

CAPÍTULO 6

Propuestas para una ciencia social del derecho

Roberto Vidal López*

La propuesta de tender las bases para los estudios críticos legales en América Latina, objeto de la convocatoria que dio lugar a este libro, me resulta perfectamente oportuna en las circunstancias del presente, que parecen obligarnos a articular una larga cadena de iniciativas de muy diversa índole teórica y epistemológica que tienen en común la revisión de las concepciones del derecho en las que la mayoría de nosotros fuimos educados como juristas.

El lugar desde donde me dispongo a unirme a estas cadenas de significado tiene dos coordenadas básicas. La primera es la historia del derecho a partir de la cual he tratado de desarrollar una tarea muy similar a la propuesta por Rodríguez y García en el capítulo 1, pero en mi caso se trata de establecer ciertos pilares, líneas fuerza o problemáticas centrales para una historia del derecho en Colombia. En la primera parte me propongo hacer algunos comentarios sobre las hipótesis históricas de los autores.

La segunda coordenada de mi lectura es formulada desde la teoría del derecho y la teoría social, cuyos desarrollos he tratado de aplicar a ciertas problemáticas de derechos humanos en Colombia. La última parte de mi comentario tiene que ver con una lectura teórica y algunos problemas que se suscitan en la propuesta de estudios jurídicos críticos en América Latina. En ella tomo alguna distancia de la plataforma estructuralista de García y Rodríguez, y trato de llevar su propuesta epistemológica al contexto global que hace parte de nuestra contingencia actual.

SOCIOLOGÍA E HISTORIA DEL DERECHO

Si bien no existe una historia del derecho como disciplina consolidada en Colombia, a pesar de algunos esfuerzos aislados, lo que sí hay es una cada

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Colombia.

vez mayor producción en el terreno de la historia económica en la década de los setenta, de la historia social en los ochenta, y particularmente de la historia de las mentalidades y de la cultura en los noventa, entre otras muchas áreas. La idea que me ha animado, junto a otros investigadores colombianos, es que se podría hacer un rodeo a través de esas historias de manera que se disponga de un marco enriquecido que finalmente permita hacer explicaciones más complejas del derecho. Ese proyecto me convirtió en un estructuralista convencido y en últimas en un marxista por residuo. El resultado es muy similar al de la primera parte del texto de García y Rodríguez, y desde ese lenguaje me propongo hacer mis primeros comentarios que se centran en la propuesta de reconstrucción histórica. Sucumbo a la tentación de comenzar por lo conocido.

La inclusión de los campos sociojurídicos prehispanico y colonial

El primer subtítulo del apartado histórico del texto de García y Rodríguez (véase el capítulo 1) enuncia una hipótesis, “Los orígenes decimonónicos del campo jurídico en América Latina”, y a continuación explican:

esas raíces parecen adentrarse hasta los tiempos de la Colonia pero quizás están particularmente arraigadas en el período de transición hacia la Independencia, cuando se recibieron e incubaron los pilares de la tradición jurídica románica y las ideas revolucionarias de mediados y finales del siglo XVIII provenientes de Europa y los Estados Unidos, las cuales se unieron en intrincadas mezclas con las instituciones y la cultura jurídicas españolas.

Como advertí al principio, mi proyecto académico aspiraba a ser una historia del derecho en Colombia, y desde ese lugar de enunciación quisiera hacer este comentario. En ese trabajo he usado estudios comparativos de la región y los espacios coloniales para tratar de explicar ciertas contingencias del derecho en Colombia. Lo primero que tendría que afirmar enfáticamente es que no comparto que el origen del campo sociojurídico sea decimonónico. El efecto inmediato de tal aseveración es identificar el fenómeno jurídico con el derecho estatal tal como lo conocemos hoy, lo cual es una afirmación profundamente positivista, que es justamente el marco que se querría someter a discusión.

El debate sobre los verdaderos orígenes de la historia parece ser una veleidat de los antropólogos alemanes y norteamericanos del siglo XX en su carrera colonialista tras la búsqueda de la civilización fundante –que terminó siendo inventada o ha estado dependiendo del descubrimiento del “verdadero” eslabón perdido–. No tengo una fórmula sobre los verdaderos orígenes del campo sociojurídico. La hipótesis que quisiera defender es que para comienzos del siglo XIX, buena parte de sus coordenadas en América Española ya estaban definidas y estaban muy lejos de cambiar radicalmente.

En primer lugar propongo que se tenga en cuenta lo que podríamos llamar los *elementos prehispánicos del campo sociojurídico* en América. Tales elementos parecen tener mucha importancia para tratar de explicar percepciones muy profundas de extensas poblaciones indígenas y mestizas. Dichos procesos nos son bastante desconocidos debido a que las fuentes primarias tradicionales para la investigación han sido los documentos producidos por los colonizadores y las herramientas con que tradicionalmente hemos accedido a su estudio provienen de las ciencias sociales típicamente colonialistas (historia, antropología, arqueología). Sin embargo, los trabajos de historiadores en los últimos veinte años, a través de dominios como el de la etnohistoria y la misma antropología, han hecho emerger procesos sociales, políticos, económicos o jurídicos¹ que nos muestran sociedades complejas –por ejemplo, los mayas, que al llegar los españoles ya se habían agotado como imperio– con redes de intercambio de larga distancia, con estratificaciones sociales sofisticadas y sistemas jurídicos “eficaces” que permitieron la supervivencia de grandes cantidades de población y la acumulación de excedentes para importantes obras de ingeniería.

La importancia de esos procesos de tiempo largo (Braudel 1968) puede observarse en lo que llamaría *el campo sociojurídico colonial* que constituyó un escenario con altos niveles de interderecho e interlegalidad (Santos 1995), tanto por la diversidad de la población americana como por la organización social y política de los conquistadores².

El debate fundante sobre los títulos para la conquista de América realizado por Vitoria, las Bulas Papales Inter Caetera, el debate sobre la esclavización de los indios de De las Casas, y de ahí en adelante el derecho indiano, usan lenguaje, argumentos y materiales de la tradición del derecho común bajo medieval que es la mezcla entre tradición románica, de un lado, y una de sus principales variantes –el derecho canónico–, del otro. Más aún, esos debates van a dejar profundas huellas en la tradición romanística europea. Lo que me lleva a disentir de la hipótesis según la cual la tradición jurídica románica se incubaba en el siglo XIX en América.

De allí que elementos típicamente romanos como la ocupación de *res nullius* o elementos particularmente españoles de la guerra contra los musulmanes como la encomienda y el repartimiento de infieles, se mezclaran con elementos americanos como la mita incaica que permitía el flujo

¹ Pienso en trabajos fundantes como los de Natham Watchel en el Perú, Socorro Vásquez o Adolfo Triana en Colombia.

² Habría que tener en cuenta que los sistemas europeos de derecho premodernos están basados en la coexistencia funcional de múltiples tradiciones jurídicas con aplicación superpuesta. En Castilla del siglo XVI se utilizan el derecho común (romano y canónico), el derecho de los municipios, el derecho comercial de los gremios, el derecho foral de las regiones y muy débilmente el derecho real (García Gallo 1972).

de excedentes de las comunidades indígenas ya no hacia los imperios locales como fue el caso de los incas, muiscas o tayronas, sino hacia las autoridades coloniales.

Justamente la sobrecarga de los sistemas de producción locales que exacerbó los tributos, es culpable en buena parte de la crisis poblacional que lleva a la decisión de importar esclavos africanos. Estos últimos también contribuyen con nuevos campos jurídicos que han sido estudiados especialmente por el fenómeno continental de los palenques y por la reproducción de muchos patrones tribales africanos en las zonas esclavistas de América.

En el imperio español en Indias, el campo sociojurídico colonial se estructura en torno a varios ejes:

- 1) La autoridad colonial que concentra los poderes legislativo, ejecutivo, judicial y de control, a través de una enorme burocracia cuya finalidad principal es la de canalizar tributos, predominantemente en metales preciosos, hacia la metrópoli. Dicha burocracia centralizada trata de cerrar cualquier espacio a la feudalización que era justamente el proceso que estaban combatiendo en Europa las monarquías (Anderson 1990). Esa tendencia colonial sugiere conexiones directas con el autoritarismo contemporáneo, donde fenómenos como la autonomía regional siguen siendo vistos como amenazas para el poder del Estado moderno.
- 2) El sistema de control cultural y del imaginario –así como de lo que hoy llamamos los servicios del Estado de bienestar (salud, educación, y cierta parte de la producción agrícola)– fueron manejados por la Iglesia Católica, subordinada jerárquicamente a la monarquía por una concesión especial del Papa (el patronato regio). La Iglesia va a generar un campo jurídico propio gracias a su legislación diferenciada (aunque no completamente autónoma), el derecho canónico.
- 3) El sistema de control poblacional y de mano de obra era un sofisticado mecanismo de estratificación étnica donde se reconocen tres razas “puras” (negros, blancos españoles e indígenas) y hasta 80 etnias (mezclas de razas donde se distinguía hasta 1/16 de “sangre”). Esa estratificación va a constituir la base del discurso de los derechos de las personas consideradas como parte de grupos étnicos: integridad de derechos para los blancos y descendientes directos de ellos (españoles americanos o criollos); una restricción casi total de derechos para los negros (aunque con límites por consideraciones cristianas); y el reconocimiento de ciertos derechos para grupos de indígenas que entraran en negociaciones con la Corona, sobre la base de separación de naciones –se utiliza el concepto de nación de indios y nación de blancos debido a los requerimientos del derecho de gentes defendidos por Vitoria y base del concepto de resguardo. Las etnias van a ser un ámbito bastante variable y

conflictivo de “indecidibles” cuyo reconocimiento de derechos se convirtió en un largo proceso político³.

- 4) El sistema económico extractivo de metales preciosos y los mercados internos que se generan en torno a dicha industria producen sistemas de organización económica que permiten la disposición de mano de obra en beneficio de los colonizadores y de las élites blancas locales, descendientes directos de los mismos. Instituciones jurídicas como el descrito sistema de etnias, o la encomienda, el repartimiento y la mita van a ser el soporte jurídico de los núcleos de producción fundamentales: la mina y la hacienda.
- 5) Es importante resaltar que la etnicidad constituye un eje problemático de América Española desde la Colonia y alimenta las actuales luchas de los grupos indígenas y negros, al igual que la fuerte segregación entre mestizos y blancos en ciudades como Bogotá o México. En ese sentido el pluralismo jurídico debe no sólo comprender la coexistencia de órdenes jurídicos entre grupos étnicos separados, sino también la diferencia entre grupos étnicos que conviven dentro de la sociedad estrictamente moderna.
- 6) El sistema normativo colonial es muy complejo, debido fundamentalmente a que se reconoce la diversidad de la amplia extensión del Imperio, y que por otro lado no tiene como eje un sistema de concentración absoluta del poder como sería desarrollado por el Estado moderno. De allí que hubiese múltiples centros de producción legislativa tanto en España como en América y se reconociera alguna autonomía a autoridades regionales municipales e indígenas.

La técnica legislativa medieval aplicada a un imperio extenso tuvo como efecto la producción masiva de normas para cada caso que además estaban sujetas a posibilidades de revisión como el recurso de “se acata pero no se cumple” que podía resultar en la formulación de normas nuevas. De esta manera se crea un cuerpo normativo separado del derecho castellano que sería conocido como derecho indiano que quería decir derecho producido para las Indias.

Las primeras rupturas con esta tendencia se van a producir con el proceso de consolidación de una monarquía absoluta en España, con Carlos III, que intentará detentar el monopolio de la producción legislativa desde la autoridad del Rey, lo cual ya prefiguraba la teoría moderna del derecho estatal como único derecho visible.

Lo expuesto permite afirmar que el mito fundacional de los Estados-nación americanos fijado en el período entre 1770 y 1820 (lo cual aplica sólo

³ Especialmente importante en Colombia donde la población ya era predominantemente mestiza para comienzos del siglo XVIII.

para Colombia y sus países vecinos) no debe confundirse con una afirmación muy diferente y es que allí se haya definido el campo sociojurídico americano. Por el contrario, los elementos descritos (que no pretenden agotar el campo sociojurídico sino ampliarlo) habían estado sometidos a muy largos procesos de interacción en contextos regionales muy diversos, y serán fundamentales hasta el presente.

Si seguimos las variables planteadas por Santos y propuestas por García y Rodríguez, para finales de la Colonia ya había definiciones en cuanto a la posición de América Española dentro de un sistema económico mundial mercantilista. Entre tanto, el problema de la entrada a la modernidad estaba planteado en la perspectiva de un estado absolutista y los elementos de mestizaje de la tradición jurídica (fundamentalmente indígenas, europeos de la baja Edad Media y los primeros mestizos) habían sido establecidos⁴.

La fundación de los Estados nacionales

En la perspectiva expuesta en las secciones anteriores, el proceso de independencia de España se constituye entonces como una coyuntura donde algunos, y sólo algunos, de los pilares del campo sociojurídico son puestos en cuestión.

Valdría la pena comenzar por la inserción a la modernidad. El proceso de modernización o de entrada a la modernidad constituye una de las zonas más problemáticas de la historia del derecho. Tal vez el elemento central de cualquier juicio al respecto debe partir del reconocimiento de la modernidad como un proceso netamente europeo occidental que implica un cambio en el pensamiento (racionalismo, pensamiento laico), un cambio fundamental en la concepción del individuo (ciudadano blanco, europeo, racional con derechos), un cambio en la economía (paso final del mercantilismo al capitalismo) y un cambio en el Estado (de una sociedad con diversos centros políticos se pasa a un Estado que monopoliza lo político)⁵.

La vía de entrada de las colonias americanas al proceso de la modernidad (al igual que la de los países europeos) es orientada por los Estados absolutistas. En perspectiva de la política metropolitana española, la periodización más aceptada actualmente señala un cambio de rumbo propiciado por el cambio de dinastía de los Austrias a los Borbones en España, en los albores del siglo XVIII. Ese hecho es importante porque enmarca políticamente el comienzo de la caída del imperio español a manos del na-

⁴ Para finales del siglo XVIII, por ejemplo, ya existían grandes universidades con facultades de derecho en todas las grandes divisiones administrativas del Imperio: Río de la Plata, Perú, Nueva Granada, México.

⁵ Sigo en esto los planteamientos de Antonio Hispania, que se inscriben en una tradición genealógica.

ciente imperio inglés por la pérdida del control sobre las rutas marítimas atlánticas.

Con el reinado de Carlos III, en el que se intenta definir una política de construcción de Estado nacional en torno a una monarquía absolutista, se da la entrada tanto de España como de América al debate de modernidad política. La idea es construir un Estado nación, con clara definición de fronteras, unificación cultural, idiomática y religiosa, generación y defensa de un espacio económico interno y un derecho nuevo, producido a la medida de la monarquía, en detrimento de la pluralidad jurídica tradicional⁶.

Se empieza a concentrar el poder político y jurídico en las monarquías, arrebatándose a otros centros de poder medievales, principalmente las regiones, los municipios, la Iglesia, los gremios y las familias. En el mismo sentido se abandona el concepto de Reinos de Indias (lo cual confería cierto grado de autonomía) para incorporar el de colonias americanas, sujetas a un control ya estrictamente moderno a través de secretarías y ministerios que reemplazaron a los consejos y que eliminaban instancias intermedias de toma de decisiones.

Carlos III ordena una revisión sistemática de los asuntos relevantes para el imperio y envía fiscales y visitadores que en extensos documentos nos legaron detalladas descripciones de la situación de entonces. El resultado para el caso americano fue el descubrimiento de un altísimo grado de autonomía de las colonias, donde las élites criollas, a través de redes políticas, clientelas familiares locales, etc., habían logrado controlar mercados regionales, la administración pública y de justicia, la asignación de recursos y la educación.

Como consecuencia, las colonias americanas son sometidas a un proceso de “reestructuración” que implicó la expulsión y rotación de funcionarios⁷, agresivas campañas de recaudación de impuestos, redefinición de los sistemas de resguardos, etc. Se trata de homogenizar el discurso jurídico de acuerdo con nuevos tratados teóricos modernos, se proscriben las clases de iusnaturalismo y tomismo y se hace censura de textos⁸. Expediciones científicas recorren el continente haciendo inventarios de recursos naturales explotables. Se crean escuelas de militares profesionales para hacer ejércitos permanentes. Se abre una universidad para nobles americanos en España, dirigida a crear nuevos y limpios cuadros burocráticos. Es este

⁶ Justamente en esta época se comienza a contemplar la idea de un código en Austria, que reemplazara las recopilaciones de derechos tradicionales por un derecho real sistemático, proyecto este que sería culminado en Francia bajo Napoleón.

⁷ Y con ellos la de los jesuitas.

⁸ Por ejemplo, en la Universidad del Rosario (fundada en el siglo XVII), ubicada en Colombia, se encuentran las cédulas reales de la época que ordenaban este tipo de medidas (Gaitán, Mayorga y Vidal, mimeo).

el origen colonial del americanismo modernizante al que hacen referencia García y Rodríguez.

Ese proceso lo va a llamar Lynch (1984) la segunda conquista de América. Según este autor, si la primera conquista fue sobre los indígenas y fue exitosa, la segunda conquista, contra los criollos, fue fallida. De ahí que se ha considerado que el proceso de independencia de América, en análisis estructural, sería más entendible en el siglo XVII que en el siglo XVIII (Burkholder y Chandler 1984).

Las reformas borbónicas optimizan la generación de excedentes hacia la metrópoli pero crean un enorme descontento entre las élites locales. En adelante el proceso de independencia va a ser una negociación o un conflicto entre las élites blancas criollas y la Corona española, muy similar al que disparó la Revolución Inglesa a partir de la contención de los nobles a las políticas absolutistas, o la que alimentó las primeras asambleas de los estados franceses contra la Corona, procesos todos que terminaron apropiados por los burgueses.

La expansión de los ejércitos de Napoleón provoca la caída de la monarquía española en 1808, y se producen reacciones interesantes a ambos lados del Atlántico. Primero en España se organiza un gobierno provisional en Cádiz, con fundamento en las juntas municipales como autoridad medieval reconocida, que a su vez convoca a representantes de las colonias americanas (y va a dar origen a un documento fundante de un burócrata criollo de Nueva Granada) y termina produciendo una de las más interesantes constituciones decimonónicas sobre la base de una monarquía constitucional.

En América Española las reacciones son muy diversas. Jorge Domínguez (1980) ha mostrado que factores como la participación política y la etnicidad de cada una de las divisiones del imperio van a generar reacciones distintas. En general se prueba que en las provincias con alta tensión étnica, donde las élites se sienten amenazadas por un levantamiento indígena o de negros (caso de México o Cuba), la tendencia es a mantenerse cobijados por la Corona. Mientras que en aquellas donde la tensión étnica no era tan grande, la tendencia es a consolidar procesos de cierta autonomía (Chile, Colombia).

Una vez que la monarquía se reconstituye, en una decisión política apoyada por las monarquías europeas amenazadas o afectadas por la Revolución Francesa, comienza una persecución de liberales y constitucionalistas tanto en España como en América. En el caso de los liberales españoles son duramente reprimidos. Los blancos americanos usan el recurso de la guerra popular con soldados constrictos que termina con la independencia. Eso define una separación conceptual, intelectual y política radical de España y una conexión política, intelectual y jurídica con Francia y posteriormente

con Inglaterra. Esta última apoya las guerras para finalmente dominar los mercados de América Española hasta la Primera Guerra Mundial.

Dejo allí esta narración para entrar a debatir algunas afirmaciones del texto de Rodríguez y García. El nacimiento de nuevos Estados nacionales implicó un debate sobre quién detentaba la autoridad política en América. Con la exclusión del Estado español, se legitiman los regímenes estatales “independientes” en manos de las élites blancas de criollos descendientes de españoles, quienes entran en un arduo proceso ideológico destinado a justificar la continuidad de su dominio desde la colonia, dominio que a partir de entonces se extendería a los nuevos Estados. Muchos recursos discursivos son utilizados entonces para explicar que las estructuras sociales (fundamentalmente la estratificación étnica), económicas (especialmente la hacienda) y culturales (la cultura letrada y católica) deberían continuar inmodificadas pero dentro de un nuevo sistema político.

Es en este contexto donde la recepción de ideologías tan generales como la voluntad general y la idea de ciudadano abstracto van a cumplir un papel legitimador lo suficientemente vago como para sustentar los dos procesos contradictorios (nuevo estado emancipador, vieja sociedad y economía).

En este punto comparto la conclusión de Rodríguez y García en cuanto a la doble percepción de los derechos que son de origen moderno en el centro pero que en la periferia constituyen el fundamento de una transición conservadora. Pero esta condición me permite también mostrar que la centralidad del orden constitucional es una estrategia de la historiografía –en el caso de Colombia, impulsada por los partidos políticos en el poder– para enfatizar los enormes cambios en el discurso político y simultáneamente ocultar las continuidades materiales del nuevo orden de cosas.

Si ese orden de cosas no fue modificado, parece legítimo cuestionar la historiografía y buscar los lugares del derecho donde las continuidades se sustentaron. Si se cambia de perspectiva y se abandona el orden constitucional como puerta de entrada, se encuentran datos reveladores:

- El sistema económico de la hacienda se ve fortalecido en cuanto los propietarios de estas extensas unidades de producción ya se encuentran en el poder. Baste la constatación de que la Independencia fortalece y no excluye la esclavitud de los negros y por otra parte el régimen indígena colonial de resguardos es abolido de manera que muchas de las tierras productivas que estaban en poder de los grupos indígenas le son expropiadas bajo el argumento de que la separación ya no encontraría sustento en un régimen de igualdad de ciudadanos.
- La Iglesia mantiene su poder intacto, ya no bajo el patronato regio que la sujetaba a la Corona sino bajo concordatos con los nuevos Estados que le confieren legitimación al Estado nacional en términos del dere-

cho internacional y, a cambio, le reconocen amplios poderes autónomos a la propia Iglesia.

- Las burocracias administrativas y judiciales, a pesar de la exclusión de los españoles, se mantienen sustancialmente inmodificadas, en la medida en que se legaliza el poder dominante subterráneo que habían ejercido los criollos dentro del imperio español. El Estado se mantiene fuertemente centralizado como condición para conservar estables las intensas tensiones sociales y étnicas dentro de él. Tal vez el elemento novedoso va a ser una cierta movilidad social abierta por la proliferación de ejércitos que van a ser una pieza clave de la estabilidad política.
- La posición dentro del mercado internacional va a ser definida no tanto por el lugar que le iría a corresponder, que se mantiene periférico, sino por los ulteriores cambios en el orden mundial. La transformación desde el mercantilismo al capitalismo industrial ya no va a privilegiar la extracción de metales preciosos sino que irá a estar destinada a la producción de materias primas y alimentos tropicales para los centros del sistema, industrializados. Esa modificación externa producirá cambios fundamentales en la geografía humana de los países de la antigua América Española, cuyos centros de gravedad se desplazarán de las zonas mineras hacia las zonas de producción de cacao, quina, tabaco, café, banano, petróleo, guano o coca. Esos desplazamientos implicarán grandes migraciones y la colonización conflictiva de nuevas fronteras agrícolas.

Estos fueron algunos de los cambios centrales. Es necesario destacar que cada uno de ellos tiene su propio ritmo. Mientras algunos suceden en cortos períodos de tiempo (v. gr., la fundación de nuevos Estados), otros tomaron tiempos medios (v. gr., el cambio en la posición periférica comienza hasta 1850 y se va desarrollando lentamente hasta nuestros días) y otros constituyen estructuras levemente modificadas hasta hoy (v. gr., la etnicidad y la Iglesia).

De acuerdo con estos ritmos, las estructuras jurídicas también tienen diferentes temporalidades según las áreas del derecho que sean observadas. Cambios como la aparición del discurso constitucional que reseñan García y Rodríguez en el capítulo 1 van a ser utilizados para legitimar tanto la coyuntura de independencia como muchas coyunturas posteriores de distribución política entre élites. La legislación agraria va a ser objeto de fuertes debates sólo hasta comienzos del siglo XX y alimenta aún los conflictos armados del presente, como el de las FARC en Colombia. El sistema de estratificación étnica va a ser “camuflado” dentro de la legislación civil, penal y administrativa. La centralidad del poder eclesiástico tiene lentos ritmos que la consolidan hasta nuestros días.

En resumen, puede afirmarse con Boaventura Santos la trascendencia de la ruta de entrada a la modernidad en la definición del campo sociojurídico,

pero advirtiendo que esa ruta no es una sino muchas, con diferentes ritmos y diferentes derechos. La centralidad del discurso constitucional en mi opinión es aparente. Si seguimos la metáfora de Santos sobre el efecto de proyección en el derecho como un mapa, el discurso jurídico en Colombia privilegia un objeto que, como buen discurso burgués, es el contrato. La permanente modificación de constituciones tiene una clara funcionalidad a nivel de la distribución de poder entre partidos pero jurídicamente parece más revelador lo que no cambia. En este sentido, puede ser reveladora la legislación civil que fue estrictamente preservada, con el mismo escrúpulo con que Napoleón defendía su Código como su verdadera obra. Es que vale la pena tener en el horizonte el tipo de relaciones sociales que allí se definen: la condición de las personas y sus inhabilidades (hasta el siglo XX allí se incrustó la estratificación étnica y la discriminación de género), la familia (centro del poder político hasta nuestros días), la propiedad (incluyendo el respeto por los títulos coloniales) y su transferencia (a través de contratos solemnes y títulos escritos que excluyen hasta hoy buena parte de los sectores populares), y las posibilidades de acumulación a lo largo de las generaciones a través de las sucesiones. Este es el elemento invisible del sistema, que se mantiene aun cuando se operan cambios en el orden constitucional. Porque, además, habría que recordar que a finales del XIX, cuando después de 80 años de independencia se reemplaza la legislación civil colonial, no se traduce el código francés sino que se modifica de manera muy eficiente para incorporar ciertos elementos de interpretación y decisión judicial, y en especial se fundamenta en la moral cristiana una legislación originalmente liberal. Esto es, en mi opinión, una muestra de la complejidad del problema y de la eficacia del derecho burgués apropiado por élites conservadoras.

En conclusión, quiero afirmar que el marco analítico expuesto por los autores del ensayo central de este libro para emprender la genealogía del campo sociojurídico es válido pero se quedan a medio camino en el desarrollo de sus consecuencias.

EL CONTEXTO DE LOS ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS EN AMÉRICA LATINA

Rodríguez y García asumen un supuesto básico y es que el contexto de estudio del proyecto sociojurídico es América Latina. Trato de elucidar cuáles son los límites implícitos de ese contexto. En principio parece muy clara una asociación con límites de la geografía. Es decir esa parte del continente americano al sur del Río Grande. Pero Rubén Blades me siembra una enorme duda cuando define Latinoamérica (en una de sus canciones icónicas, *Buscando América*) como el continente que comienza al sur del Bronx y termina en Tierra del Fuego.

Un análisis detenido de la definición del contexto me hace verlo mucho más problemático. En términos teóricos este debate se puede encuadrar dentro de la tradición positivista que se concretó en la posibilidad de crear clasificaciones, a través de teorías que permitieran definir grupos de población que constituyen objetos de investigación y que se comportan como unidades discretas que responden a leyes homogéneas que son válidas para todos. Esa selección o definición de un grupo es un ejercicio de cartografía donde se incluyen unos detalles y se excluyen otros, y como tal es arbitraria (como ya lo señaló Borges) pero también está sujeta a esas operaciones de la cartografía que ha planteado Santos (1995) para el derecho, a saber, escala y proyección.

Quisiera hacer explícita esa arbitrariedad, o entrar a discutir las razones que permiten incurrir en esta clasificación, que en el texto de Rodríguez y García parecen ser implícitas. Una pista interesante proviene de los conceptos utilizados por los autores en algunos apartes de la sección histórica del escrito: “instituciones e ideologías jurídicas francesas” y “ley y derechos en la tradición francesa”. “América Latina” fue justamente un término acuñado por la academia también francesa para designar un territorio neocolonial que le había sido ganado al extinto imperio español, y que éste llamaba América Española. Si bien en algunos momentos de ese fundante siglo XIX neocolonial la relación con Francia fue muy íntima, el espacio geográfico y cultural en que pensamos cuando nos referimos a “nuestra América Latina” estuvo definido por 300 años de dominación de la monarquía española, 100 años de dominación de la monarquía inglesa y 100 años (que seguimos contando) de la democracia estadounidense. Quienes no son nosotros definen lo que nosotros somos. Si variamos el criterio estricto de la geografía política del imperio español y el portugués en América hacia el de los lugares con población con origen en esa tradición, Latinoamérica como contexto incluiría buena parte de los Estados Unidos y ahí tendría razón Blades.

Pero si la teoría con la que definimos América Latina se construye ya no desde los criterios coloniales sino desde la enorme complejidad de la interlegalidad (Santos 1995) entre órdenes jurídicos de diversa escala, nos resulta que tales fenómenos están ocurriendo en contextos geográficos, jurídicos, políticos y económicos que desbordan por completo el territorio del subcontinente para ocupar espacios en todo el hemisferio occidental y actualmente en todo el mundo. Y dada la ineludible interpenetración entre esos órdenes jurídicos de diversa escala, que influyen y a la vez son modificados, el hablar de una sociología del derecho para un contexto latinoamericano resulta mucho más vago que la asunción del principio.

El entorno de interlegalidad complejiza en grado extremo la construcción de objetos de estudio con base en criterios como el de la geografía

política, externos al campo sociojurídico mismo. Y el campo sociojurídico definido como el lugar de la recepción colonial por excelencia, donde las familias jurídicas tienen lugar, resulta demasiado conservador al reconocer la doble vía de las transformaciones que suscita el juego entre legalidades de diversa escala. ¿Qué sería lo contrario de recepción de familias jurídicas? ¿Es eso pensable?

El texto de García y Rodríguez nos plantea los criterios para definir un campo sociojurídico siguiendo las propuestas de Santos (1998): posición en el sistema mundial, ruta de entrada a la modernidad y familia jurídica. Sin embargo, los argumentos utilizados para delinear el campo jurídico relegan a los márgenes los dos primeros criterios y finalmente descargan todo el peso de la argumentación en el concepto de América Latina como campo sociojurídico y esa es, ni más ni menos, una afirmación de familias jurídicas, proveniente de las versiones más eurocéntricas del derecho comparado. En ese punto no me resultan tan livianas las objeciones expresadas por Twining, que los autores descartan, y que me permito recordar:

Un problema obvio en la clasificación es que no son especies de un mismo género: la familia romanística y la familia socialista podrían referirse a sistemas jurídicos de Estados nacionales, incluso la familia de sistemas del Lejano Oriente también, pero ello lleva a cuestionar la razón para seleccionarlas como categorías. Sin embargo, actualmente no existe un Estado que base su derecho exclusivamente en derecho hindú. Igualmente, el derecho islámico tiene un ámbito mucho más amplio que los Estados islámicos. Durante la guerra fría tenía sentido tratar el bloque oriental como un grupo de derechos basado en la ideología del poder soviético pero mezclado con un fuerte componente de la tradición del derecho civil. Desde el colapso de la Unión Soviética la situación se torna más compleja. [...] El Common Law hace referencia a su origen histórico o a una cultura jurídica (ideas, prácticas y posiblemente instituciones), o a una tradición o factores como el colonialismo o la emergencia del inglés como lengua universal. El derecho civil, en parte debido a que es percibido como poseedor de un alto grado de adaptabilidad, fue recibido en un amplio espectro de contextos históricos. Pero hoy en día es ampliamente reconocido que en algunos aspectos existen mayores diferencias dentro de la familia del derecho civil que entre ésta y la del Common Law". (Twining 2000, 148-49)

Tales objeciones no son livianas y deberían hacer parte de un debate sobre los alcances y los límites, especialmente de política científica, que encierra dicho contexto.

La última opción que se me ocurre, que encuentro más válida, es la vía de la Librería Lerner en Bogotá que tiene una enorme sección que se llama Libros Colombianos. Allí uno encuentra todos los libros producidos por editoriales colombianas, autores colombianos, extranjeros sobre Colombia

o editoriales de fuera con autores y temas colombianos. Podrá sonar un poco pragmático, pero esta es la vía que encuentro para entender el contexto implícito de la sociología del derecho latinoamericana. El contexto que se ha propuesto me resulta, en una primera conclusión, un criterio mucho más instrumental y menos sustancial de lo que aparece y obligaría a entenderlo como un espacio poroso de encuentro pero también obligaría a renunciar a construirlo desde una pretensión positivista como ese ente discreto sujeto a leyes verificables.

Por último, es importante detenerse, por lo menos brevemente, en las preguntas y las propuestas planteadas en el texto de Rodríguez y García. Los lentes de la propuesta –pluralismo, autoritarismo e ineficacia instrumental– resultan muy útiles para plantear el debate pero difícilmente pueden agotar la caracterización de un espacio geográfico, político y teórico tan diverso. Ahora bien, considero que este tipo de análisis crea unas cadenas de oposiciones que fácilmente orientan la investigación hacia una temible filosofía de la historia del derecho –centrada en lo que debe haber pasado de acuerdo con el modelo– que reemplaza a vuelo de pájaro el examen de la particularidad y la contingencia de los procesos. En un lado estaría el mundo latinoamericano, premoderno, periférico, donde el derecho es ineficaz, plural, mientras en el otro estaría el mundo moderno, del centro donde el derecho aparecería eficaz, homogéneo y democrático. Esa dicotomía trae ecos de la oposición entre civilización y barbarie que yace en el origen de las ciencias sociales modernas o el monolito de la teoría del Estado como herramienta predominante para estudiar el derecho desde el modelo europeo occidental y que sustenta la concepción de nuestras sociedades como pueblos a medio camino en la vía civilizadora.

En ese contexto resulta fundamental la revisión de conceptos como el de familia jurídica cuya crítica (Twining 2000) expresamente eluden los autores, que contradice la particularidad de los fenómenos sociojurídicos que efectivamente pueden ser redefinidos desde la periferia a través de la interlegalidad. Pero para ello también debe poderse someter a crítica la centralidad teórica que el positivismo jurídico y las teorías más ortodoxas le han conferido al derecho estatal y al derecho internacional.

Por otra parte, si se es fiel a las coordenadas planteadas sobre la ubicación dentro del sistema económico mundial y la vía de entrada a la modernidad, puede cuestionarse la pertinencia de seleccionar en la actualidad a América Latina como contexto geográfico de estudio comparativo, dada la multiplicidad de sociedades que comparten con nosotros la condición periférica y las particularidades de inserción a la modernidad en todo el mundo. Encuentro cada vez menos justificado separar el estudio de fenómenos jurídicos periféricos de esas otras periferias que como latinoamericanos desconocemos y de alguna manera subestimamos, como pueden ser

África, el mundo árabe y los países asiáticos. Apuntando a la comparación, esos casos demuestran ser más útiles que los tradicionales contrastes con Francia, Inglaterra o Estados Unidos.

Inevitablemente es necesario contrastar la propuesta con la amplia cadena de significados planteada en la actualidad por los movimientos sociales contra la globalización que conectan luchas en torno a los Estados, grupos, clases, géneros, etnias. Volviendo a la interlegalidad del mundo contemporáneo, conservo mis dudas sobre la pertinencia del contexto latinoamericano, cuando las luchas políticas que justificarían este tipo de estudios han adquirido un nivel global y los problemas que se quieren estudiar se desarrollan dentro de tales contextos más amplios.

Finalmente, me quedan algunas dudas sobre el análisis estructuralista del derecho. Pareciera que la subordinación del fenómeno jurídico a la política, la economía y la sociedad nos impidiera contemplar los espacios de autonomía de lo jurídico como discurso que genera también dinámicas propias y que determina ese externo social. Si bien los autores acertadamente definen su posición como constructivista crítica, no encuentran un reflejo en el análisis que se mantiene estrictamente social. Creo que esta carencia se puede llenar a través de un debate sobre la teoría del derecho en el contexto, que permita captar el fenómeno jurídico por fuera de la teoría positivista. Me atrevería a sugerir que el conservadurismo de la dogmática y aun de la misma filosofía del derecho ha llevado a las propuestas alternativas, como la de la sociología del derecho, a abandonar los espacios de la teoría donde pueden encontrarse los desarrollos del lenguaje jurídico también desde ópticas más progresistas.

La propuesta de un metadiscurso sobre el derecho en la sociedad que los autores plantean me resulta sumamente interesante y útil para el trabajo investigativo. Sin embargo, encuentro que al momento de las definiciones, de los nombres, dan un paso atrás al enfocar el proyecto en una sociología que estaría claramente delimitada respecto de la dogmática, la teoría y la historia del derecho, a lo que yo agregaría la economía, la antropología, la geografía o el psicoanálisis. El texto mismo demuestra que tales distinciones han perdido su vigencia. Y en ese sentido las lecciones de los estudios críticos norteamericanos pueden ser muy valiosas. Las investigaciones contemporáneas –con las de Rodríguez y García, entre otros, a la cabeza– nos muestran que los mayores avances en la comprensión del fenómeno jurídico apuntan más bien a una dogmática que por fin es diacrónica, a una teoría del derecho con hondo arraigo en la información empírica, a una historia del derecho que abandona las camisas de fuerza del positivismo y el romanticismo para incorporar profundas conexiones entre geopolítica, estudios culturales, normas y la misma teoría. Y, finalmente, aunque lo más importante, que todo ello *es la ciencia jurídica* y no simple-

mente una ciencia auxiliar de una dogmática mal entendida. Eso apunta entonces a la *ciencia jurídica como ciencia social* que, en mi opinión, provee el espacio para el encuentro, ejerciendo esta hibridez de disciplinas necesaria para nuestras investigaciones actuales pero que no rehuye a antagonizar el discurso hegemónico del derecho como ciencia positiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, Perry (1990). *El Estado absolutista*. Bogotá: Siglo XXI.
- Braudel, Fernando (1968). *La historia y las ciencias sociales*. Madrid: Alianza.
- Burkholder M. y D. Chandler (1984). *De la impotencia a la autoridad. La Corona Española y las audiencias en América 1687-1808*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Domínguez, Jorge (1980). *Insurrección o lealtad. La desintegración del Imperio Español en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gaitán, Julio, Fernando Mayorga y Roberto Vidal (1992). *El Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Una historia en Construcción ss. XVII-XX* (mimeo).
- García Gallo, Alfonso (1972). *Estudios de historia del derecho indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Lynch, John (1984). *La Independencia de América Española*. Madrid: Alianza.
- Moreno Fragnals (relator) (1987). *África en América Latina*. Bogotá: Siglo XXI.
- Santos, Boaventura de Sousa (1995). *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nueva York: Routledge.
- (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.
- Twining, William (2000). *Globalisation and Legal Theory*. London: Butterworths.