

HACIA UNA HISTORIA CRÍTICA DEL DERECHO
(UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA A LAS NOCIONES DE
DERECHO MEDIEVAL, DERECHO INDIANO
Y DERECHO CONTEMPORÁNEO)

Mariano Alberto BONIALIAN

“El derecho se recompone continuamente y, al recomponerse, recompone la lectura de su propia historia”.

Hespanha (2002: 25)

“Cuando el poder político se manifiesta en leyes que ya no son expresión del derecho, la sociedad está en peligro”.

George Ripert (1949: VI)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho y política: entre la onticidad medieval y el derecho positivista-voluntarista de la época contemporánea*. III. *Derecho y sociedad: entre el derecho casuista y pluralista, y el derecho monopolizado y sistematizado*. IV. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Emprender una comparación teórica entre los diferentes ordenamientos jurídicos que surgieron en el proceso histórico resulta una tarea compleja y amplia. Un estudio de las concepciones de derecho medieval, indiano y contemporáneo que se ubique sólo en el terreno de la teoría, corre el riesgo de oscurecer la constitución y especificidad histórica de los propios órdenes jurídicos.

Anticipamos que, el presente trabajo sufrirá de este vacío, pues no es nuestra intención explorar las *continuidades* históricas entre aquellos paradigmas. Más bien, nos centraremos en sus *rupturas*, es decir, en el propósito de contextualizar los significados terminológicos del derecho. Creemos que tal ejercicio contribuirá a rescatar las nociones de cada ordenamiento jurídico en su etapa histórica, con toda su significación original.

Por lo tanto, la idea de discontinuidad que aquí se destaca es, por paradójico que parezca, una revalorización a la historia del derecho. La distinción de ordenamientos jurídicos diferentes y, dentro de ellos, de la autonomía (contextual) de los conceptos jurídicos, nos alertan sobre el peligro de concebir al mundo del derecho en un progresismo lineal. En el presente ensayo, concebimos a la disciplina del derecho en su historicidad, cuestionando la idea de que el derecho de nuestros días es el racional, el necesario y el definitivo.

Por eso, para comprender en toda su dimensión la historia jurídica, resulta necesario “remover” los rígidos cimientos en donde se ubica la concepción actual de derecho; aquella que, a través de la sacralización del presente, intenta erigirse como el máximo horizonte alcanzado en la *objetivación* del modelo de organización política y jurídica de Occidente. Los que promueven la “naturalización” de los componentes jurídicos actuales, tales como: derecho legislado, codificación, justicia estatal y democracia representativa, como si fueran elementos presentes en todo el transcurso de la historia y que alcanzan su perfección en la sociedad contemporánea, no sólo llevan a deformar la perspectiva histórica, sino también a ocultar las diversas fuentes de derechos y la pluralidad jurídica de las sociedades del pasado.¹

En otras palabras, este trabajo intenta liberar al pasado jurídico de la mirada retrospectiva del presente, recuperando la autonomía, la subjetividad, el verdadero sentido de las categorías jurídicas. De aquí que, lejos estemos de ignorar las regularidades de la tradición jurídica occidental, pues el propio desarrollo *continuado* del derecho en la historia, implicó reformulación, reinterpretación de las nociones ju-

¹ GARRRIGA, Carlos, “Historia y derecho, historia del derecho”, en *Istor*, IUS-CIDE, México, núm. 16, 2004, pp. 3-12.

rídicas del pasado; todo ello para satisfacer las soluciones de un determinado presente.²

Además, si comparamos los *corpus* jurídicos de cada etapa histórica, tendemos a resaltar sus diferencias, sus oposiciones y, en especial, a agudizar el sentido crítico de la perspectiva histórica del derecho. Partimos, entonces, de que los ordenamientos jurídicos nacen, se constituyen, en clara correspondencia al entorno de las relaciones sociales del momento. La historia del derecho, por tanto, es una historia de *los derechos*; sistemas jurídicos emanados de un contexto social, político, económico determinado, al cual expresan y en el cual se desenvuelven. De aquí, la reflexión de Hespanha de que las soluciones jurídicas que se configuraron en el proceso histórico siempre fueron (y serán) *locales*.³

Resulta conveniente anticipar la periodicidad utilizada en este trabajo. Al derecho medieval lo ubicamos entre la segunda mitad del siglo XI hasta finales del siglo XV; periodo en el que el ordenamiento jurídico de la época adquiere una extraordinaria madurez.⁴ El derecho indiano cubre desde el siglo XVI hasta la segunda mitad del siglo XIX, ya que este ordenamiento jurídico no encuentra su final de camino en la emancipación, sino se prolonga hasta entroncar con la codificación moderna.⁵ Al derecho contemporáneo lo situamos desde el siglo XIX hasta la actualidad. Vale aclarar, que en este ensayo nos concentraremos en una de las tantas ramas del derecho de la época: en las escuelas clásicas del siglo XIX, fundamentalmente, la de vertiente legalista. En este sentido, dejamos de lado las ramas críticas que surgieron como respuesta a aquella.⁶

² BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, México, 1996, p. 19. HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 80-81.

³ *Ibidem*, p. 15.

⁴ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 137-144.

⁵ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, pp. 36-37.

⁶ Nos referimos al sociologismo marxista del derecho y sus desprendimientos como: “la crítica del derecho”, “el uso alternativo del derecho” y las escuelas antilegalistas. Para una caracterización de cada una de ellas, véase HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, pp. 228-263.

II. DERECHO Y POLÍTICA: ENTRE LA ONTICIDAD MEDIEVAL Y EL DERECHO POSITIVISTA-VOLUNTARISTA DE LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

Al hablar de derecho, inmediatamente, el sentido común actual lo asocia directamente con la ley; es decir, con un conjunto de disposiciones jurídicas emanadas de un centro de poder, las cuales deben respetarse y cumplirse. Efectivamente, el “imaginario colectivo” lee correctamente el mundo jurídico contemporáneo. Las ideas comunes de asociar derecho-ley, derecho-poder político y derecho como acción de legislar son, en efecto, la marca registrada de nuestro tiempo. Pero aquel imaginario social (como gran parte de los estudiosos del derecho) da un paso en falso cuando extiende tales características a todo tiempo histórico. Baste ver cómo se concebía el derecho en el pasado, para demostrar que pensarlo, o más bien, enjuiciarlo no resulta tan simple. Comencemos con la concepción atribuida al paradigma jurídico medieval.

En primer lugar, el derecho medieval (*lex*) no estuvo ligado al sujeto detentador del poder político; perteneció, por el contrario, a la realidad objetiva.⁷ Fue un ordenamiento jurídico que encontró en la naturaleza su fuente y, particularmente, su legitimidad. Si al derecho se lo concebía como emanación de la naturaleza, su función no resultaba más que reestablecer el orden; un orden que podría ser alterado por los problemas que surgían de las relaciones sociales. Y si el derecho era un “retorno” a la armonía preexistente, comprendemos el porqué de definirlo como revelación, y no como creación.

Esta concepción nos remite directamente al carácter *óntico*,⁸ primera característica del paradigma jurídico medieval. El derecho se encontraba dentro de la naturaleza de las cosas, sólo debía descubrirse. Pero esta misión de develar no estaba en manos de toda la sociedad. Estaba confiada a un estamento de sabios (maestros, juristas, notarios) que gozaban de *auctoritas*; poder jurisdiccional que los convertía en los únicos capaces de *interpretar* los textos romanos y

⁷ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, pp. 60-62.

⁸ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 26-27.

canónicos. Es decir, una interpretación que, en última instancia, era valorada no sólo por el sujeto que *opinaba*, sino también por la adecuación del contenido sustancial (objeto) de la *lex* en su aplicación en la problemática real.

Así, la realidad medieval sólo reclamaba opiniones, interpretaciones sobre un derecho que ya estaba dado y no hacía falta crearlo. Pero entonces, ¿quién lo había creado? El único legislador, el verdadero creador del derecho era Dios, quien había establecido en la propia naturaleza un conjunto de reglas racionales, dotándola de un orden ideal. La organización social debía ajustarse a ese orden natural. Cualquier acto voluntario y subjetivo que buscara la transformación, y no la conservación del orden de las cosas, se percibía como deformación, como “mal gobierno”.⁹

O sea, que la principal tarea del derecho medieval consistió en manifestar la propia realidad, que se encontraba más allá, o mejor dicho, *más acá* del poder político.¹⁰ Aquí entramos a otro gran principio medieval: *la preexistencia del derecho respecto al poder*. En efecto, si lo jurídico *no es dado*, sino *que está*, el derecho encuentra una plena autosuficiencia respecto a la esfera política; poder político que sólo era reclamado para garantizar a aquél.¹¹ El papel marginal del príncipe o del Estado *iurisdictionis* medieval sobre el plano de lo jurídico, se explica por el hecho de que el propio derecho *antecedió* al poder político. De aquí que, el derecho medieval gozara de gran autonomía; autonomía en relación a un ámbito político incompleto; es decir, incapaz de apropiarse de un orden jurídico de carácter compuesto y pluralista.¹²

Si la naturaleza *heterogénea* del orden jurídico representó un elemento que impidió su manipulación por parte de la política; por el contrario, esa misma pluralidad de fuentes, contribuyó a su fusión

⁹ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁰ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, *op. cit.*, pp. 150-151.

¹¹ El término *iurisdictionis* (que nos remite al Estado jurisdiccional de la época medieval), se entendió como el “componer conflictos sociales a través del recurso a un derecho ya dado”. MANNORI Y SORDI, “Justicia y administración”, en FIORAVANTI, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, p. 70.

¹² GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado (una recuperación para el derecho)*, Escuela Libre de Derecho, México, 2004, pp. 43-44.

con la sociedad. En efecto, el derecho medieval encontró su proceso de formación en los hechos, tanto físicos como sociales, y ello era posible porque la tradición, la costumbre era la prueba de valor y la base del derecho. Como veremos más adelante, esta fusión entre derecho y sociedad, contribuyó a que lo consuetudinario, la costumbre, fuera considerado como una de las más importantes fuentes de la práctica jurídica medieval.

Ahora bien, en nada se asimila la concepción del derecho contemporáneo, con todo este corpus jurídico ontológico que caracterizó al derecho medieval. La fuente actual de lo jurídico ya no se asienta en un orden objetivo (de la naturaleza, de la sociedad), sino en el poder de la *voluntad*. En la modernidad, la política se apropia del derecho, ya no plural, sino de un derecho reducido al monismo legislativo.

En otras palabras, si en el universo medieval, la legitimidad hacia lo político consistió en garantizar, o más bien "contemplar", un orden jurídico que fluía por ámbitos que no estaban a su alcance; en el mundo contemporáneo, por el contrario, el Estado se construye como tal, a partir de su facultad monopolizadora del derecho en tanto aplicación de la ley. Un Estado de derecho, en suma, que destruye la pluralidad del ordenamiento jurídico medieval, y hace del derecho la "ley de Estado", con presencia del principio-guía de soberanía y en representación de los derechos individuales.¹³

El derecho, entonces, ya no se concibe como revelación, como "fruto" de la naturaleza, sino que se configura como creación-voluntad. Creación arbitraria y artificial por una razón fundamental. Por su distanciamiento de la realidad social que, al no ser interrogada, anula cualquier posibilidad para que el derecho se reformule, se verifique; en suma, adquiera historicidad.¹⁴ Este signo de inmovilismo jurídico es resultado de la abrogación completa y radical de la pluralidad de fuentes del derecho anterior. Aparece así, la necesidad política de "secularizar la legislación", de manifestar el derecho en los *códigos*,

¹³ Mauricio FIORAVANTI propone una continuidad del ordenamiento jurídico pluralista entre los Estados jurisdiccionales y los Estados absolutistas. Para este autor, la nueva forma de Estado soberano y de derecho se da a partir de la Revolución Francesa. FIORAVANTI, Mauricio, "Estado y Constitución", en *El Estado moderno...*, op. cit., pp. 20-39.

¹⁴ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, op. cit., pp. 35-38.

textos normativos completos, controlados por los detentadores del poder, pero incomunicables con las numerosas expresiones e inquietudes de la sociedad. Códigos, en fin, capaces de reemplazar aquel derecho de *sociedad*.¹⁵

Esta ruptura, que no es otra cosa que la "institucionalización" o formalización de la dimensión jurídica, se traduce también en una nueva forma de concebir la producción del derecho: ya no como producto del "*humus social*", sino como una *idea*; como principio político que lleva implícita la idea de justicia y que rompe con un pasado al que ya no necesita. El derecho contemporáneo, en efecto, cobra una identidad propia: se desprende de toda variable histórica-concreta y, por lo tanto, se muestra como universal y general.

Podemos entender, entonces, cómo aquella concepción flexible del derecho medieval, que otorgaba autonomía a los juristas y notarios en su papel de interpretación de lo que sería justo, da lugar a un derecho inflexible, indiscutible que hace del jurista un mero técnico en la aplicación de la ley.¹⁶ Muy distinta será, entonces, la noción de ley en nuestra cultura moderna en relación a la cultura medieval. Aquella ya no le interesarán los contenidos de la ley, pues la ley se tipifica como acto de imperio, es decir, consiste esencialmente en la manifestación de la voluntad del que está investido del máximo poder político. Por lo tanto, en el derecho contemporáneo, lo que realmente cuenta es el órgano que la produce, el Estado; centro de poder que confiere a una regla determinada la calidad de ley y, por lo tanto, indiscutible.¹⁷

Notemos en toda su magnitud la transformación operada por el derecho en su relación con la política. De un derecho *en sociedad*, propio de la sociedad medieval, lo jurídico logra, en la actualidad, no sólo ser un elemento crucial de la política, sino también adquirir una

¹⁵ CAPPELLINI, Paolo, "Códigos", en *El Estado moderno...*, op. cit., pp. 103-125. Grossi también analiza el término Código, pero como expresión de un Estado monoclase. GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, op. cit., pp. 67-93.

¹⁶ Adoptamos aquí, el término de "tecnificación de la ciencia jurídica" como lo entendió TARELLO: el derecho como actividad técnico-cognoscitiva y en donde el papel del jurista se configuró más como un técnico que como un político o jurisprudente. TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, FCE, México, 1995, p. 26.

¹⁷ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., p. 145.

supremacía sobre el ámbito de las autoridades políticas o, en términos de Tarello, en una propia autonomía de la cultura jurídica "de donde nacen las más influyentes operaciones de política del derecho".¹⁸ El derecho se convierte como obligación para el Estado mismo, como principio regulador de toda práctica política.¹⁹

Ahora bien, el problema se nos complica cuando intentamos otorgar un sentido particular al ordenamiento jurídico indiano en ese largo "laboratorio histórico" de constitución de la cultura jurídica moderna. Para el caso europeo, Grossi nos recuerda que la historia de la monarquía francesa de los siglos XIII al XVIII, es una historia que expresa el proceso de transición hacia el nuevo ordenamiento jurídico de carácter positivo y voluntarista. En Francia, el creciente fortalecimiento del poder del príncipe, de la percepción cada vez más precisa de la importancia del derecho en el proyecto estatal y de la exigencia cada vez más sentida del propio poder político de manifestarse como legislador, eran fenómenos que avanzaban hacia el campo de la normatividad jurídica.²⁰ Aunque no deberíamos pasar por alto *Las Siete Partidas* de Alfonso X, de una notable participación jurídica del monarca, y en la cual se expresa que el derecho puede ser creación y no sólo revelación.

Pero ¿qué ocurrió en el caso de la América colonial? ¿Su mundo jurídico se caracterizó por la inclinación a la uniformidad del derecho, por un *corpus* jurídico reducido a la ley y a la voluntad política? o, por el contrario, ¿contempló y prolongó, con sus propias particularidades, una morfología pluralista como la que vivió la sociedad medieval? El ordenamiento jurídico indiano compartió muchas de las características del paradigma medieval, pero gran parte de su contenido fue diferente.²¹ Una realidad nueva, primero desconocida y luego compleja, mostraba a España y, particularmente a Castilla, la

imposibilidad de establecer un ordenamiento jurídico ajustado a intenciones preestablecidas. Pero esto no significó que el paradigma jurídico indiano se alimentara sólo de una nueva realidad compleja, indiferente al poder político. Muy por el contrario, América, desde los primeros tiempos de conquista y colonización, despertó una nueva concepción del derecho ligado al poder estatal. En efecto, la Corona de Castilla probablemente evidenció un deseo o impulso inicial hacia la uniformidad jurídica, a la adopción de reglas generales, aunque la propia realidad le mostrara los obstáculos para llegar a dicha pretensión.

Rescatemos por ahora, dos observaciones. En primer lugar, la aparición importante de un derecho que nace del poder político en América (el rey y el Consejo de Indias). Distinción fundamental con el mundo medieval, en donde veíamos que la esfera política se encontraba bien apartada de la práctica jurídica. En la Edad Media, no encontramos nada que se parezca al dominio considerable que sobre el orden en su conjunto ejerció la Corona de Castilla, incluso sobre la Iglesia Católica. Pero este derecho real (aquí entramos a la segunda observación), no logró construirse por fuera de la diversidad jurídica que emanaba de la realidad americana; al contrario, la pluralidad existente fue sustento de cualquier decisión jurídica de la Corona. Por lo tanto, el orden jurídico indiano no fue creado por la decisión vertical de un poder político centralizado y hecho institución; es decir, de lo que hoy llamaríamos Estado.²² Nueva diferenciación, no ya con el derecho medieval, sino con el paradigma contemporáneo, en el cual el derecho es una imposición vertical, porque el Estado tiene el monopolio de la ley y la justicia.

²² Jorge TRASLOSHEROS sostiene que ni la *Recopilación*, ni la magna obra de don Juan de Solórzano y Pereyra, *Política Indiana*, califican como documentos de semejante naturaleza. Ellas representan estaciones específicas de momentos de reflexión e intentos de organización particular; pero de ninguna manera correspondieron a un moderno ordenamiento propio de un derecho sistemático y constitucional. TRASLOSHEROS, Jorge, "Orden judicial y herencia medieval en la Nueva España", en *Historia Mexicana*, vol. LV, núm. 4, abril-junio de 2006, pp. 1107-1108.

¹⁸ TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica...*, op. cit., p. 26.

¹⁹ BERMAN, *La formación de la tradición...*, op. cit., pp. 19-20.

²⁰ FIORAVANTI parece relativizar la postura de GROSSI. Aquél, sugiere que los Estados absolutistas no cancelaron la pluralidad jurídica que se desarrolló en los Estados territoriales medievales. FIORAVANTI, Mauricio, "Estado y Constitución", en *El Estado moderno...*, op. cit., pp. 20-24; GROSSI, Paolo, *Mitología Jurídica...*, op. cit., pp. 31-32.

²¹ Nos referimos a la cuestión de la pluralidad de fuentes, tema que abordaremos en líneas posteriores.

Características de los ordenamientos jurídicos

	<i>Derecho medieval</i>	<i>Ordenamiento jurídico indiano</i>	<i>Derecho contemporáneo</i>
Concepción	<i>Onticidad</i> El derecho como un orden objetivo. Inserto en la naturaleza de las cosas.	El derecho como expresión de una nueva realidad múltiple, ya no objetiva.	<i>Positivista-voluntarista</i> El derecho como voluntad.
Carácter	<i>Casuístico/Tópico</i> La justicia ajustada a la solución del caso concreto. La realidad-problema configura el derecho.	<i>Casuismo legal</i> Del Hecho nace el derecho. Reflejo de la sociedad jerárquica y corporativa.	<i>Sistematización jurídica</i> <i>Normativismo/codificación</i> La justicia como criterio general. El derecho como norma general y abstracta.
Finalidad	<i>El derecho como lo que es "justo"</i>	<i>Un derecho legal hacia lo "justo"</i>	<i>La justicia encarnada en la ley</i>
Fuente	<i>Pluralismo jurídico</i> <i>lus comune</i> Derecho canónico Derecho local Derecho real Derechos corporativos Derechos señoriales	<i>Pluralismo jurídico</i> Derecho de Castilla. Derecho indiano Derecho natural Derecho común Derecho mercantil Derecho canónico Derecho consuetudinario Derecho indígena	<i>Monopolización del derecho por el Estado.</i> <i>(Estatalidad del derecho)</i> <i>Orden jurídico uniforme/homogéneo</i> El derecho = ley. Absolutización de lo jurídico.
Dimensión	<i>Autonomía del orden jurídico de la política.</i> Fusión derecho-sociedad. El derecho antecede al poder político.	<i>Aparición de un derecho político.</i> <i>Tendencia a la apropiación de lo jurídico por la política (siglo XVIII)</i>	<i>Formalización política del derecho constitucional</i> Institucionalización del derecho. El derecho se aparta de la realidad social.

Funcionamiento	<i>Del problema social al "orden justo"</i> De abajo hacia arriba.	Derecho flexible. Ley real. No voluntaria, sino expresión del orden justo.	<i>Del orden político hacia el control social</i> De arriba hacia abajo.
Principio	<i>Saber práctico</i> Como <i>prudentia</i> o "arte de actuar" <i>Interpretatio</i>	<i>Saber práctico</i> Probabilismo. Opinión, sin certeza.	<i>Como saber especulativo y de expresión de voluntad</i> Técnica de aplicación de la ley, sin interpretación.
Práctica	<i>El derecho como revelación</i> Carácter jurisprudencial o doctrinal. Autonomía de la autoridad de los juristas. <i>Autoritas</i>	<i>Creación y renovación del derecho por los juristas</i> Experiencia	<i>El derecho como ciencia</i> <i>No hay creación.</i> <i>Legalismo estipulado.</i> Carácter legal. Dependencia de la autoridad de los juristas. El acto de legislar es ya objetivo y no subjetivo.
Validez	<i>Ensayo de práctica-error. Experiencia</i> <i>Glosadores y comentaristas</i> (rescate del derecho justinianeo) Derecho crítico. Reformulación en el devenir histórico. Ligado al pasado.	<i>Ensayo de práctica-error</i> Mutabilidad del mundo. Derecho flexible. Sujeto al tiempo y a la circunstancia histórica.	<i>Indiscutibilidad del derecho en tanto ley. Acrítico</i> Inmovilidad del derecho. Estático. Ahistórico. Autonomía del pasado. Metahistórico. Metarrealidad.
Tipo	<i>Derecho corporativo</i> Derecho "desigual" en función de la jerarquía de los órdenes sociales.	<i>Derecho formal/informal</i>	<i>Derecho como instrumento de la libertad individual</i> Derecho "igualitario", en función del individualismo

Naturaleza	<i>Naturaleza privada del derecho. Emanación de lo consuetudinario.</i> Ausencia de un proyecto político totalizador. Indiferencia del detentador del poder político hacia la producción jurídica	<i>Naturaleza privada del derecho.</i> <i>Tendencia hacia lo público, en tanto un paulatino control del derecho por la Corona</i>	<i>Naturaleza pública del derecho, en tanto creación del Estado</i>
------------	---	--	---

III. DERECHO Y SOCIEDAD: ENTRE EL DERECHO CASUISTA Y PLURALISTA Y EL DERECHO MONOPOLIZADO Y SISTEMATIZADO

Casuismo y sistema. Rastreemos la historicidad del derecho bajo otra perspectiva: en su relación con lo social. Si bien hemos sugerido unos breves comentarios en el apartado anterior, la cuestión reclama mayor profundidad. En términos de relación derecho y sociedad, podríamos decir que el paradigma medieval y el indiano compartieron muchas características.

En ambas sociedades, lo jurídico se manifestaba en la propia realidad social y, por lo tanto, el derecho se construía caso a caso, mediante la *tópica* (el problema). El carácter casuístico era la base del edificio jurídico en ambas sociedades; un edificio ideado por la *interpretatio* u *opinión* de los juristas, quienes buscaban reestablecer la *aequitas* (la equidad) en aquel orden social diverso, múltiple, pero natural por ser emanación del propio Dios. Decíamos orden diverso, pues tanto en el Antiguo Régimen²³ como en la realidad indiana, las

²³ Recordemos que hacia la segunda mitad del siglo XI, la sociedad europea comienza a vivir un proceso de complejización social, a partir del crecimiento demográfico, del desarrollo de centros urbanos y de nuevas lógicas mercantiles. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., pp. 137-140.

sociedades se presentaban fuertemente jerarquizadas, corporativas y estamentales, pero no por eso imperfectas y no justas.²⁴ Es decir que, ambos paradigmas jurídicos, al prestar una enorme atención al mundo de los hechos, no sólo fomentaban la adopción de soluciones casuísticas, sino, paralelamente, el rechazo de esquemas rígidos, abstractos e inmovilistas. Veamos algunas particularidades del casuismo desarrollado en el mundo medieval y en el indiano.

El casuismo medieval fue la referencia principal para la *interpretatio* de los juristas del medioevo; y tuvo tanta importancia en la edificación de una arquitectura jurídica determinada en el caso concreto, que Grossi ha considerado el rescate del derecho justiniano por los "glosadores" y "comentaristas", tan sólo como signo de validez formal y no por su propio contenido. Detallemos. La invención jurídica romana aun con su raíz casuística, procuró establecer modelos generales, los cuales se convirtieron en el periodo medieval, en "dato normativo".²⁵ Norma que, en última instancia, era sometida a prueba por los casos concretos que sucedían en la compleja realidad. Así, "el derecho justiniano es como un recipiente vacío que los nuevos contenidos concretos lo deforman despiadadamente y que de romano solamente tiene sus remotos orígenes y la etiqueta formal".²⁶ Se desprende pues que, el casuismo medieval partía de un método *dialéctico*, pues no se conformaba de una opinión aislada, individual, sino de la permanente confrontación entre solución y *tópico*. Saber dialéctico, en suma, expresado en la problematización del tema (*quaestio*), que se llevaba a efecto oponiendo las posibles soluciones

²⁴ Para no caer en anacronismos, resulta conveniente notar que la noción de *aequitas* se refería a una fuerza propia establecida en las cosas y que se proyectaba y se manifestaba como justicia en las normas de los hombres. Pero no era una justicia en términos de igualdad. Era una "justicia especial", desigual, pero más "perfecta" que la justicia igual, pues aquella era armónica con la organización social. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., pp. 181; HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., pp. 107-108. Para el caso indiano, si bien la noción de *aequitas* parece no estar presente, la justicia también era entendida en términos del respeto a la jerarquía, a una desigualdad perfecta, emanada de lo divino. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, pp. 72-77.

²⁵ HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., p. 83.

²⁶ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., p. 174.

casuísticas, analizándolas, debatiéndolas, antes de llegar a la solución final.²⁷

Advertimos más arriba que el casuismo operó también en el mundo indiano. Este pensar problemático (*tópico*) fue una herencia del medioevo, particularmente del *ius comune*, y resultó ser una herramienta eficaz para “ordenar” socialmente al mundo indiano. Pero sostenemos que el casuismo indiano, no sólo estaba sujeto a una tradición, a una costumbre, como lo fue tan característico en el mundo medieval, sino que más bien representó una respuesta adecuada a una realidad novedosa, de futuro imprevisible, con nuevos y continuos problemas, que hacían imposible un orden jurídico abstracto y general impuesto por la propia Corona. Esta última cuestión, parece confirmarse al ver que el propio derecho indiano específico contenía un fuerte carácter casuista.²⁸ En efecto, la enorme legislación formulada por el poder político castellano, estuvo inscrita dentro de un orden casuista, cuya finalidad consistía más bien en solucionar un caso o hecho, delimitado en tiempo y circunstancia, que en promulgar leyes generales, aplicables en todo tiempo y espacio.²⁹ Resulta fácil, entonces, comprender el funcionamiento inestable, temporal de la legislación indiana; práctica legislativa cuya validez se encontraba en el ensayo y en el error, y no en la certeza absoluta de principio, como ocurre con el derecho contemporáneo. Cabría preguntarse, entonces, el grado de efectividad que tuvo en las Indias la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680: primer intento de “sistematización” legislativa del derecho indiano, que desconocía realidades particulares y los poderes jurídicos locales en América.³⁰

Sintetizando el carácter casuista indiano, señalemos que la “cosa que acontece” era el punto de partida del fenómeno jurídico. Si el

caso y el *hecho* representaban los sustentadores de la ley y el sostén de toda actividad judicial, ello era posible porque la propia realidad cambiante, procesal, mantenía vivo al mundo de lo jurídico. Variables como tiempo, circunstancia y costumbre, contenido mismo del *hecho social*, adquirían particular atención para la solución jurídica. Si la meta resultaba el establecimiento de un orden justo (en su diversidad) y natural, la mejor forma de alcanzarlo eran las soluciones particulares a los casos concretos. Por el contrario, las reglas generales se concebían como necesariamente imperfectas, ya que lo general sólo era atributo del propio Dios.³¹ Pero destaquemos en este apartado que en el mundo del derecho indiano, la primacía del caso sobre el principio general y la regla fue una característica fundamental hasta la segunda mitad del siglo XVIII. La persistencia del casuismo jurídico en las Indias (es decir la imbricación del derecho con la realidad concreta y singular), parece explicarse a partir de su clara correspondencia (y como respuesta) a la concepción jerárquica-corporativa de la sociedad colonial. En última instancia, el casuismo jurídico indiano expresaba la jerarquía de la sociedad del Nuevo Mundo, cuya diversidad social y política imposibilitaba la aplicación de una norma general y uniforme.³²

Todo lo contrario sucede con nuestro paradigma jurídico contemporáneo. El proceso de sistematización y codificación que sufrió lo jurídico en los dos últimos siglos, elevó al propio derecho, en términos de Grossi, al plano de la *metarrealidad*.³³ Un derecho que se convierte más en objeto de creencia, de mito que de conocimiento de la realidad. Un derecho que nada tiene de casuismo, porque ya no se alimenta de los hechos sociales, de los casos. El derecho contemporáneo, encuentra “su alimento” exclusivamente en el monismo legislativo, de donde salen las soluciones a todos los problemas de organización jurídica. El Estado, sujeto político en su afán de controlar la

²⁷ *Ibidem*, p. 157.

²⁸ Una legislación tendiente a la sistematización y a la abstracción, comenzó a gestarse con fuerza hacia la segunda mitad del siglo XVIII. Sobre toda esta cuestión, TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema...*, *op. cit.*, pp. 319-390.

²⁹ Podría explicarse así la abundante y la permanente renovación de Reales Cédulas, Bandos, Ordenanzas, etcétera.

³⁰ Superando la perspectiva institucionalista, la nueva historiografía jurídica colonial comienza a rechazar la idea de reducir el derecho indiano a la Recopilación o a la legislación peninsular, revalorizando el carácter pluralista del orden jurídico. TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, *op. cit.*, p. 87-92.

³¹ TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema...*, *op. cit.*, pp. 50-57.

³² TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, *op. cit.*, p. 73.

³³ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, *op. cit.*, pp. 40-42. A la vez, el concepto de *metarrealidad* implica la pérdida de lo que TARELLO denominó *realismo jurídico*; es decir, una ciencia del derecho que ya no considera como campo de estudio las doctrinas y las ideologías (jurídicas o no) con base en las cuales los operadores deciden efectivamente. TARELLO, *Cultura jurídica...*, *op. cit.*, p. 31.

sociedad, pretende monopolizar la producción de lo jurídico, sistematizando, codificando, construyendo normas abstractas, generales e indiscutibles. En suma, mito e indiscutibilidad del derecho contemporáneo: dos nociones que expresan la indiferencia hacia el proceso social; pero también conceptos que manifiestan la ruptura definitiva con la costumbre, con la tradición, fuentes que, hasta entonces, eran los pilares del derecho. El orden jurídico contemporáneo, entonces, se convierte en ahistórico, metahistórico.

Vayamos a un caso que nos parece emblemático: la noción de igualdad. La *aequitas* medieval, como vimos, era una igualdad material y sustancial, en la medida que expresaba fielmente el carácter corporativo y jerárquico de la sociedad. Nada tan extraño como la igualdad en la actualidad: un sentido de igualdad individual plenamente jurídica, formal, abstracta; pero, paradójicamente, expresión de sujetos radicalmente desiguales de hecho. Notable falta de correspondencia con los hechos o, como bien dice Grossi, una "burlesca declaración de principios".³⁴

De las fuentes jurídicas pluralistas al monismo legal estatal. Daríamos un panorama incompleto sobre la vinculación histórica entre sociedad y derecho si no hacemos mención al problema de las fuentes del derecho. Cuestión vital si tenemos en cuenta que, las fuentes de derecho son, en última instancia, el "oxígeno" de los ordenamientos jurídicos.

En la sociedad europea medieval convivían en un mismo espacio social diversos planos normativos: el derecho común (identificado básicamente con el derecho romano, aunque reinterpretado), el derecho canónico (derecho espiritual) y los derechos propios. Dentro de estas tres grandes fuentes de derecho, se pueden distinguir, a su vez, otras ramas particulares. En efecto, el propio *ius commune* no era uniforme. En él se pueden distinguir: el derecho mercantil, derechos consuetudinarios, derechos señoriales y derecho real. Por otra parte, dentro de los derechos propios de los reinos, existían campos normativos particulares en relación a los derechos territoriales o corporati-

³⁴ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico...*, op. cit., p. 183.

vos, derechos de las ciudades y derechos consuetudinarios.³⁵ Fuentes jurídicas variadas y distintas que no encontraron su origen en el poder político, sino en otros ámbitos, como en el de la costumbre, en las corporaciones y en el pensamiento de los juristas (en la *jurisprudencia*).

Más aún, la presencia de un *gobierno de territorio*, de un *Estado jurisdiccional* a partir del siglo XIII, no se tradujo en la demolición de la pluralidad. Muy por el contrario, la principal virtud fue su elasticidad que garantizaba la existencia de la multiplicidad de fuentes jurídicas.³⁶ El pluralismo jurídico medieval, por lo tanto, era un derecho *extra estatal*, asentado principalmente en la costumbre, y que no contemplaba la voz del orden político.

La pluralidad jurídica, con su signo *extra estatal*, manifestaba las posibilidades reales de existencia de un *derecho privado*, entendiendo como privado por ser formado en el ámbito de lo privado; es decir, no del poder político, de lo público. Como ya veremos, esta característica se podría extender al derecho plural indiano.

Una última observación sobre la multiplicidad de fuentes jurídicas en el medioevo. Harold Berman ha considerado esta pluralidad como la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental, pero ha señalado que la competencia fue la regla metodológica de aquella coexistencia.³⁷ La noción de competitividad nos parece un poco exagerada, pues al fin de cuentas la convivencia de las fuentes jurídicas se mantuvo en un cierto equilibrio. Equilibrio que era posible a partir de la constelación abierta y flexible de aquellos órdenes jurídicos, puestos a prueba a través de la *auctoritas* de los juristas. El derecho común representó, así, una fuente "potencialmente general" en el ordenamiento jurídico medieval, a partir de su aplicabilidad a todas las situaciones no contempladas por los derechos propios o los particulares.

³⁵ HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., pp. 96-101. Para una detallada caracterización profunda de estos derechos: BERMAN, *La formación de la tradición...*, op. cit.

³⁶ Si bien tendió a la vinculación del derecho y política, el Estado absolutista no logró romper con el pluralismo jurídico. Su ruptura se dio más bien con la Revolución Francesa. FIORAVANTI, "Estado y Constitución...", op. cit., pp. 14-21; MANNORI Y SORDI, "Justicia y administración...", op. cit., pp. 68-69.

³⁷ BERMAN, *La formación de la tradición...*, op. cit., p. 20.

Como es de suponer, la naturaleza pluralista del orden jurídico medieval, se extendió a la realidad indiana. Claro está que esta "prolongación" fue relativa, en la medida que el pluralismo indiano se construyó con una propia especificidad. Los derechos de las comunidades indígenas, el derecho natural, el derecho canónico, el derecho mercantil, el derecho de Castilla (como modelo inspirador), el *ius commune* y, por supuesto, el derecho específico indiano conformaron el marco jurídico general de las Indias.³⁸

Como advertimos en líneas anteriores, el derecho indiano específico representó una de las tantas fuentes y no la única del ordenamiento jurídico indiano. Si bien desde sus orígenes, este derecho indiano fue formulado por la Corona española a través de una gama diversa de legislación, su efectividad resultó relativa a partir de la vigencia de aquellas otras fuentes que se oponían con frecuencia a la legislación promulgada por esa Corona. El derecho indiano específico tenía reducida su vigencia al ámbito de lo público (a lo administrativo), e interactuaba, no sin conflicto, con el resto del entramado jurídico, el cual gozaba de una gran dosis de derecho privado.³⁹ Nos encontramos aquí, con una suerte de tensión entre dos prácticas jurídicas de diferente impronta: un derecho político generado desde España y unas fuentes del derecho fruto de la realidad social indiana; es decir, un conflicto jurídico de competencia entre un derecho público y un derecho privado.

Este fenómeno de pluralidad jurídica tuvo una persistencia notable en las Indias, superando incluso, si bien con menor fuerza, el periodo de emancipación de los países americanos.⁴⁰ Aunque conforme avanzaban los siglos, aquel pluralismo aceptado como un mal necesario por la Corona, fue cediendo terreno al proceso de absoluto control político sobre la creación del derecho; fenómeno claramente visible con la nueva dinastía borbónica del siglo XVIII.

³⁸ A raíz de un derecho real con peso significativo, el derecho señorial no logró trasladarse a América.

³⁹ En México, el entronque con la codificación moderna se dará hacia la segunda mitad del siglo XIX. ARENAL FENOCHIO, Jaime DEL, "El agotamiento de lo *privado* como fuente del derecho en el México del siglo XIX", en CONNAUGHTON, Brian, ILLANES, Carlos y PÉREZ TOLEDO, Sonia (coords.), *Construcción de la legitimidad política en México en el siglo XIX*, UNAM, México, 1999, p. 305.

⁴⁰ TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes...*, op. cit., p. 36.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico indiano presentó una doble cara y que da cuenta de un proceso de transición en la historia jurídica: por un lado, la presencia de elementos jurídicos que nacen de un poder político; pero, por otro lado, la persistencia de un *casuismo* jurídico de componente pluralista.⁴¹ Aunque el conflicto no estuvo ajeno a este encuentro, lejos estamos de pensarlos como contradictorios. Más bien, lo que hubo fue complemento entre estas dos vertientes. Una especie de "alianza", que permitió al derecho político indiano, en primer lugar, asentarse sobre aquella diversidad pero, en segundo término, moldear, hacia mediados del siglo XVIII, la realidad americana. La centralidad de la corona, lejos de negar la diversidad judicial y jurídica de las corporaciones constitutivas en América, y de los derechos de los vasallos, fue garantía de su conservación. Su propio dominio sobre las Indias estuvo sujeto al respeto de aquella pluralidad. En suma, unidad y diversidad constituyen la realidad sociojurídica de las Indias; la segunda noción nos remite a lo que heredó del paradigma medieval, y la primera a los innegables elementos de modernidad jurídica que nos está anticipando.⁴²

Todo el edificio jurídico construido por el pluralismo, fue destruido como consecuencia de lo que Grossi llamó la "absolutización de lo jurídico";⁴³ es decir, del monopolio del derecho por parte del Estado y por el ascenso de la ley, como única fuente legítima de producción jurídica.⁴⁴ La emergencia de la codificación a principios del siglo XIX, del que ya hemos ofrecido algunas reflexiones en las páginas anteriores, no sólo anuló aquella multiplicidad de fuentes que nutrían al derecho (tan característico de lo indiano o medieval), sino que también eliminó la principal facultad de los juristas: la opinión y la interpretación. El Código así se muestra impermeable al desarro-

⁴¹ TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema...*, op. cit., pp. 119-120.

⁴² TRASLOSHEROS, "Orden judicial y herencia medieval...", op. cit., p. 1131.

⁴³ GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado...*, op. cit., pp. 61-75.

⁴⁴ Esto fue posible gracias al iusnaturalismo objetivista del siglo XVIII, que realzó el carácter universal del derecho, la afirmación de los derechos individuales y del principio de legalidad. En efecto, la esencia de la concepción racionalista de la ilustración se ha conservado en la actualidad, y muchos de sus elementos siguen ocupando un lugar central en la actual teoría del derecho. HESPANHA, *Cultura jurídica...*, op. cit., pp. 165-172; GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado...*, op. cit., p. 67.

llo del propio oficio del jurista y lo encadena a una "sagrada" normatividad.

Con el derecho contemporáneo, la diversidad es reemplazada por la unidad-universalidad, rompiendo así con la pluralidad de fuentes. El Código, reducido al ámbito político pero con una aspiración totalizante, conceptualiza y ya no problematiza la vida social. Sin embargo, un aspecto que no se ha destacado mucho sobre las consecuencias de ese "absolutismo jurídico" consistió en transformar todo derecho en derecho oficial (público) o, en otras palabras, en estatulizar el derecho privado, quitándole a la sociedad civil aquel precioso tesoro que era el producir derecho desde sus múltiples fuentes. Esta expropiación llevó a la pérdida de la dimensión colectiva que tienen los ordenamientos jurídicos y canceló los nexos naturales que existen entre el derecho y la sociedad, entre cultura y derecho.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La historia jurídica ha sido totalmente trastornada (y ocultada) por el derecho contemporáneo, cuyo modelo jurídico se fue diagramando con una rapidez notable a partir del siglo XIX. El trabajo ha puesto de manifiesto que los productos históricos de lo jurídico sufrieron una "absolutización" en la conciencia colectiva, y fueron profundamente deformados respecto de su imagen originaria. El término de "mito" con que Grossi definió al orden jurídico de nuestro tiempo, resume todo el esfuerzo emprendido por el poder para opacar toda la riqueza de historicidad de principios, instituciones y figuras que hacen a la misma historia del derecho.

Hemos titulado a nuestro trabajo *Hacia una historia crítica del derecho*, título que denota una misión histórica de todos los que pretendemos recuperar la complejidad, la materialidad, el "desorden" del proceso jurídico, y desmitificar la idea de un desarrollo lineal, simple, nítido con que se lo quiere revestir. La verdad incuestionable de que la ley, y sólo la ley, expresa la voluntad general y, como tal, produce y condiciona toda manifestación de juridicidad aparece así, para el historiador (no sólo de derecho), cargada de vetas ideológicas. En otras palabras, debemos desconfiar de panoramas demasados simples, de esquemas rígidos, de una cultura política que se define como única propietaria del saber jurídico.

Si partimos de que la historia del derecho fue (y será) una historia social en toda su expresión, debemos iniciar el rescate de todo ese rico universo de lo jurídico, sepultado por los intereses particulares de los titulares del poder, quienes han llevado a la ciencia jurídica hacia su "tecnificación" pero, más importante, quienes han convertido al derecho en un servicio de legitimidad "artificial" del sistema político occidental.

Hemos advertido, además, que el derecho, antes de ser poder, norma o sistema de categorías formales fue experiencia, problemática, realidad social, diversidad; es decir, un conjunto de elementos que hacen a la propia dimensión de la vida social. A partir de nuestra realidad inmediata y actual, se necesita recuperar aquellas fuentes de juridicidad, cuya naturaleza se encuentra más allá del Estado y más allá del poder, se necesita recuperarla para la conciencia colectiva social.⁴⁵

La concepción de derecho contemporáneo que hemos sintetizado a lo largo de este trabajo, tuvo una gran cuota de responsabilidad en los hechos dramáticos y oscuros que vivió la civilización en el transcurso del siglo XX. Las problemáticas de hoy que emanan de una realidad social complejísima ponen en evidencia, cada vez con mayor fuerza, la insuficiencia, la artificialidad del paradigma jurídico asentado en el paisaje estatal e interestatal. El Código, por poner un ejemplo, que es una sistematización legislativa de la ley nacional, pero no por eso extensible, se ve superado hoy por un panorama social y político que rebasa las fronteras nacionales.⁴⁶ Es evidente que el Estado no puede abdicar de la fijación jurídica de líneas fundamentales, pero es también claro que el proceso social reclama de un pluralismo jurídico cargado de nuevo contenido real.

Por ello, sería falso quedarse y conformarse con la afirmación elemental de una toma de conciencia de la esencia social del derecho. Nos atrevemos a afirmar que hoy el historiador del derecho tiene ante sí una "misión política": la de redescubrir el vínculo que siempre ha existido entre sociedad y derecho, la de colocar a este último como espejo y reflejo de la sociedad, de abrirse y confrontar con los

⁴⁵ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica...*, op. cit., p. 45.

⁴⁶ CAPPELLINI, "Códigos"..., op. cit., pp. 120-125.

problemas que de ella surjan y la de recuperar el riquísimo “oficio social” que le corresponde al jurista, aunque esto último signifique la “curación de almas de los cultivadores del derecho positivo”.⁴⁷ Creemos que este desafío trastocará no sólo las bases del derecho actual, también obligará al campo político a un profundo rediseño de las vías de su legitimación.

En fin, de colocar nuevamente al derecho en el lugar que siempre le correspondió y en donde encontró su sentido vital.

⁴⁷ GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado...*, op. cit., p. 63.