

# *Lois, justice, coutume. Amérique et Europe latines (16e-19e siècle)*

Bajo la dirección de Juan Carlos Garavaglia,  
Jean-Frédéric Schaub

París: EHESS, 2005. 317 pp.

## Renán Silva

Departamento de Historia  
Universidad de los Andes

La obra reunida y editada por los profesores Garavaglia y Schaub —directores de estudio en la Escuela de Altos Estudios Sociales de París— es una compilación (*recueil*) de diez textos de alta calidad sobre el problema enunciado en el título del volumen, un problema sobre el que no es muy rica la historiografía en Latinoamérica, por lo menos desde la perspectiva bajo la cual esta obra aborda los asuntos considerados, a pesar de que al respecto existan en la América hispana algunos antecedentes viejos e importantes, como los del gran estudioso mexicano Silvio Zabala, entre otros.

En una consideración inicial parecería que el presente volumen es una recopilación un poco arbitraria de textos que desde muy lejos bordean un tema que no encuentra nunca su unidad. Primero, desde el punto de vista espacial, porque las sociedades sometidas al análisis podrían corresponder a evoluciones específicas que escaparían a cualquier principio de semejanza mínimo. Segundo, desde el punto de vista temporal, pues se trata de un largo periodo histórico —aun de mayor amplitud si se toma en cuenta el texto inicial de la erudita historiadora Marta Madero, que se remonta al siglo XIII castellano—, en el que las sociedades consideradas han revestido formas históricas muy diferenciadas desde el punto de vista de sus evoluciones más singulares. Tercero, en relación con los objetos considerados que muestran cierta dispersión: desde las formas de instrucción de un proceso judicial en el siglo XIII en que se enfrentaban un monasterio y el “consejo comunal” de una ciudad en la España medieval, hasta las formas de dominación colonial portuguesas en la época del gran Imperio,

pasando por el examen de problemas de definición de categorías sociales e intelectuales —como el jurisconsulto—, la dominación monárquica sin presencia del soberano, las formas de dispensar justicia en la Audiencia de Quito o la ciudadanía en Turín en los albores del mundo moderno, por mencionar algunos de ellos.

No hay duda de que algo de esta dispersión se encuentra en el volumen. Pero habría que tener la paciencia de mirar un poco más allá de lo que puede ser una crítica cierta, pero insuficiente. En la propia introducción del volumen, los compiladores recuerdan que se trata de una reunión de textos disímiles en cuanto a sus objetos de estudio y a la forma de abordarlos, pero que finalmente se localizan en un mismo horizonte: una forma de renovación de la historia social. Sin embargo, esto puede no ser suficiente para asegurar la unidad del volumen. No obstante, como lo advierten los editores, el conjunto de los textos termina mostrando que más allá de las apariencias inmediatas se trata, efectivamente, de un área cultural común, unificada sobre todo por la presencia de una “cultura católica” —en sus definiciones de base—, caracterizada además por la presencia de un fuerte componente jurídico, que tiene sus raíces en la extensión temprana del derecho romano en el mundo latino y a continuación en las que serían las posesiones coloniales de dos imperios que adoptaron esa forma de derecho —¡y sobre todo el derecho!— como uno de los elementos básicos de su constitución política y su estructuración social.

El conjunto de los diez textos reunidos en *Lois, justice, coutume...* se caracteriza por plantear el problema de la importancia del derecho en las sociedades consideradas y el significado que la construcción de un diálogo entre normas jurídicas y prácticas sociales puede tener en el replanteamiento de una historia social. Esta última, hasta hace tiempo estaba sometida a la simple consideración de la acción de los grupos sociales en términos de intereses sociales atribuidos desde el exterior por los investigadores y casi siempre dependientes de parejas heredadas del moderno análisis de clase: dominantes/dominados, dominación/resistencia, inclusión/exclusión, lo que deja de lado el estudio de muchas de las formas específicas de la acción colectiva, que reenvían tanto al campo del derecho romano, como a formas renovadas de acción jurídica que pertenecían al núcleo del

“derecho feudal”: fueros y privilegios, formas clientelares y primacías por parentescos extendidos, y jurisdicciones territoriales para los vecindarios, ello aun en época tan tardía como los siglos XVII y XVIII. Sabemos además que tales elementos revestirán en la “América Latina” una gran importancia y se incrustarán aun en las formas republicanas de la política moderna hasta el presente.

En un sentido muy preciso, que sintetiza muchos de los elementos de enfoque de los textos reunidos, podría decirse que este libro hace visible un fenómeno que hace años se encuentra en marcha en el campo del análisis histórico: la restitución de la importancia social y cultural del derecho. Ello finalmente ha terminado de imponerse a través de autores que son ya exponentes reconocidos —y discutidos, claro— de lo que puede ser llamado como un “momento historiográfico” de gran originalidad, como son Bartolomé Clavero y Manuel Hespanha, Jean-Frédéric Schaub y algunos autores más que aparecen en este volumen o en otros anteriores e independientes.

Pero no hay que despertar fantasmas del pasado, menos en el caso de la historia medieval europea que, por su propia limitación en términos de fuentes, durante mucho tiempo se refugió de manera unilateral en los “corpus jurídicos”. No se trata de restituir la falsa preeminencia del derecho en el campo de las relaciones sociales y volver a plantear que son las “leyes” las que crean y modelan enteramente la sociedad. Se trata, por el contrario, de *re/descubrir* la importancia social y cultural del derecho, lo que ahora no puede hacerse, como tantas veces se había hecho notar, sino sobre la base de su *inscripción social*, de su consideración como *hecho social*; es decir, como realidad humana “entreverada” en el marco de los conflictos, los intereses y las aspiraciones de los distintos grupos sociales que conforman una sociedad.

Cada uno de los ensayos incluidos en el libro que comentamos plantea a su modo, más allá del propio tema tratado de manera específica, el problema de la importancia social del derecho —de la ley, del ámbito jurídico, de los jurisprudentes, de sus “reconfiguraciones” sociales— y, por esta vía, de las nuevas relaciones posibles de anudar entre la historia social y la historia del derecho. Esto plantea a su vez el problema de la reconstitución

de la propia historia del derecho, que hasta el presente, de manera dominante, continúa siendo, como ayer, uno de los campos más tradicionalistas del análisis histórico.

Recordemos lo siguiente, sin apartarnos un ápice del espíritu de *Lois, justice, coutume...*, desde comienzos del siglo XX, la historia social significó un enriquecimiento mayor del cuestionario habitual de los historiadores que estaban petrificados en el campo de la acción política y absortos en la contemplación del Estado, considerado como el “creador” mismo de las sociedades. De este modo, la historia social dispuso a los historiadores al estudio de los grupos sociales, los intereses, conflictos y luchas sociales, las actitudes sociales y sus “reflejos ideológicos”. Esto condujo a una creencia menos ingenua en los hechos jurídicos (la ley) y en los propios hechos de lenguaje (los discursos). Todo esto constituyó un avance: acercó la historia a las ciencias sociales (ese es efectivamente uno de los orígenes más claros de la historia social), introdujo el peso de los factores “materiales” en el análisis de la conformación política de la sociedad y puso de presente la forma como las relaciones sociales (contractuales o no) se convertían, primero, en uno de los componentes más dinámicos del cambio social o de la permanencia de las estructuras tradicionales y, segundo, en un factor de inteligibilidad de lo que se designaba de manera un poco enigmática como “lo social”.

Al final del siglo XX, con la crisis del marxismo y con el ascenso del llamado *linguistic turn* —bajo todas sus modalidades—, hemos podido recordar las limitaciones que para el análisis histórico significó que una historia dejara de lado el estudio de los lenguajes (y del lenguaje), de las instituciones, del estudio del universo del derecho —y de sus simbolismos y ritos— y que acudía al expediente de la definición de las identidades sociales y culturales sobre la única base del mundo del trabajo y de los intereses sociales, sin buscar las formas precisas como el “universo de la cultura” se constituía en uno de los determinantes mayores de conformación de tales identidades.

Se trata pues, en los términos de *Lois, justice, coutume...*, de restituir la complejidad de la sociedad reponiendo el mundo institucional, de cultura y de valores, de lenguaje y de lenguajes, que sirve como marco de orientación



de la acción social y como principio de organización de los comportamientos, particularmente cuando se trata de hacerse a una idea de lo que se puede esperar del futuro. Pero en la perspectiva de *Lois, justice, coutume...* no se trata de sustituir una unilateralidad por otra. La restitución que la obra hace de la eficacia del derecho en la constitución de las formas sociales ocurre en el marco de la comprensión de las formas jurídicas como formas sociales y en una comprensión “extensa” del calificativo social, lo que no solo asegura el examen de las interrelaciones entre norma y sociedad, sino que amplía la propia noción de historia social.

La vinculación de la historia del derecho al estudio de la sociedad no significa un paso atrás en el campo del análisis, sino la ampliación de sus objetos posibles. Cuando el analista inscribe el derecho en el campo de la acción social, encuentra un camino más para superar la idea pobre de los intereses sociales definidos como simples “intereses conscientes de clase” —lo que no es cierto ni siquiera en el caso de las actuales sociedades modernas—, para comprender que la acción social se caracteriza por la presencia de tradiciones históricas, marcos normativos, coyunturas específicas y hasta el mismo azar. Esto recuerda algunos de los mejores momentos del análisis que, bajo la forma de “estudios de la economía moral” de las sociedades preindustriales, había presentado E. P. Thompson, un autor al que el volumen no rinde el homenaje que tal vez merecería.

En el caso de las sociedades hispanoamericanas que acostumbramos a designar como “coloniales” —y de manera más reciente y más equívoca como “sociedades monárquicas”—, la nueva valoración del derecho y las formas y rituales jurídicos es importante en muchas direcciones. Podemos empezar por los puntos más elementales: la idea de que las sociedades fundadas como producto del Descubrimiento de América fueron solamente el producto del pillaje y el robo, y de que la posterior es una historia de simple despotismo, es un “obstáculo” para captar el papel de las formas jurídicas en la constitución de las nuevas sociedades americanas y no permite plantear el problema esencial de la extensión del derecho romano (y otras clases de derecho) a las nuevas sociedades.

La reiterada declaración de que las leyes de Indias pertenecían al registro de “leyes enunciadas pero no cumplidas” y la idea de que las leyes

impuestas por la monarquía eran simplemente un instrumento consciente de dominación que los conquistadores y nuevos colonos usaban a su antojo, según fueran o no de su conveniencia, dejan por fuera hechos muy importantes que a veces incluso son casi obvios en la documentación de archivo. Empecemos por un tema mayor: la manera como las nuevas formas del derecho romano, impuestas a las sociedades aborígenes, deben ser consideradas uno de los elementos de la “colonización de lo imaginario”, con tantas repercusiones sociales y culturales como las que significó la evangelización. El testamento —como forma jurídica—, los procesos de reclamación ante tribunales, la idea misma de fueros y privilegios —rápidamente asimilada por las sociedades indígenas—, la existencia de jueces y alcaldes pedáneos y de instituciones como los abogados de pobres, distinciones del tipo bienes muebles y bienes inmuebles, o propiedad y posesión, y otras más que se impusieron en la sociedad son ejemplos del peso temprano que las formas jurídicas tomaron, incluso en términos de procedimiento y ritualidad.

Podemos recordar, así mismo, lo que tiene que ver con otro término mayor del problema: la forma como en la cultura jurídica impuesta, y sobre todo en las críticas y exigencias de los juristas y críticos de la Conquista y colonización, se fueron abriendo paso algunas de las formulaciones más tempranas de lo que posteriormente la Ilustración y la revolución moderna llamarían los “derechos del hombre”, y que bajo una forma ampliada hoy designamos como “derechos humanos”. Desde luego que las nuevas concepciones se abrieron paso de manera difícil y hasta tortuosa, y no hay necesidad ninguna de inventar improvisados antecedentes tempranos a lo que puede ser nuestro punto de vista actual sobre la igualdad, como lo ponen de presente los debates europeos e hispanoamericanos sobre la esclavitud aun a finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX. Pero no hay ninguna duda de que la tradición jurídica española, el formalismo de la ley y el procedimiento y la apelación constante de esta por parte de la monarquía y de muchas de las autoridades locales fueron elementos de humanización de la sociedad. Fueron la oportunidad de creación de una tradición que luego ha resultado de gran significado político y cultural, siendo además una condición de inteligibilidad de los “arreglos laborales” y en general, de todas las formas de contrato, aun de aquellas que fijaban

a la tierra o imponían destinos laborales, que legalizaban el *sobre-trabajo* y que intentaban regular lo que Marx llamó “el hambre de trabajo excedente”, desatado con la vinculación de los territorios descubiertos al avance industrializador europeo.

Puede mencionarse también el problema significativo de la extensión de las formas jurídicas occidentales hacia marcos sociales que en principio eran radicalmente ajenos. El problema es de tamaño considerable y debería movilizar el interés de cientos de investigadores, pues su comprensión global podría ser una clave de ingreso a buena parte de la dinámica histórica de las culturas hispanoamericanas hasta el presente. Por ahora no es mucho lo que se pueda decir, ni siquiera sugerir, porque de cierta manera el problema no ha sido formulado con el rigor y la extensión con la que debería serlo. Pero no hay duda de que puede ser una forma de acceso a puntos de análisis que hoy permanecen por fuera del cuestionario habitual de los historiadores.

Podemos señalar que si no se construyen falsas oposiciones del tipo “ley y costumbre”, “norma formulada y norma incumplida”, “norma jurídica y costumbre ancestral” resulta fácil aceptar que el derecho y las formas jurídicas representan una tradición social extendida de las sociedades latinoamericanas y que su referencia para cumplir o incumplir las normas es una constante de la vida cotidiana de sus clases, de sus grupos, de su vida institucional y política. En el caso de las sociedades de los siglos XVI-XVIII hay muchos elementos que indican que los grupos subalternos fueron rápidos y aprovechados usuarios de la ley y de los tribunales, y que su familiaridad con las normas les permitió no solo mucha de su supervivencia y recomposición posterior a la inicial “catástrofe demográfica”, sino que les facilitó sus procesos de “movilidad” y acomodo sociales, la defensa de sus pequeñas propiedades, el enfrentamiento con las autoridades y las propias luchas en el campo de los grupos sociales y étnicos que constituían la base subalterna de la sociedad.

Incluso podría decirse que muchas de las formas jurídicas propias llegaron a ser de tanto arraigo entre las poblaciones indígenas y negras que pronto obtuvieron el estatuto de formas culturales integradas y fueron parte de la memoria de la sociedad. Esto ha creado, mucho tiempo después,

un equívoco, sobre todo entre los antropólogos, quienes han constituido muchas de esas formas jurídicas en “formas y saberes ancestrales”, como en el caso de ciertas formas de reclamación, de castigo, de apelación y, en general, de reclamo de justicia. En este punto, las indicaciones de *Lois, justice, coutume...* son de primer orden. Así, por ejemplo se evidencia en lo que tiene que ver con la dialéctica entre costumbre y ley, dos realidades complementarias, en permanente estado de transformación —a pesar de que en el aspecto más inmediato se muestran como realidades *cosificadas* y a veces detenidas en el tiempo—, que no pueden seguir mirándose como una oposición polar, como realidades excluyentes.

Señalemos, finalmente, lo que tiene que ver con el problema de las fuentes y de sus usos, cuando se trata de hacer complementarias la historia social y la historia del derecho y se estudian sociedades diferentes a la actual sociedad moderna. A pesar de que en la introducción del volumen se realiza una pequeña mención del asunto, podría pensarse que en general son pocas las menciones que de él se hacen. Sin embargo, hay que considerar que lo mejor de la práctica del análisis histórico se caracteriza por no hacer distinciones tajantes entre método y enfoque, y por considerar que las fuentes son ante todo un problema de método, es decir, que más allá de su localización —problema crucial—, plantean el problema de su elaboración, en pocas palabras de técnica, de imaginación y de conocimiento erudito del investigador.

Los textos del volumen recuerdan en este punto de las fuentes y de su tratamiento que el uso de textos que provienen del campo del derecho exige, ante todo, superar la conocida oposición entre las normas que no se cumplen y las prácticas concretas que desconocen la norma, no porque tal oposición no pueda presentarse en multitud de casos, sino porque no puede ser constituida en el patrón histórico de funcionamiento del derecho, pues si esa fuera la realidad permanente de la ley, no tendría mucho sentido declarar que el derecho es una forma de constitución de la sociedad. Para el historiador, se trata más bien de establecer las formas de relación concreta que pueden existir entre un conjunto normativo y la actividad práctica de la sociedad, diferenciando periodos y coyunturas, espacios y prácticas



sociales, ya que no es posible suponer una especie de estado permanente y uniforme de esa compleja relación.

Como en otros casos posibles de imaginar, el uso de fuentes jurídicas supone un cierto conocimiento del universo del derecho, de su lenguaje, de su textura, de sus formas de imposición y de recepción y alguna hipótesis sobre sus modalidades de cumplimiento en una sociedad y cultura determinadas. Es lo mismo que una captación singular precisa —que a su manera es un producto de la propia investigación— de la *eficacia simbólica* de las formas jurídicas en la sociedad, y sobre la relación de fuerzas entre la ley codificada y escrita y las formas de reglamentación impuestas por la costumbre, por comportamientos relativamente informales y por el peso mismo que en la sociedad puedan tener, en términos de funcionamiento práctico y legitimidad, el aparato de justicia y los grupos de gentes señalados por la sociedad como los encargados de “hacer cumplir la ley”.

Puede decirse, para terminar, que estos textos —a veces relativamente lejanos unos de otros por su objeto y objetivos, como ya señalamos— tienen la importancia de recordarnos la urgencia de un diálogo mayor entre formas del hacer social que por mucho tiempo han estado separadas; en este caso, las formas jurídicas y las formas de la acción social tal como las ha concebido hasta hace poco la historia social de manera mayoritaria. Pero lo hace de una manera modulada, evitando el repetido exceso posmoderno y acudiendo a la investigación histórica de casos precisos bien documentados, sin crear polaridades excluyentes, sin instituir al derecho y a sus formas como el principio exclusivo de constitución de la sociedad, sino como uno, muy importante, de sus elementos constituyentes.