esta tendencia, especialmente en Portugal y España: António Manuel Hespanha y Bartolomé Clavero, por nombrar a los más reconocidos. Ellos continuaron y enriquecieron la crítica a lo que han denominado *paradigma estatalista*, es decir, la manera propia de la época contemporánea de concebir el derecho y el poder. El problema radicaba en el trasplante a realidades anteriores de estas categorías e ideas del presente.

Por una cuestión de profunda incompreensión de lo jurídico y político de tiempos pasados, se hacía necesaria tal crítica. En efecto, el trasplante de la mentalidad del positivismo jurídico contemporáneo deformaba el entendimiento de lo que significaba la ley, el derecho, la justicia; de las relaciones de poder que se tejían por los siglos medievales y modernos; de la labor de jueces y los foros de justicia en que ejercían sus facultades. En fin, se veía –incluso se juzgaba– aquella realidad pasada con criterios actuales, asignándoles una lógica, fundamento y categorías que no le eran propias. Es más, su proceso histórico se lo consideraba en clave teleológica, como una etapa y a la luz del desarrollo histórico del Estado-nación, como un grado anterior de este.³⁵

Hay varias características destacables en esta propuesta. En primer lugar, siguiendo a B. Clavero,³⁶ concebir una antropología distinta, una manera diferente de entender el Antiguo Régimen. En *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, por ejemplo, el iushistoriador andaluz realiza un análisis de un tópico que podría parecernos hoy en día meramente de índole económica, pero que en la Edad Moderna tenía dimensiones religiosas: la usura. No era la usura por sí misma, sino todo el trasfondo cultural católico que se expresaba en la jurisprudencia y que hacía que las relaciones económicas se revistieran de características antidorales. Un fundamento antropológico, cultural, que daba

³³ HESPANHA, António Manuel *Cultura...*, cit., p. 37.

³⁴ Un ejemplo insigne de esta metodología es el trabajo de COSTA, Pietro *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè editore, Università di Firenze, Milano, 1969.

³⁵ GARRIGA, Carlos “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en *ISTOR. Revista de Historia Internacional*, núm. 16, Año IV, México, primavera 2004. [En línea]. Disponible en: <http://www.istor.cide.edu/istor.html>

³⁶ CLAVERO, Bartolomé *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Giuffrè Editore/Facoltà de Giurisprudenza Università de Firenze, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, 1991.

sentido e importancia a ciertas formas de comportamiento que retribuían los favores recibidos.

En segundo lugar, una lectura densa de las fuentes, prestando atención a su propia lógica y a criterios que hoy en día nos parecen extraños. Para lo primero, la obra citada de Clavero es un buen ejemplo. Para lo segundo, un texto de A. M. Hespanha sobre el papel del amor en el derecho de Antiguo Régimen³⁷ identifica el lugar que se le daba a los sentimientos y cuestiones de orden moral o espiritual en el derecho. Denso, pero reflexivo, el escrito de Hespanha permite ver cómo había principios en la urdimbre jurídica moderna que eran parte constitutiva de la misma. Una tradición teológico-jurídica que más que reflejar solo discursos o ideales, al contener esquemas culturales antiguamente sedimentados y consensuados, podían ser reflejo del *habitus* social.³⁸

En tercer lugar, al apelar a la propia lógica de las fuentes, surge un requerimiento: un cambio de vocabulario. A partir de las fuentes y el significado preciso que le asignaron o que interpretaron quienes las confeccionaron, se ha derivado una nueva manera de describir los fenómenos que se analizan. Es significativo, por ejemplo, el título y contenido de una obra de Pietro Costa: *Iurisdictio. Semantica del potere político nella pubblicistica medievale*,³⁹ el cual alude a una fuerte red de sentidos jurídicos para una época – toda una semántica del poder- y por ello cada concepto poseía una carga normativa muy importante. Algunos autores como A. Agüero, B. Clavero, C. Garriga, P. Grossi y A.M. Hespanha tienden y propugnan por no traducir algunos términos de la literatura jurídica medieval y moderna, aunque en obras de los siglos XVII y XVIII ya aparece la traducción de distintos conceptos, pero con fuertes persistencias en la esencia de su sentido. El problema sigue radicando en la actualidad, donde las palabras de una política y derecho diferentes pueden llevar, y han llevado, a interpretaciones alejadas de la realidad histórica. Por ejemplo, este ha sido el caso de la palabra *funcionario*.

El término funcionario en el sentido de funcionario público no apareció registrado por la Real Academia Española sino hasta 1869. El punto no es solo una aparición tardía de la palabra, sino el universo político que le otorgaba sentido y en el cual funcionaba, es decir, el del estado liberal propio de la época

³⁷ HESPANHA, António Manuel “La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno”, en PETIT, Carlos (ed.) *Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolía, imaginación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 23-73. Un ejemplo en: ALBORNOZ VÁSQUEZ, María Eugenia “Decir los sentimientos que se viven en singular. La frustración y la cólera de un comerciante de telas que se creía buen padre. Ciudad de México, 1714-1717”, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, marzo 2006, [En línea] DOI: 10.4000/nuevomundo.1992.

³⁸ HESPANHA, António Manuel “La senda...”, cit., p. 32.

³⁹ COSTA, Pietro *Iurisdictio...*, cit.

contemporánea. Previamente a las revoluciones liberales de finales del XVIII e inicios de la siguiente centuria, era otra terminología y universo político los usados.⁴⁰ Al igual que el término *legislación*,⁴¹ el de *funcionario* solo tendría significación en una contingencia histórica. En lugar de utilizar *funcionario* para los encargados del gobierno se hablaba desde las Partidas de *oficiales* o de *oficios*. Estos eran los conceptos principales con los que se referían a los ocupantes y a los cargos de gobierno. Se entendían como detentores y ejecutores de las labores del príncipe, a quien se vinculaba todo oficio real.⁴² La concepción de *oficio* sufrió cambios en el siglo XVIII para tomar predominio la de *oficina*: “Gobernar no es ahora tan sólo regir a la comunidad, sino promover el bien y la felicidad públicos”.⁴³ Se trata de una crítica metodológica que no acepta usos acríticos e intemporales de los conceptos.⁴⁴ Esta apelación a un léxico particular la continuaremos con mayor detalle en el siguiente apartado pues la inclusión de un término preciso como *jurisdicción* (*iurisdictio*) ha determinado mucho de la forma de concebir y analizar la administración de justicia.

Las ideas de los párrafos precedentes muestran una metamorfosis en la manera de analizar el derecho en general, y el moderno en particular. Es difícil rastrear ese proceso de cambio a nivel historiográfico general, incluso a nivel de la teoría social, al menos en los autores más reconocidos. Para las escuelas jurídicas del siglo XIX y XX el universo es amplísimo y especializado, por lo que nos restringimos al ámbito de la historia del derecho. Para efectos prácticos y concretos, habría que buscar los indicios en las tradiciones de historiografía jurídica. Haremos un ejercicio: evaluar las características de algunos manuales de historia del derecho español e indiano en el siglo XX. Solo es una muestra pues hay un conjunto amplio de *manuales*, *historias*, *lecciones* e *introducciones* del tema. Trataremos de rastrear el cambio en la concepción y terminología usados por sus autores.

⁴⁰ Para estas ideas desarrolladas con la voz “legislación” véase, AGÜERO, Alejandro “Historia del derecho y categorías jurídicas. Un ejercicio de crítica conceptual”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, Madrid, 2007-II, pp. 135-144.

⁴¹ AGÜERO, Alejandro “Historia...”, cit.

⁴² Cfr. BRAVO LIRA, Bernardino “Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano”, en *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pp. 219-244.

⁴³ BRAVO LIRA, Bernardino “Oficio...”, cit., p. 234.

⁴⁴ “Sin embargo, la retrospectiva de un concepto tan basilar [legislación] para la comprensión actual del derecho suele arrastrar consigo aspectos periféricos vinculados a su significación presente y que terminan inadvertidamente impuestos a un pasado ajeno, condicionando, así, severamente, las representaciones resultantes que hacemos hoy del mundo institucional precontemporáneo”. AGÜERO, Alejandro “Historia...”, cit., p. 139.

Jose María Ots Capdequí elaboró un manual de historia del derecho español e indiano en 1943,⁴⁵ el cual tuvo una segunda edición tan solo dos años después. Fruto de varios años de experiencia y de una preocupación por ver la *proyección* del derecho español en Indias, Ots estableció como el objeto de la historia del derecho español el estudio del *proceso evolutivo* de las normas reguladoras de las relaciones sociales.⁴⁶ La función de este conocimiento para los países americanos, menciona, era “una función de alta cultura” pues es útil para la historia de la formación de las nacionalidades. En el modelo que utiliza, la historia del derecho que narra es la historia de la formación de un derecho nacional español y como actores principales el individuo y, sobre todo, el estado.

En su esquema interpretativo pensaba en países, en administración pública, políticas de estado diferenciadas y versiones históricas estatales. Así, en cada etapa histórica del derecho surgió un estado hispano-cartaginés, uno visigodo, uno hispano-romano, y uno nacional, un “Estado español”.⁴⁷ En esa periodización también se destaca la inexistencia y luego la aparición de una idea de unidad nacional al punto que la Edad Moderna (siglos XVI a XVIII) es el periodo de “formación de un derecho propiamente nacional”.⁴⁸ Sería obra de los Reyes Católicos una unidad dinástica para dar lugar a una unidad nacional y un viejo tipo de sistema político de Estado-ciudad daría paso a un Estado-nación. Puntualizó un ámbito estatal (¿público?) que se diferencia del individuo y de una esfera privada. Tenemos pues, un vocabulario propio de un esquema clásico: estado, individuo, público, política estatal, funcionarios y burocracia.

Tan solo cinco años después de la obra de Ots Capdequí, Rafael Altamira y Crevea, un autor clásico en la historia del derecho español e indiano, publicó su *Manual de investigación de la historia del derecho indiano*.⁴⁹ Constituyó una verdadera guía práctica de investigación, con gran lucidez para su tiempo. Como tema recurren en este y otros manuales, las fuentes del derecho revisten gran importancia. Frente a visiones anteriores, nos dice Altamira, él tiene en cuenta los hechos no jurídicos, el derecho no legislado y las formas legales no derivadas del rey.⁵⁰ Si bien tenía un entendimiento amplio del concepto de ley, la mayor parte del discurso gira en torno a ella y a su cumplimiento o su inobservancia. Se trata de ver cómo surgía la ley, qué compilaciones había, qué

⁴⁵ OTS CAPDEQUÍ, José María *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, 2 tomos, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1943.

⁴⁶ OTS CAPDEQUÍ, José María *Manual...*, cit., p. 13.

⁴⁷ OTS CAPDEQUÍ, José María *Manual...*, cit., pp. 15 y ss.

⁴⁸ OTS CAPDEQUÍ, José María *Manual...*, cit., p. 20.

⁴⁹ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael *Manual de investigación de la historia del derecho indiano*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, 1948.

⁵⁰ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael *Manual...*, cit., p. 2.

tipo de leyes existieron y en qué ámbitos. Predomina cierto tono centralista pues casi todo de alguna forma se refiere a la metrópoli. En la obra de Altamira se nota la idea del silogismo jurídico y de la lógica judicial contemporánea pues habla de la jerarquía del poder judicial y de la aplicación de la ley.

Para ver nuevos ejemplos de empresas historiográficas de ese calibre hubo que esperar varias décadas. En 1979 el reconocido Francisco Tomás y Valiente publicó una obra que tuvo cuatro ediciones en cuatro años y hasta el 2005 trece reimpressiones, y sigue siendo obra de obligada referencia: *Manual de historia del derecho español*.⁵¹ Es la única obra de este tipo que realiza un balance historiográfico completo de la especialidad. Además, incluye una fuerte carga histórica, especialmente política, que explicaría el surgimiento de variadas formas jurídicas y el rol que desempeñaban en cada época. En sus primeras líneas, Tomás y Valiente reconoce que para entender el derecho hay que saber lo que ha sido y, por lo tanto, es necesaria una indagación histórica sobre la materia.

Para el autor, si bien el concepto de *derecho* debería enriquecerse de las investigaciones al respecto, es necesario proceder con una noción instrumental y provisional. Las normas jurídicas se formulan, se interpretan y se aplican, pero no agotan su realidad en el primer momento, sino que se enriquecen en el segundo y el tercero. Y no solo esto, el surgimiento de la norma también responde a unas relaciones de poder en una sociedad⁵² y es creada por quienes tienen poder para hacerlo. El derecho es poder limitado, pues un ejercicio puro del poder no necesitaría de normas. Es así que el derecho sería una realidad pretendidamente justa. En resumen: “Sin su referencia y vinculación con el poder político, con las pugnas entre grupos y clases sociales, y con las ideologías y la mentalidad presentes en esa misma sociedad que el Derecho trata de organizar, ni siquiera aquel núcleo estricto [el derecho en estricto sentido] podría ser comprendido”.⁵³

Para Tomás y Valiente la historia del derecho, la que él hacía, es una especialidad de la historia y no sería ciencia jurídica o “la ciencia jurídica”. Con referencia a la metodología, ya sabía bien y recomendaba que se debía proceder con cuidado “[...] de no trasladar sin más a épocas pasadas los conceptos jurídicos válidos para la actualidad y propios de la presente ciencia jurídica, pues de este tipo de traslación mecánica de conceptos actuales a sociedades pretéritas podrían desprenderse errores metodológicos insalvables”.⁵⁴ Precisamente ese peligro es el que se ha tenido en mucha de la historiografía jurídica y tal vez Tomás y Valiente la tenía en mente al escribir esas líneas.

⁵¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid, 1998 [1979].

⁵² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco *Manual...*, cit., p. 25.

⁵³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco *Manual...*, cit., p. 27.

⁵⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco *Manual...*, cit., p. 28.

Para la década de 1990 contamos con dos manuales aparecidos en 1994 y 1996. El primero de ellos, factura del jurista chileno Antonio Dougnac,⁵⁵ trata del derecho indiano. Es un verdadero curso, bastante completo por cierto, de derecho indiano pues resalta los principales hechos históricos que tuvieron que ver con cuestiones jurídicas, como los justos títulos o las reformas borbónicas, y hace una guía clara y práctica de las instituciones y oficiales del gobierno indiano. El autor procede por tópicos históricos relevantes y las principales instituciones según las materias o ramos del gobierno hispano: gobierno, justicia, guerra y hacienda. Igual que textos anteriores, para el contexto indiano son relevantes las fuentes del derecho que puntualiza bastante bien: la costumbre, la legislación a distintos niveles, la jurisprudencia de tribunales y la jurisprudencia de doctrinaria o literatura jurídica.⁵⁶

Dougnac Rodríguez no introduce definiciones o consideraciones sobre el derecho, su metodología o su relación con la historia. Sí aclara la tradición castellana de la cual provenía el derecho indiano como un derecho especial en ella y los criterios formativos de este último, aunque poniendo énfasis en su delimitación y funcionamiento. Se nota cierto tono “apologético” de la legislación indiana debido a los ideales evangelizadores y de protección del indio que en distintos momentos se puede apreciar. Además, asigna a la monarquía hispana desde los Reyes Católicos una concepción absolutista del poder lo que explicaría para Dougnac –sin despreciar otros criterios- la abundante legislación expedida para Indias en vía de controlar esos dominios.⁵⁷

El español Santos M. Coronas González en 1996 compuso un completo *Manual de Historia del Derecho Español*⁵⁸ que en tres años mereció una segunda edición. El criterio seguido para organizarlo fue el cronológico, aunque matizado geográficamente. Tenemos, después de una exposición general de las épocas más tempranas, las épocas alto y bajo medieval en las que separa capítulos para los derechos de distintos reinos (Aragón y Navarra, Castilla, Cataluña, etc.). Luego dedica secciones separadas al derecho mercantil, al derecho universal de la monarquía (en el que se incluye el indiano) y al del siglo XVIII. La parte más reducida es la del derecho contemporáneo español que dataría de inicios del siglo XIX.

Para Coronas la historia del derecho es una ciencia que estudia el derecho del pasado. Historiográficamente, después de un breve recuento de perspectivas, dice adscribirse a una historia total.⁵⁹ Para la definición de lo que

⁵⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994. La obra tuvo una segunda edición cuatro años después.

⁵⁶ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio *Manual...*, cit., pp. 11-14.

⁵⁷ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio *Manual...*, cit., p. 12.

⁵⁸ CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. *Manual de historia del derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999 [1996].

⁵⁹ CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. *Manual...*, cit., p. 27.

sería el derecho y ante la variedad de significados históricos, toma la definición de García-Gallo como una ordenación social con fuerza vinculante, siendo consciente de que la idea de orden social ha tenido distintos fundamentos, así como que el derecho ha estado asociado a otras regulaciones de la vida social. Para este autor es perfectamente claro que el derecho es una creación cultural del hombre⁶⁰ en concordancia con su preferencia de la perspectiva de la escuela alemana de F. C. de Savigny. Esta vinculación todavía lo llevaba a hablar en términos de espíritu humano.

Coronas, siguiendo los postulados de la Escuela Histórico-Jurídica alemana nos menciona dos aspectos interesantes. El primero es la crítica a un legicentrismo que veía en la ley la expresión jurídica por excelencia (o la única). Frente a esto propone tener en cuenta otras fuentes de creación y expresión jurídicas en el marco del rescate que esa escuela hizo de las tradiciones populares y consuetudinarias.⁶¹ En segundo lugar, identifica un proceso general en la historia del derecho. En un principio tuvo una fuerte relación con la ciencia histórica, pero al acentuar su especialización “declinó hacia postulados jurídicos, dogmáticos o institucionales, utilizando las categorías y conceptos de la ciencia jurídica, bien la inducida del tiempo histórico (C. Von Schwerin) o la cristalizada en el presente a manera de una dogmática intemporal (E. Betti)”.⁶² La historia del derecho se fue alejando de la historia mientras que algunas de sus corrientes tendían a ver el derecho como una “mera máscara de la realidad social”. Para este autor el único punto de encuentro que quedaba era la historia institucional.

Pero las nuevas visiones críticas sobre el derecho tardaron mucho para calar bien. Solo hasta el reciente *Manual de Historia del Derecho* de Marta Lorente y Jesús Vallejo⁶³ se evidencia con claridad los cambios de perspectivas –y nótese que el título que no lleva ningún adjetivo. En esta ocasión la especialidad llevó a una obra colectiva y no la tradicional forma del erudito que componía una obra bajo su propia pluma. El puñado de investigadores que confeccionaron este manual ya habían publicado, casi todos, varios trabajos desde dos décadas atrás. Si bien con Tomás y Valiente era clara la referencia obligada a las circunstancias políticas y sociales de determinados contextos para entender la creación del derecho, en este último texto la perspectiva está más anclada en una perspectiva cultural y densa del derecho en sociedad.

¿Pero en qué difiere esta obra frente a las demás? En la forma que se tratan los temas. Al ser una obra colectiva no hay un modelo general que estructure el discurso del trabajo, aunque sí hay una sucesión cronológica pero no es el

⁶⁰ CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. *Manual...*, cit., p. 29.

⁶¹ CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. *Manual...*, cit., p. 32.

⁶² CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. *Manual...*, cit., p. 31.

⁶³ LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (coords.) *Manual de historia del derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

principal criterio organizador. A comparación de otros manuales, aquí figuran primero los conceptos y problemas más que una materia o institución jurídica. La densidad de contenido histórico que los autores introducen hacen ver cómo el derecho se desenvuelve y funciona en la sociedad más que ver cómo esta lo produce o puntualizar que hubo unas circunstancias para producir el derecho. La terminología de cada época es bien conservada para acercar mejor a los sentidos históricos de las nociones jurídicas. Y tal vez lo más importante: el predominio y organización de derecho en torno a la cultura y la sociedad, imbricado en una textura indisoluble con y en ellas.

En el *Manual* de Lorente y Vallejo destacan varios capítulos relacionados con el *Ius Commune*, tema al que solo Tomás y Valiente le había dedicado secciones particulares. Este tema es importante pues el *Ius Commune* (Derecho Común) funcionó como integrador y discurso de referencia de la tradición jurídica de Occidente. Cumplía el rol de dar unidad en la diversidad. Pero lo más relevante es que sin ese horizonte no puede comprenderse el derecho de Antiguo Régimen. En uno de los capítulos de la obra se habla de una cultura del *Ius Commune*, lo cual nos da a entender todo un complejo de conceptos, modos de decir, formas de hacer y cristalizaciones institucionales a partir de esa matriz.

Esta engorrosa descripción de algunos elementos de los manuales de historia del derecho evidencia una transformación en la manera de ver lo jurídico históricamente, la forma de estudiarlo y de describirlo. Cada vez es más histórico, valga la redundancia, el derecho imbricado en la sociedad y en la cultura de determinado contexto. Anteriormente, y no siempre, parecía ser una materia o elemento de la cultura, ahora es cultura misma. No sobra aclarar que buena parte del *Manual* de Lorente y Vallejo se debe a la tradición de historia del derecho que hemos ido narrando.

Otra evidencia de la metamorfosis de la historia del derecho serían la de tres tradiciones historiográficas en América Latina: México, Argentina y Chile. Estos han sido los países que actualmente poseen más producción historiográfica sobre historia del derecho, las instituciones y la administración de justicia. Han bebido de las tradiciones jurídicas europeas, pero quienes se formaron en ellas, algunos historiadores ya considerados clásicos,⁶⁴ han dejado un legado importante en revistas,⁶⁵ libros y en alumnos formados. Los

⁶⁴ Silvio Zavala y José Miranda, por mencionar dos para México; Ricardo Zorraquín Becú, Ricardo Levene, José Mariluz Urquijo, Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré en Argentina; y Javier Barrientos Grandón, Antonio Dougnac Rodríguez y Bernardino Bravo Lira para Chile.

⁶⁵ *Revista Mexicana de Historia del Derecho* (Universidad Nacional Autónoma de México), antes *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*; *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Universidad de Chile), *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), además de la conformación del *Grupo de Estudios Historia y Justicia* (<http://historiayjusticia.org/>)

historiadores de estos países no solo han sabido aprovechar el conocimiento legado sino incurrir en novedosas investigaciones de aspectos clásicos muy trabajados, de algunos abandonados y de otros que no se habían tratado. Cada tradición con sus propias tendencias, enfoques y temas están contribuyendo a perspectivas amplias⁶⁶ de historia del derecho o de otras historias concediéndole un lugar importante a la del derecho. Como veremos a continuación, esto ha significado una ventana al mundo del Antiguo Régimen desde lo jurídico o a través de él.

Una ventana al Antiguo Régimen: la cultura jurisdiccional

Como anotamos arriba, Clavero apelaba a una antropología de Antiguo Régimen. Es la apelación a una cultura peculiar. En la historiografía del derecho y de la política de Antiguo Régimen es común encontrar términos como cultura política, cultura jurídica o cultura judicial. Cada uno de estos términos como presupuesto o concepto guía para describir la forma en que hombres y mujeres de aquellos tiempos se inmiscuían en la política local o litigaban en los tribunales. Para años recientes, si bien se mantiene el uso de aquellos términos, Alejandro Agüero propone, o más bien, insiste en usar *cultura jurisdiccional* como forma específica de la cultura jurídica de Antiguo Régimen. Para acercarnos a esto, debemos primero hacer un paréntesis para cerrar un tema que dejamos pendiente líneas arriba, pero que es pertinente continuar en esta sección del texto.

La apelación, tácita o expresa, a un léxico particular no ha sido simple refinamiento. En efecto, la descripción y análisis según la terminología jurídica moderna posibilita una mejor comprensión tanto para los discursos como las prácticas. Los conceptos jurídicos como objetos “existen en tanto que artefactos discursivos vinculados al contexto en el que sus significados operan sobre la realidad que les da origen”.⁶⁷ Destacamos el concepto de jurisdicción, potestad jurisdiccional o, en sentido estricto, *iurisdictio*.⁶⁸ Este concepto es clave porque designa la forma de entender el poder político en el Antiguo Régimen. *Iurisdictio* etimológicamente significa *decir* o *declarar el derecho*. Esto remite a la concepción sobre el derecho, pues este no se creaba sino que se declaraba ya que hacía parte de un orden revelado. El jurista medieval y moderno no

y su revista digital *Historia y Justicia* (<http://revista.historiayjusticia.org/>) desde el 2013; y *Revista de Historia del Derecho* (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires).

⁶⁶ Para algunas consideraciones más amplias, véase: VELASCO PEDRAZA, Julian Andrei, *Justicia para los vasallos de su majestad. Administración de justicia en la villa de San Gil, siglo XVIII*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2015, Cap. 1.

⁶⁷ AGÜERO, Alejandro “Historia...”, cit., p. 136.

⁶⁸ Para profundos análisis sobre el tema: COSTA, Pietro *Iurisdictio...*, cit., VALLEJO, Jesús *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

confeccionaba leyes, sino que interpretaba la naturaleza y la sociedad para extraer de ellas el orden que Dios había dado al mundo.

Puntualmente, *iurisdictio* o jurisdicción denotaba la facultad de una autoridad para juzgar y dar preceptos normativos. La potestad jurisdiccional era el eje del gobierno pues la justicia y las leyes eran la mejor manera de mantener el orden. Juzgar y legislar no eran cosas dispares, sino que mientras se hacía una, se lograba la otra.⁶⁹ Es por ello que la figura del juez fue central en ese ordenamiento jurídico-político y el gobierno, la administración de justicia, recayó sobre esta figura y toda una elaboración deontológica de los jueces. Toda esta concepción se trasladó al Nuevo Mundo gracias a la corona castellana. Los reinos de las Indias fueron herederos de esa tradición jurídica de Occidente en su variante castellana y propias especificidades ultramarinas. No obstante, la matriz se mantuvo. La concepción de un orden político jurisdiccional fue la que estructuró buena parte del gobierno indiano ya que las audiencias y la multiplicidad de tribunales fueron la estructura ósea del dominio hispánico. No es gratuito, por lo tanto, que se le haya llamado o caracterizado como el *gobierno de la justicia*.⁷⁰

Tal importancia de la justicia y de lo jurisdiccional ha posibilitado el apelativo de esa cultura⁷¹ de Antiguo Régimen como *cultura jurisdiccional*,⁷² como un modo de organización y gestión del poder compartido por los distintos espacios políticos europeos desde la Baja Edad Media y hasta finales del siglo XVIII. Esta cultura tendría ciertas claves. En primer lugar, la justicia era la vía para conservación de un orden natural y social dado por la creación de Dios. Segundo, una que hemos mencionado, el poder político como *iurisdictio*. En tercer lugar, los magistrados (o sea los jueces) cumplían la función de declarar el derecho y establecer la equidad por medio de la interpretación de un orden dado, revelado; tal orden se componía de variadas comunidades políticas y cada una con la propiedad de autogobernarse, es decir, de tener su jurisdicción; no obstante, el príncipe, además de armonizador de voluntades,

⁶⁹ VALLEJO, Jesús "Derecho como cultura...", cit., p. 65.

⁷⁰ GARRIGA, Carlos "Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 34, Buenos Aires, 2006, pp. 67-160; GAYOL, Víctor y DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO, Rafael (coords.) *El gobierno de la justicia. Conflictos jurisdiccionales en Nueva España (s. XVI-XIX)*, El Colegio de Michoacán, Archivo Históricas del Municipio de Colima, Zamora, 2012.

⁷¹ Hemos decidido no reflejar los debates sobre el concepto de cultura, ni de las opciones tomadas por los historiadores, pues la cuestión es muy amplia y compleja, además de no ser el objetivo de este texto. Para el tema véase SEWELL, William H. Jr. "The concept(s) of Culture", en BONNELL, Victoria y HUNT, Lynn (eds.) *Beyond the cultural turn. New directions in the study of society and culture*, University of California, Berkeley, 1999, pp. 35-61; BURKE, Peter *¿Qué es...?*, cit.

⁷² AGÜERO, Alejandro "Las categorías...", cit.

era considerado fuente de toda jurisdicción, aunque no como centralizador ni supresor de las potestades corporativas.

Cuarto, la vocación jurisdiccional del poder y de la justicia como orden, desembocaban en que los límites del poder estuvieran dados por los mecanismos de resolución de conflictos, los que se dirimían mediante procesos judiciales. Quinto, por ello los campos normativos eran múltiples, flexibles y abiertos, cualidades lógicas dentro del predominio de la casuística (establecer la equidad en cada caso) y de la forma tópica del razonamiento. La gracia que dispensaba el príncipe era concebida como un ejercicio encaminado a conseguir el equilibrio social. Esta operación se fundamentaba en un catálogo de virtudes cristianas como la caridad, el amor y muchas otras, que no poco sustentaban acciones y discursos. Así, el ejercicio del poder se imbricaba con la religión.

Con las consideraciones que acabamos de introducir, se puede entender por qué *jurisdicción* o la idea de potestad jurisdiccional ha sido uno de los ejes que han estructurado los trabajos sobre historia de la administración de justicia. Según los intereses historiográficos, se ha puesto énfasis en el territorio, un grupo social o un tipo de procesos judiciales. Lo esencial es que en su mayoría los trabajos han incluido la concepción jurisdiccional del poder. Los ejemplos son múltiples en la historia social, de la justicia, de las instituciones, de los crímenes y tras problemáticas, pero el que resulta más significativo es el de los conflictos de competencias. Aquí pueden resultar significativos dos ejemplos colectivos.⁷³ No es el espacio para relatar en detalle los trabajos, pero basta con decir que estudian los conflictos entre dos o más autoridades o instituciones por avocarse o defender la autoridad o potestad que se tenía para conocer de alguna causa judicial o asunto de gobierno.

¿Qué tendrían de importante este tipo de conflictos? Al haber sido el punto de encuentro de los detentores del poder político, eran el escenario más álgido de las acciones y discursos sobre el poder. Estaba en juego la legitimidad y respeto de las facultades. Si algún juez u otra autoridad se adjudicaba algún asunto que no le correspondía, era tanto como restar la cuota de poder que le era propia a otro. Por ello, allí se observan las argumentaciones de las autoridades en torno a la defensa de su poder y sacaban a relucir muchos otros aspectos que explicaban las acciones cometidas. Además, esos conflictos jurisdiccionales podían llegar a involucrar a una serie de tribunales e instituciones, e incluso llegar al rey. Ponían en funcionamiento una parte importante del complejo aparato de gobierno de la monarquía.

Si estimamos, como hemos destacado, que la justicia y el derecho eran elementos extremadamente importantes en los siglos XVI-XVIII, entonces

⁷³ GAYOL, Víctor y DIEGO-FERNÁNDEZ, Rafael *El gobierno...*, cit. POLIMENE, María Paula (coord.) *Problemas jurisdiccionales en el Río de la Plata, Córdoba, Tucumán, Cuyo y Chile*, Prohistoria, Rosario, 2011.

podemos considerarlos una ventana para observar el Antiguo Régimen. En efecto, en los procesos judiciales encontramos mucho de las relaciones sociales. En la documentación judicial podemos encontrar tanto una densificación de múltiples órdenes normativos, como las lógicas de la justicia en su práctica y de las acciones sociales. Suelen utilizarse los expedientes para reflejar distintos elementos o fenómenos de determinada sociedad o localidad. No obstante, en la historiografía reciente sobre la administración de justicia en los reinos indianos, los estudiosos han puesto acento en nuevas dimensiones de los datos que contiene la documentación. Es así que encontramos nuevas formas de ver la criminalidad, los tribunales, las acciones sociales de distintos grupos sociales y la operatividad del gobierno.

Estas consideraciones y progresos no han sido monopolio de alguna escuela o de algún país. La historiografía mexicana ha privilegiado el análisis de casos judiciales particulares o de algunos tribunales. La historiografía en Argentina ha sido muy prolífica a través de libros colectivos donde se enfocan en una historia social de la justicia o las distintas formas en que se la impartía en contextos locales y regionales. Un tercer eje lo constituye el quehacer historiográfico chileno, en el que se han concentrado en la historia criminal para entender la sociedad, en especial para el siglo XIX.⁷⁴ Para el caso de la historiografía colombiana, de la cual es difícil dar una idea general, en 1991 Margarita Garrido⁷⁵ analizó una serie de documentos de reclamos y representaciones que permiten analizar una dimensión importante de la política local. Unos años después Beatriz Patiño,⁷⁶ a través de un amplio corpus de causas criminales estudió la criminalidad, la penalidad y la estructura social en una provincia del virreinato de Santa Fe. Más recientemente, un trabajo de Diana Luz Ceballos,⁷⁷ desde una perspectiva culturalista, analizó las prácticas mágicas en procesos inquisitoriales por hechicería y brujería.

¿Por qué, entonces, el derecho es una ventana a esa sociedad? Como hemos resaltado: el derecho era cultura. Era una parte constitutiva del Antiguo Régimen, dimensión que la ha explicado y condensado muy bien A. M. Hespanha.⁷⁸ Si esto es así, en los documentos normativos y judiciales

⁷⁴ BRANGIER PEÑAILILLO, Víctor y MORONG REYES, Germán "Desde la justicia al abordaje historiográfico: los expedientes judiciales-criminales decimonónicos del Archivo Nacional Histórico", en *História da historiografia*, núm. 21, Ouro Preto, agosto 2016, pp. 96-113.

⁷⁵ GARRIDO, Margarita *Reclamos y representaciones. Variaciones sobre la política en el Nuevo Reino de Granada, 1770-1815*, Banco de la República, Bogotá, 1991.

⁷⁶ PATIÑO MILLÁN, Beatriz *Criminalidad, ley penal y estructura social en la Provincia de Antioquia (1750-1820)*, IDEA, Medellín, 1994.

⁷⁷ CEBALLOS GÓMEZ, Diana Luz "Quyen tal haze que tal pague". *Sociedad y prácticas mágicas en el Nuevo Reino de Granada*, Ministerio de Cultura, Bogotá, 2002, y de la misma autora "Gobernar las Indias. Por una historia social de la normalización", en *Historia y Sociedad*, núm. 5, Medellín, 1998, pp. 149-195.

⁷⁸ HESPANHA, António Manuel *Cultura...*, cit.

encontramos rastros, indicios, expresiones y evidencias claras tanto de las ideas, representaciones y discursos, como de las prácticas sociales de aquella época. Podría decirse que buena parte las fuentes solo contendrían dimensiones o hechos discursivos. Aun así, precisamente que las acciones sociales más diversas hayan tenido que ser *traducidas* a un lenguaje jurídico o judicial, indicaría la importancia que hombres y mujeres le daban a ese ámbito y a ese tipo de lenguaje. Es importante, entonces, identificar y ser conscientes de esos discursos para acercarnos a la realidad histórica que originaron esas fuentes.

Ejemplos significativos, y para grupos sociales del común y corriente, son los estudios sobre la justicia impartida y pedida por esclavos⁷⁹ y trabajadores rurales.⁸⁰ Destacan también toda una serie de trabajos, especialmente para el espacio novohispano, sobre los tribunales y la litigación de indios, cuya amplitud merecería un balance aparte.⁸¹ Este tipo de estudios hacen ver que el conocimiento jurídico y la retórica judicial hispana también eran manejados y usados por variados agentes sociales, individuales o colectivos. Asimismo ponen de relieve una historia social y política de esos grupos.

El ámbito institucional y “legal”, que podría parecer menos humano, revela igualmente dimensiones culturales de esa sociedad. Las instituciones y el derecho no funcionaban más que por las personas que los hacían operar y los usaban, cuyos comportamientos se enmarcaban en un horizonte cultural. En una visión algo clásica se veía a las instituciones de las Indias como un trasplante, una versión americana de las instituciones peninsulares; y a la lógica legal como un conjunto de excepciones que hacían pensar en un incumplimiento voluntario y hasta sistemático de las normativas monárquicas.

Sin embargo, en 1992 Tau Anzoátegui reunió una serie de trabajos en los que había llamado la atención sobre ese tipo de afirmaciones. Sin desarraigarse todavía, ni del todo, de un vocabulario estatalista, podemos citar dos ideas de

⁷⁹ GONZÁLEZ UNDURRAGA, Carolina *Esclavos y esclavas litigantes: justicia, esclavitud y prácticas judiciales en Santiago de Chile (1770-1823)*, Tesis de Doctorado en Historia, El Colegio de México, México 2013. PERRI, Gladys “Los esclavos frente a la justicia. Resistencia y adaptación en Buenos Aires, 1780-1830”, en FRADKIN, Raúl O. (comp.) “*La ley es tela de araña*”. *Ley, justicia y sociedad rural en Buenos Aires, 1780-1830*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2009, pp. 23-49.

⁸⁰ FRADKIN, Raúl “La experiencia de la justicia: Estado, propietarios y arrendatarios en la campaña bonaerense (1800-1830)” y “Cultura jurídica y cultura política: la población rural de Buenos Aires en una época de transición (1780-1830)”, ambos en FRADKIN, Raúl “*La ley...*”, cit., pp. 83-120 y 159-196, respectivamente.

⁸¹ Solo para poner algunas referencias clásicas y otros recientes: OWENSBY, Brian Philip *Empire of law and Indian justice in colonial Mexico*, Stanford University Press, Stanford, 2008; CUNILL, Caroline *Los defensores de indios de Yucatán y el acceso de los mayas a la justicia colonial, 1540-1600*, UNAM, Centro Peninsular en Humanidades y Ciencia Sociales, Mérida 2012; SOLÍS ROBLEDA, Gabriela, *Entre litigar justicia y procurar leyes: la defensoría de indios en el Yucatán colonial*, CIESAS, M.A. Porrúa, Mérida, 2013; BORAH, Woodrow *El juzgado general de indios en la Nueva España*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996 [1985].

este autor: 1) la complejidad del concepto de “ley”, el que se conformaba a partir de toda una tradición teológica, jurídica, cultural, política del gobierno monárquico y de la experiencia indiana;⁸² 2) el famosísimo y mal interpretado “se obedece pero no se cumple” que en realidad fue una fórmula utilizada para flexibilizar y suplicar normas más adecuadas antes que para ignorarlas o incumplirlas.⁸³ Y es que los agentes sociales encargados del establecimiento de la autoridad del rey a través de instituciones y usándolas para sus intereses, trabajaban con los insumos jurídicos⁸⁴ del momento, haya sido para cumplirlos, adaptarlos o suplicar modificaciones o unos nuevos.

Después de las consideraciones y ejemplos dados, no se hace nada extraño que el gobierno de la monarquía hispánica en sus dominios indios haya sido calificado como un *gobierno de la justicia*. En sus ideales últimos, por el horizonte jurídico, con la multiplicidad de tribunales y por la persistencia de la estructuración por jurisdicciones. De esta manera, la dimensión política del Antiguo Régimen se cruza inexorablemente con la justicia y otros aspectos jurídicos, siempre teniendo en cuenta las experiencias particulares de tiempos y lugares.⁸⁵ No se trata de decir de que en la realidad siempre se cumplían esos ideales, ni que todo era justo, incluso para los propios términos en que ello se planteaba, sino de tener presentes las orientaciones y criterios que estructuraba los discursos y acciones, o las acciones justificadas por ciertas retóricas. Lo interesante es que vemos materializaciones –de formas distintas– de esos criterios en las instituciones.

Ahora bien, la historia de la justicia no solo tiene que ver con la historia del derecho, sus derivados y relacionados.⁸⁶ La historia de la justicia ha servido, al menos expresamente en la historiografía argentina, para comprender muchas

⁸² TAU ANZOÁTEGUI, Víctor “La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII”, en *La ley en la América hispana: del descubrimiento a la emancipación*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 26-64. El ensayo original es de 1986.

⁸³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor “La ley “se obedece pero no se cumple”. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho indiano” en *La ley...* pp. 67-143. Ensayo original de 1985.

⁸⁴ Darío Barrera recientemente ha dado un ejemplo histórico concreto en términos institucionales: “Corregidores sin corregimientos: un caso de mestizaje institucional en Santa Fe del Río de la Plata durante los siglos XVII y XVIII”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXVI, Valparaíso, 2014, pp. 245-269.

⁸⁵ “[...] qué derecho se invocaba, cómo se lo interpelaba, de qué manera convivían piezas de derecho contradictorias, cuánto sabían los agentes más aparentemente más ignoros sobre qué decir y qué callar en situación judicial”. BARRERA, Darío “La historia de la justicia y las otras historias”, en BONAUDO, Marta y RICHARD-JORBA, Rodolfo (coords.) *Historia regional: enfoques y articulaciones para complejizar una historia nacional*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata, 2014, p. 23.

⁸⁶ Véase la introducción, especialmente, y los trabajos de CASELLI, Elisa (coord.) *Justicias, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía Hispánica a los Estados Nacionales (España y América, siglos XVI-XIX)*, pról. de Juan Carlos Garavaglia, Fondo de Cultura Económica, Red Columnaria, Madrid, 2016.

otras historias, y no solo para la época del Antiguo Régimen. A la historia judicial terminaron llegando, por ejemplo, D. Barrera, R. Fradkin, J. C. Garavaglia, entre otros, desde otros campos temáticos ya que “necesitaban saber más sobre las formas de juzgar, sobre los saberes de los jueces o sobre la configuración de los espacios y los tiempos judiciales”.⁸⁷ Desde otra orientación, Alejandro Cañete ha hecho una invitación a una nueva historia política de la América española colonial pues el conocimiento de los mecanismos del régimen imperial no ha avanzado mucho, en su opinión, en los últimos 50 años.⁸⁸

A esta dimensión política y una nueva visión sobre la misma ha apelado Darío Barrera. En sus términos, se trataría de una historia política configuracional⁸⁹ donde se crucen las reconsideraciones sobre el universo político del Antiguo Régimen en un complejo entramado con las relaciones sociales, las posiciones relativas y cambiantes de los actores. La amplitud y flexibilidad de la observación de estos elementos permitiría vislumbrar que lo que en apariencia es excepción, podemos considerarlo como parte de un horizonte de posibilidad.⁹⁰ Esta dimensión de posibilidad la ha resaltado en otro trabajo en el que ha criticado el carácter de excepcional o de excepción a un supuesto incumplimiento de las normas dictadas en la metrópoli para las Indias, “evitando la opción de un divorcio entre ‘normas y prácticas’: parte de asumir que las realidades jurídicas constituyen un insumo con el cual los agentes construyeron instituciones de gobierno y justicia”.⁹¹

El derecho y, como parte de él, la justicia, estaba por todas partes. Se encontraba como práctica, uso, excusa, discurso, parámetro o reclamo. De nuevo, Barrera lo ha expresado bastante bien para la cuestión territorial, pero que puede aplicarse a otros ámbitos: “Viendo a nuestros sujetos hacer justicia – administrándola, suplicando por ella, reclamándola o imaginándola– en escenarios y épocas diversas, se consiguieron pequeños pero muy precisos retratos de la profunda unidad que liga el quehacer judicial –lego, letrado, civil, militar o eclesiástico– con la historia de la organización del territorio”.⁹²

⁸⁷ BARRIERA, Darío “La Historia...”, cit., pp. 21-23.

⁸⁸ CAÑETE, Alejandro “The political and Institutional History of Colonial Spanish America”, en *History Compass*, Vol. 11 Issue 4, 2013, pp. 280-291.

⁸⁹ BARRIERA, Darío G. “Por el camino...”, cit., pp. 162-196.

⁹⁰ BARRIERA, Darío G. “Por el camino...” cit., p. 189.

⁹¹ BARRIERA, Darío “Corregidores...”, cit., p. 245.

⁹² BARRIERA, Darío G., “Presentación”, en BARRIERA, Darío (comp.) *Justicias y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata (Siglos XVI-XIX)*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Red Columnaria, Murcia, 2009, p. 9.

Reflexión final: ¿los límites del derecho?

Hemos tratado de reflejar algunos fragmentos de una reconsideración historiográfica sobre el derecho. Empezando con un panorama general en el cual casi ninguna obra histórica canónica versa sobre él, ni a esta dimensión jurídica se le prestó mucha atención por parte de los grandes historiadores. No obstante, la historiografía jurídica fue encontrando sus propios desarrollos, los cuales no estuvieron separados de discusiones más amplias en las ciencias sociales y en la propia teoría jurídica. Algunas propuestas se habían dado desde finales del siglo XIX e inicios del XX (en Alemania), pero sus consecuencias no fueron profundas ni de largo alcance en un primer momento. No así la propuesta de una historia crítica del derecho en la segunda mitad del siglo pasado.

En efecto, la propuesta que hemos reflejado aquí sobre la reconsideración de la cuestión jurídica, en especial para la Edad Moderna, ha sido supremamente influyente en la historiografía sobre la administración de justicia de la monarquía católica. Sería imposible reflejar el alud de trabajos sobre distintas latitudes y aspectos. Los autores han echado mano de recursos metodológicos de una historiografía jurídica arriesgada y renovadora. A esta tal vez podría imputársele demasiado énfasis en el discurso jurídico y que ha prescindido de las condiciones sociales y tensiones políticas que los generaban. Si la literatura jurídica reflejaba los parámetros de sentido, ¿cómo se usaban en las prácticas sociales esos sentidos? Si bien algunas respuestas se van encontrando en otros trabajos que hemos citado, queda un universo por explorar.

Como lo hemos reiterado, el análisis histórico de la sociedad de Antiguo Régimen en las Indias se cruza con dimensiones y expresiones jurídicas. En sus prácticas, discursos, referentes y por la naturaleza de la mayor parte de documentación que de aquella época se conserva. ¿Hasta dónde podía llegar lo jurídico entendido en sentido amplio? Si la mayor parte de las situaciones se *traducían* a discursos jurídicos o judiciales ¿tendríamos que restringirnos solo a ellos? O preferiblemente tener conciencia de las formas en que esa cultura se expresaba para poner en todo su contexto aquellos documentos y los mecanismos del poder del que surgieron; comprender la relación entre sistemas jurídicos, cultura y dominación;⁹³ identificar sus sentidos y así, poder entresacar los rastros de realidad del pasado.

Zamora de Hidalgo, México, 23 de marzo de 2016

⁹³ Véase la interesante y propositiva obra: BENTON, Lauren A. *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge University Press, New York-London, 2002.