

ESCRIBIR LA HISTORIA DEL DERECHO, EL DELITO Y EL CASTIGO EN AMÉRICA LATINA ¹

Carlos AGUIRRE y Ricardo D. SALVATORE²

Resumen: Este ensayo articula y pone de manifiesto los cambios que experimentaba, la investigación ligada a la historia del delito y el derecho en las últimas dos décadas del siglo XX, y conceptualiza claramente una escuela o campo de estudios agrupable bajo la etiqueta de la “historia social y cultural del derecho” en la región Latinoamericana. Revela la genealogía intelectual de este campo con sus raíces europeas y norteamericanas, y aísla la especificidad que reviste el estudio de esta materia en América Latina.

Palabras clave: historiografía, historia social y cultural del derecho, América Latina, delito, castigo

Prólogo de la traductora a la presente edición

¿Cuáles son las razones para traducir este texto que tiene más de 15 años de antigüedad?

La motivación inicial fue permitir que los estudiantes de pregrado de una universidad latinoamericana accedieran, superando la barrera idiomática del inglés, a un ensayo historiográfico que entrega una clara explicación de la evolución de la historiografía sobre el delito, el derecho y la justicia en la región, trazando las distintas influencias intelectuales e ideológicas que contribuyeron a modificar las formas de aproximarse a la historia del derecho y las prácticas jurídicas desde el siglo XIX hasta finales del siglo XX. Cuando se publicó, este texto marcó un hito en este campo de estudios, pues iluminó las preguntas de investigación relevantes, la manera en que los hallazgos e interpretaciones desde la historia latinoamericana permiten des-centrar los relatos sobre el derecho y la historia legal contruidos desde el Norte global, así como los dilemas metodológicos propios de la región; por este motivo, resultaba particularmente paradójico que se encontrara disponible únicamente en inglés.

Adicionalmente, destacamos que la mirada conjunta de Aguirre y Salvatore propone una agenda de investigación para lo que era entonces el “futuro”, es decir, nuestro

¹ NdT: Este texto fue publicado originalmente como “Writing the History of Crime, Law, and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore & Carlos Aguirre & Gilbert Joseph (eds.), *Crime and punishment in Latin America law and society since late colonial times*, Duke University Press, Durham, N. C., 2001, p. 1-32.

La *Revista Historia y Justicia* agradece a los autores de este texto, y en especial a su traductora (quien tuvo la feliz iniciativa), el generoso esfuerzo conjunto para ponerlo a disposición de nuestros lectores.

² Carlos Aguirre es Doctor en Historia por la Universidad de Minnesota, y se desempeña como Profesor Titular en el Departamento de Historia de la Universidad de Oregon, Estados Unidos. caguirre@uoregon.edu. Ricardo D. Salvatore es Doctor en Economía por la Universidad de Texas, Austin, y trabaja actualmente como Profesor Plenario del Departamento de Historia en la Universidad Torcuato di Tella, Argentina. rdsalva@utdt.edu.

Los autores quieren agradecer a Marianne González Le Saux por su estupenda traducción, y advertir a los lectores que han transcurrido más de 15 años desde la redacción original de este texto, por lo que algunos juicios aquí emitidos tendrían que ser revisados a la luz de las investigaciones más recientes. En algunos pocos casos se ha actualizado la información bibliográfica sobre algunas referencias citadas.

actual presente, las que pueden orientar también un balance actual: ¿en qué medida se han cumplido o superado las expectativas sobre la potencialidad de la “historia social y cultural del derecho” en América Latina? ¿Se han desarrollado las investigaciones empíricas esperadas o anunciadas, y cuáles han sido sus resultados? ¿De qué manera han venido a corroborar o refutar las intuiciones iniciales o ideas preconcebidas sobre la materia? Y más importante aún: ¿sigue vigente el paradigma de la “historia social y cultural del derecho” tal como fue presentado a principios de la década del 2000? Quienes trabajamos en el campo, ¿nos reconocemos aún en esta descripción, la consideramos adaptada a las problemáticas sociales, jurídicas y políticas actuales, o bien agotada o en vías de agotamiento? Si esto último es el caso, ¿cuáles serían los nuevos lineamientos ideológicos, intelectuales, y metodológicos para su renovación?

Poniendo esta traducción a disposición del público hispanohablante, y haciéndola fácilmente accesible en una revista de acceso abierto, esperamos contribuir a la difusión de este texto a nivel académico y docente en escuelas de derecho, historia, sociología y antropología, entre otras disciplinas, en América Latina y en otros espacios en que se desarrollen investigaciones sobre estas sociedades y temáticas. También, esperamos que ésta sea la ocasión para reavivar el debate sobre el estado actual y las perspectivas de la investigación en el campo de la historia del derecho, la justicia, el delito y el castigo en la región.

“El derecho no es un conjunto limitado de normas, reglas, principios, valores o cualquier otra cosa a partir del que puedan plantearse respuestas legales a una serie de acontecimientos destilados, sino parte de una manera determinada de imaginar lo real”³.

En años recientes, el estudio del derecho, la justicia y otros fenómenos relacionados (el delito, las cárceles, la criminología, los tribunales, el litigio, etc.) han recibido una creciente atención por parte de los académicos de varias disciplinas en el ámbito de los estudios sobre América Latina⁴. Si bien estos esfuerzos provienen de diversas tradiciones metodológicas, teóricas y disciplinarias, todos comparten la convicción de que el derecho y las prácticas jurídicas son elementos cruciales en la formación y el funcionamiento de las sociedades modernas, y por tanto merecen más atención que la que han recibido hasta ahora.

³ Geertz, Clifford, *Conocimiento local: ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Paidós Editores, Barcelona/Buenos Aires, 1994 [1ª edición en inglés, 1983], p. 202.

⁴ Esfuerzos colectivos recientes son por ejemplo el dossier editado por Ricardo D. Salvatore, “Criminal Justice History in Latin America”, número especial de la revista *Crime, History & Societies*, n.º2, vol. 2, 1998; Salvatore, Ricardo D. & Carlos Aguirre, *The Birth of the Penitentiary in Latin America*, University of Texas Press, Austin 1996; Aguirre, Carlos & Robert Buffington (eds.), *Reconstructing Criminality in Latin America*, Scholarly Resources, Wilmington, 2000; Méndez, Juan & Guillermo O’Donnell & Paulo Sergio Pinheiro (eds.), *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1999.

Aproximaciones previas han esencializado el derecho ya sea como una estructura puramente normativa que garantiza el equilibrio social por medio de la aplicación de la “justicia” o como un conjunto de normas producidas por el Estado que reflejan y reproducen el poder de las élites. Estas perspectivas han sido cuestionadas por aproximaciones más matizadas y sofisticadas que entienden el derecho como una arena de lucha ambigua, maleable y escurridiza, cuyos límites y parámetros son a su vez el resultado de disputas y negociaciones. De acuerdo a estas nuevas perspectivas, el derecho produce y reformula la cultura (sistemas de identidad, prácticas y significado), y moldea y es moldeado por procesos más amplios de cambio político, social, económico y cultural. Probablemente la contribución más importante que ha realizado este corpus de estudios es la de separar el derecho de una aproximación jurídica o legalista estricta y reduccionista. Y si bien los historiadores han contribuido de forma importante a realizar esta transformación, ha sido en gran parte el resultado de un esfuerzo multidisciplinario en el que otras disciplinas como los estudios jurídicos, la filosofía política, la antropología, la sociología y los estudios culturales han hecho aportes fructíferos.

En el campo de la historia latinoamericana, esta transformación ha tardado en llegar. Por mucho tiempo la “historia del derecho” fue territorio de abogados e historiadores aficionados, y se encontraba por lo general confinada al estudio institucional y jurídico de los códigos, procedimientos e instituciones. Esta disciplina perdió gradualmente su atractivo entre las nuevas generaciones de historiadores mucho más interesados en la historia social, política y económica, y más recientemente, en la historia de la cultura, la representación y la formación de identidades. El estudio del derecho y las prácticas legales –entendidas de manera estrecha– fue dejado, con pocas excepciones, a los representantes de la historia tradicional, cuando no fue del todo abandonado.

Esta tendencia ha sido revertida en los últimos años. En la última década, el estudio del derecho y las prácticas legales ha venido a ocupar un lugar prominente en los estudios históricos de las sociedades latinoamericanas, abriendo un área fascinante para el análisis. Este territorio novedoso, que resulta de la convergencia de perspectivas y esfuerzos de múltiples sub-disciplinas, promete iluminar un número importante de cuestiones: las dinámicas de cambio social y cultural, la naturaleza del Estado y sus relaciones con la sociedad civil, la formación de culturas jurídicas, la operación de sistemas formales e informales de justicia, la interacción entre sistemas legales occidentales e indígenas, los mecanismos que dan forma y significado a formas socialmente aceptadas de castigo, el rol de los tribunales y el litigio en la disseminación de ideas sobre derechos y ciudadanía, las dinámicas de conflictos de género, raciales, y generacionales, y así sucesivamente.

Este interés renovado en el derecho y los asuntos jurídicos ha producido un número importante de monografías y tesis en diálogo con tendencias contemporáneas en la historiografía internacional, así como con otras disciplinas. Conferencias académicas y paneles sobre cuestiones relacionadas con el derecho, el delito y el castigo han consolidado

este interés creciente, produciendo una masa crítica de valiosos trabajos académicos. Este volumen⁵ ofrece una oportunidad para mostrar una selección de la mejor producción académica sobre la historia del derecho y asuntos relacionados. Esperamos que esta colección ayude a definir mejor los contornos y preocupaciones de esta floreciente área de estudios, y a levantar un conjunto de preguntas sobre el rol del derecho, el delito y el castigo en la historia de América Latina. Pensamos que estas preocupaciones y preguntas podrían prontamente jugar un rol en la configuración de agendas de investigación para nuestra disciplina. Las contribuciones individuales de este volumen hablan por sí solas; sus fundamentos en evidencia archivística pacientemente recopilada; sus hipótesis bien definidas y su argumentación persuasiva, así como su atención tanto al contexto como al texto serán evidentes para el lector. Lo que esta introducción busca realizar, por tanto, es situar estos ensayos, y las agendas de investigación en las cuales se originan, en el marco de las tendencias recientes en la historiografía de América Latina. Adicionalmente, nuestra introducción busca ofrecer una agenda programática para trabajos futuros en las áreas del derecho, el delito y el castigo. Sin embargo, solo al recordar de dónde venimos podemos entender hacia dónde vamos. Por ello, le pedimos al lector que tolere un pequeño desvío en la historiografía del derecho en la región, como una forma de presentar las cuestiones básicas que caracterizan los problemas específicos bajo examen, así como delimitar los contornos de convergencia académica. En la sección final, intentamos identificar futuros derroteros de avance en las investigaciones.

De la historia del derecho a la historia social del derecho

El proceso de consolidación del Estado iniciado en las repúblicas latinoamericanas después de la independencia de los poderes coloniales dependió, en gran medida, de la exitosa implementación de un sistema jurídico universal y efectivo. Aunque numerosas leyes sobrevivieron al periodo de dominación colonial (por ejemplo, Las Siete Partidas, un texto del siglo XIII, y la Recopilación de las Leyes de Indias, dictada en 1680, todavía eran invocadas por tribunales y jueces bien avanzada la segunda mitad del siglo XIX), existía por lo general un esfuerzo consciente por parte de los legisladores republicanos por abandonar o al menos modificar las leyes hispanas en los aspectos concebidos como anacrónicos, bárbaros, injustos o arbitrarios. El derecho indiano, como sabemos, se encontraba fragmentado en distintas jurisdicciones (real, eclesiástica, consuetudinaria, de gentes, natural), sujeto a varias y contradictorias interpretaciones, y cargado con la intolerable aceptación del privilegio. Las leyes hispanas no solamente no estaban racionalmente ordenadas (esto es, codificadas y sujetas a jerarquías), sino que eran también resistentes al principio de universalidad. La importancia atribuida a la costumbre y al uso excesivo de la discrecionalidad de los jueces creaba grandes incertidumbres y heterogeneidad. Naturalmente, este tipo de

⁵ Se refiere al volumen ya mencionado, donde se publicó la versión en inglés de este texto.

leyes no era conducente al experimento de la moderna construcción del Estado. Las nuevas repúblicas hispanoamericanas adscribían en principio a las nociones de soberanía popular, igualdad ante la ley y gobiernos representativos, pero estas nociones eran inconsistentes con el mosaico de legislación heredado de España⁶.

Después de la Independencia, los legisladores adoptaron un abanico de nuevas leyes, códigos y constituciones, pero estos textos fueron generalmente más fáciles de redactar que de aplicar. Si bien la tradición legal hispana siguió influenciando este esfuerzo, muchos textos legislativos fueron (selectivamente) clonados de fuentes europeas (francesas, británicas o estadounidenses, por ejemplo), que eran consideradas el *non plus ultra* de las ciencias jurídicas y el progreso. La preeminencia de los abogados entre los estadistas y legisladores de la post-independencia es una evidencia adicional de que la legislación y la codificación fueron considerados como fundamentales para la exitosa consolidación de las nuevas repúblicas independientes⁷. Sin embargo, el éxito no fue inmediato. En un inicio, los “codificadores” encontraron fuertes resistencias por parte de las mismas elites políticas cuyos valores compartían. Las primeras constituciones fueron prontamente descartadas, reemplazadas por nuevas constituciones o abandonadas como instrumentos del partido político rival. Regímenes caudillistas siguieron dictando decretos, circulares y otro tipo de regulaciones en buena medida reminiscentes de los instrumentos legales coloniales tales como las cédulas, ordenanzas, bandos de buen gobierno, y otros textos similares⁸. Fue únicamente después de 1850, cuando los arreglos constitucionales lograron asentarse y mantenerse, que existió una renovada energía para emprender el trabajo de dictar un corpus legislativo válido para toda la nación. En ese momento, los legisladores tomaron sobre sí la tarea de compilar códigos en el ámbito civil, comercial y penal.

Hacia finales del siglo XIX, ya existía una tradición jurídica relativamente sólida en muchos países latinoamericanos, que se materializó en colegios de abogados, escuelas de derecho, revistas jurídicas e intercambios internacionales. Los abogados procuraron (y eventualmente obtuvieron) reconocimiento estatal y protección para sus privilegios corporativos⁹. Este proceso de consolidación profesional llevó, de forma casi natural, a la

⁶ Para una discusión sobre la complejidad de la legislación colonial, ver Tau Anzoátegui, Víctor, “Órdenes normativos y prácticas socio-jurídicas: la justicia”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina*, vol. 2, Planeta, Buenos Aires, 1999, p. 283-315.

⁷ Sobre los abogados en el temprano periodo de la Independencia, ver especialmente Uribe, Víctor, “Kill all the Lawyers! Lawyers and the Independence Movement in New Granada, 1809-1820”, *The Americas*, vol. 52, n°2, 1995, p. 175-210.

⁸ En Argentina, Juan Domingo Rosas, por ejemplo, insistía que los paisanos (habitantes del campo) debían aprender las normas del país y obedecerlas sin excepciones. Salvatore, Ricardo D., *Wandering Paysanos: State Order and Subaltern Experience in Buenos Aires during the Rosas Era*, Duke University Press, Durham, 2003, cap. 4.

⁹ Sería interesante estudiar el proceso por el cual cada república otorgó a los abogados el derecho exclusivo de representar a los litigantes, prohibiendo (al menos en teoría) a los representantes legales informales. Este proceso

emergencia de un interés por la historia del derecho. La redacción de nuevos códigos y constituciones requirió la recolección de antecedentes legales, y esto involucró a los abogados en una búsqueda por los orígenes. En Argentina, entre las décadas de 1850 y 1860, la publicación especializada *El Judicial* (dirigida a abogados), comenzó a recolectar y publicar algunas piezas raras de la legislación colonial. Estanislao Zeballos, miembro prominente de la Generación de 1880, fundó la *Revista de Derecho, Historia y Letras*, respondiendo a una audiencia que compartía un interés por las tres disciplinas. Se comenzaron a dictar de forma regular cursos de historia del derecho y los primeros libros y tesis que trazaban la historia del derecho en países de América Latina fueron apareciendo en la década de 1870. Hacia el cambio de siglo, las publicaciones de historia legal se multiplicaron¹⁰. Este tipo de actividad legal y académica (escribir la historia del derecho como una secuencia progresiva de códigos y leyes) también tuvo un fuerte componente político, en tanto muchos de estos juristas e historiadores aficionados también estaban interesados en desarrollar instituciones y tradiciones jurídicas sólidas como parte de los esfuerzos estatales para erradicar la anarquía y el caos asociados con el caudillismo. Sin embargo, la intermitente inestabilidad política, así como sucesivas olas de entusiasmo y frustración con la aplicación de las leyes hicieron necesaria —a los ojos de legisladores y juristas— la revisión constante de los códigos y demás instrumentos legales. La profusión y la confusión fueron el resultado inevitable. Una de las virtudes de estos tempranos esfuerzos en escribir la historia del derecho fue precisamente el interés de los autores en ordenar la información, de manera similar a lo que los historiadores contemporáneos realizaban con la historia política de sus países.

Esta aproximación a la historia del derecho continuó hasta bien avanzado el siglo XX. A esas alturas, la mayoría de los historiadores se interesaban por el estudio de las instituciones (como la Iglesia o el ejército), la política (entendida como la lucha de fuerzas en torno a y a través de las instituciones estatales), y los grandes episodios militares como las guerras externas. En este contexto historiográfico, la historia del derecho ocupaba un importante nicho, incluso cuando los cursos universitarios de historia del derecho eran generalmente dictados en las escuelas de derecho y por abogados profesionales. La consolidación de esta tendencia también produjo la constitución de importantes campos de especialización. Por ejemplo, la historia del derecho penal fue desarrollada por criminólogos y penalistas cuyos

no fue ni automático ni rápido, y su estudio podría aportar importantes elementos para comprender diversos aspectos de la formación del Estado.

¹⁰ Ver por ejemplo Alzamora, Román, *Curso de historia del derecho peruano*, Imprenta del Estado, Lima, 1876; Brenes Córdoba, Alberto, *Historia del derecho*, Costa Rica, Tipografía Lehmann, San José, 1913; Arganaraz, Tomás Miguel, *Contribución al estudio de la historia del derecho*, Córdoba, Argentina, 1919; Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, Antigua Librería Robredo, México, 1900; Bunge, Carlos, *Historia del derecho argentino*, Facultad de Derecho y Ciencia Sociales, Buenos Aires, 1912; Vélez, Fernando, *Datos para la historia del derecho nacional*, Imprenta del Departamento, Medellín, 1891.

esfuerzos alcanzaron madurez disciplinaria en la década de 1920¹¹. Asimismo, el surgimiento (oficial y extraoficial) de corrientes indigenistas en países como Perú y México entre las décadas de 1920 y 1940 trajo consigo un interés en lo que a veces se llamaba “derecho indígena” –más propiamente, la historia de la legislación estatal aplicada a los indígenas¹². Los esfuerzos por compilar y sistematizar venían casi siempre acompañados de propuestas para dictar reformas específicas que favorecieran a la población indígena. La necesidad de legislación tutelar que, putativamente, protegería a los indígenas a medida que estos fueran asimilados al Estado nacional, era la mayor preocupación de los indigenistas¹³.

Una tendencia paralela pero distinta se desarrolló desde principios del siglo XX tanto en España como en América Latina: la historia del derecho indiano, esto es, el cuerpo de legislación que gobernó las colonias hispanoamericanas hasta principios del siglo XIX. Ricardo Levene (1885-1959) en Argentina y Rafael Altamira (1866-1951) en España son generalmente reconocidos como los fundadores de este campo de estudio¹⁴. Los historiadores emprendieron la tarea de revisar, resumir y ordenar el inmenso esfuerzo legislativo de España en las Indias. Estudios sobre la legislación colonial en los ámbitos económico, social, laboral, racial y religioso se tornaron abundantes y constituyeron, especialmente hasta las décadas de 1950 y 1960, una rama importante de la historiografía sobre Hispanoamérica colonial. Levene y Altamira tuvieron un número importante de discípulos tanto en España como en América Latina: José María Ots Capdequí y Alfonso García-Gallo en España, Ricardo Zorraquín Becú en Argentina, Bernardino Bravo Lira en Chile, Silvio Zavala y Toribio Esquivel Obregón en México, Guillermo Lohmann Villena en Perú, entre otros. La historia del derecho indiano se transformó en una genuina especialidad dentro de la profesión histórica, e incluso hoy en día sus practicantes publican monografías importantes y organizan conferencias internacionales¹⁵. Los historiadores del derecho indiano

¹¹ El penalista español Luis Jiménez de Asúa, por ejemplo, contribuyó en gran medida a desarrollar este campo en distintas repúblicas latinoamericanas. Entre sus numerosos libros, ver en particular *La legislación penal y la práctica penitenciaria en Suramérica*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1924. Ver también Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, Editorial Cultura, México, 1931.

¹² Svirichich, Atilio, *Derecho indígena peruano*, Ediciones Kuntur, Lima, 1946.

¹³ Ver por ejemplo, Encinas, José Antonio, *Contribución a una legislación tutelar indígena*, Southwell, Lima, 1918. Un perceptivo análisis de esta tendencia en relación a la legislación penal sobre indígenas en Poole, Deborah, “Ciencia, peligrosidad y represión en la criminología indigenista peruana” en Aguirre, Carlos & Charles Walker, *Bandoleros, abigeos y montoneros: Criminalidad y violencia en el Perú, siglos XVIII-XX*, Instituto de Apoyo Agrario, Lima, 1990, p. 335-67.

¹⁴ Ver en particular Altamira, Rafael, *Estudios sobre las fuentes de conocimiento del derecho indiano*, Empresa Nacional de Publicidade, Lisboa, 1900; Levene, Ricardo, *Introducción a la historia del derecho indiano*, Abeledo, V., Buenos Aires, 1924; Altamira, Rafael, *Técnica de investigación en la historia del derecho indiano*, J. Porrúa e Hijos, México, 1939; Ots Capdequí, José María, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1945; Altamira, Rafael, *Manual de investigación de la historia del derecho indiano*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, 1948. Para una síntesis reciente, ver Sánchez Bella, Ismael & Alberto de la Hera & Carlos Díaz Rementería, *Historia del derecho indiano*, MAPFRE, Madrid, 1992.

¹⁵ Para una revisión reciente, ver Tau Anzoátegui, Víctor, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997.

muy pocas veces se alejaban del marco jurídico e institucional para estudiar la historia del derecho español en Hispanoamérica colonial, y algunos adoptaron una postura favorable hacia el dominio español.

Entre la década de 1970 y principios de la década de 1980, floreció un interés renovado en el estudio del derecho y los fenómenos jurídicos en la región, en particular entre los historiadores norteamericanos. Algunos esfuerzos se concentraron en instituciones claves del Estado, intentando comprender los mecanismos utilizados para asegurar la autoridad, legitimidad y control político. Stuart Schwartz analizó el sistema de las altas cortes de justicia en Brasil colonial; Woodrow Borah estudió la institución del “Protector de Indios” en México colonial; Thomas Flory analizó la formación del sistema judicial en Brasil en el siglo XIX; y Colin MacLachlan reconstruyó la historia del Tribunal de la Acordada, una institución penal sui generis en México a finales del periodo colonial¹⁶. Estas no fueron historias tradicionales de las instituciones judiciales, en tanto planteaban preguntas importantes, centradas en la relación entre Estado y sociedad mediada por el derecho. Pero en todos estos trabajos, el interés seguía centrado en instituciones legales y estatales; no prestaban atención a las preguntas levantadas, por ejemplo, por el trabajo de los “nuevos historiadores sociales” de la escuela marxista británica. Por ende, no se enfocaban en el problema del derecho como un teatro de poder, ni buscaban descubrir en los documentos judiciales las voces y tácticas de los grupos subalternos, aquellos hasta entonces abandonados a la “condescendencia de la historia”, como diría E. P. Thompson. La publicación de *Albion’s Fatal Tree* en Inglaterra y de *Roll Jordan, Roll* en Estados Unidos, que habían iniciado una pequeña revolución en la escritura de la historia, habían tenido escasa o nula repercusión en el campo de la historia de América Latina¹⁷.

El interés por investigar el delito como un prisma para comprender la sociedad, como un cofre del tesoro que contenía claves sobre la formación y el conflicto de las clases sociales (como lo creían los nuevos historiadores sociales británicos) seguía siendo excepcional. Los trabajos seminales no fueron seguidos de nuevas investigaciones, y en consecuencia la “historia social del delito” no cobró fuerza en América Latina. Hubo algunas excepciones, como el libro de William Taylor sobre homicidio y rebelión en México colonial y el estudio

¹⁶ Schwartz, Stuart B., *Sovereignty and Society in Colonial Brazil: The High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751*, University of California Press, Berkeley, 1973; Flory, Thomas, *Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871: Social Control and Political Stability in the New State*, University of Texas Press, Austin, 1981; Borah, Woodrow Wilson, *Justice by Insurance the General Indian Court of Colonial Mexico and the Legal Aides of the Half-Real*, University of California Press, Berkeley, 1983; Mac-Lachlan, Collin, *Criminal Justice in Eighteenth-Century Mexico: A Study of the Tribunal de La Acordada*, University of California Press, Berkeley, 1974.

¹⁷ Genovese, Eugene D., *Roll Jordan: The World That the Slaves Made*, Vintage Books, New York, 1976; Hay, Douglas, et al, *Albion’s Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Pantheon, New York, 1975.

de Paul Vanderwood sobre el bandidaje en México decimonónico¹⁸. La influencia de E. P. Thompson y otros proponentes de la historia “desde abajo” se sintió con más fuerza en estudios sobre la esclavitud, las revueltas campesinas y, en particular, la historia del movimiento obrero. Sin embargo, muy pocos historiadores se aventuraron en el estudio del derecho y de las prácticas jurídicas, pues existía un interés arrollador en formas más abiertas de conflicto y cambio social como las rebeliones, revoluciones, huelgas de trabajadores y otros fenómenos similares¹⁹. Y cuando los historiadores prestaban atención al derecho – como por ejemplo el estudio de Steve Stern sobre la litigiosidad indígena en Perú a inicios de la colonia– lo hacían dentro de un enfoque claramente marxista que veía al derecho como una máscara del poder colonial y como un inhibidor de formas más confrontacionales (y supuestamente más efectivas) al poder colonial²⁰.

En el mismo periodo, historiadores urbanos y sociales con un foco cuantitativo desarrollaron una tendencia menos orientada teóricamente. Comenzaron a estudiar el delito en sociedades urbanas como Buenos Aires, Ciudad de México o San Juan, con un interés enfocado en cuantificar el crimen, los perpetradores, arrestos, víctimas, etc. Siguiendo esfuerzos similares en Europa y América del Norte (por historiadores como Eric Monkkonen, entre otros), echaron luces sobre cuestiones como la modernización, la urbanización y el cambio social. Sin embargo, estaban por lo general limitados en su

¹⁸ Taylor, William B., *Drinking, Homicide and Rebellion in Colonial Mexican Villages*, Stanford University Press, Stanford, 1979; Vanderwood, Paul J., *Disorder and Progress: Bandits, Police, and Mexican Development*, Scholarly Resources, Wilmington, 1992, 2ª edición [1ª edición, University of Nebraska Press, Lincoln, 1981].

¹⁹ Aquí solo podemos ofrecer un bosquejo de la mejor producción académica en estas áreas. Sobre las rebeliones y revueltas campesinas existen dos antologías: Stern, Steve J. (ed.), *Resistance, Rebellion, and Consciousness in the Andean Peasant World, 18th to 20th Centuries*, University of Wisconsin Press, Madison, 1987; Katz, Friedrich (ed.), *Riot, Rebellion, and Revolution: Rural Social Conflict in Mexico*, Princeton University Press, Princeton, 1988. Sobre la esclavitud y la agencia de los esclavos, ver Scott, Rebecca J., *Slave Emancipation in Cuba: The Transition to Free Labor, 1860-1899*, Princeton University Press, Princeton, 1985; Paquette, Robert L., *Sugar Is Made with Blood: The Conspiracy of La Escalera and the Conflict between Empires over Slavery in Cuba*, Wesleyan University Press, Middletown, 1988; Reis, João José, *Rebelião escrava no Brasil: A história do levante dos Malês, 1835*, Brasiliense, São Paulo, 1986. Estudios sobre la historia del movimiento obrero incluyen: James, Daniel, *Resistance and Integration: Peronism and the Argentine Working Class, 1946-1976*, Cambridge University Press, New York, 1988; Winn, Peter, *Weavers of Revolution: The Yarur Workers and Chile's Road to Socialism*, Oxford University Press, New York, 1986; Winn, Peter, *Weavers of Revolution: The Yarur Workers and Chile's Road to Socialism*, Oxford University Press, New York, 1986; French, John D., *The Brazilian Workers' ABC: Class Conflict and Alliances in Modern São Paulo*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1992; Viotti da Costa, Emilia, “Experience versus Structures: New Tendencies in the History of Labor and the Working Class in Latin America: What Do We Gain? What Do We Lose?”, *International Labor and Working-Class History*, n°36, 1989, p. 3-24. Más recientemente, John French ha ofrecido un iluminador ejemplo de la confluencia entre la historia laboral y la historia del derecho: French, John, “Drowning in Laws but Starving (for Justice?): Brazilian Labor Law and the Workers' Quest to Realize the Imaginary”, *Political Power and Social Theory*, n°12, 1998, p. 181-218.

²⁰ Stern, Steve J., “The Social Significance of Judicial Institutions in an Exploitative Society: Huamanga, Peru, 1570-1640” en Collier, George, et al (eds.), *The Inca and Aztec States, 1400-1800*, Academic Press, New York, 1982, p. 289-320.

habilidad para iluminar las complejidades del delito en sociedades urbanas, en tanto rara vez se movían más allá de las definiciones legales del delito y del uso de estadísticas para identificar tendencias en la criminalidad y la actividad de la policía. Una vez más, muchas de las preguntas importantes que habían sido propuestas por los historiadores sociales como Thompson o Hay no fueron de interés para estos historiadores²¹. Ciertamente, tomaron prestado de los “nuevos historiadores sociales” británicos la idea que el delito y los registros criminales contenían la clave para examinar el conflicto social, pero las reflexiones de estos últimos sobre el rol del sistema legal en el proceso de formación de las clases sociales no fueron sometidas a escrutinio.

Una veta más fructífera fue el estudio del bandidaje. Aquí, la influencia del trabajo seminal de Eric Hobsbawm estimuló un corto debate sobre la naturaleza social o política del bandidaje latinoamericano. Un conjunto de monografías estudiaron el bandidaje en Brasil, Perú, Cuba, México y otros países, la mayoría de los cuales concluyó que el modelo del “bandido social” no existía o, al menos, era muy excepcional. Más tarde, los historiadores comenzaron a moverse más allá de la estéril dicotomía entre “bandidos sociales” y “bandidos comunes”, buscando conectar el bandidaje con otras formas de luchas rurales como las rebeliones campesinas, el desarrollo de la política nacional y una variedad de formas de la agencia subalterna²².

De la historia social del delito a los estudios jurídicos post-estructuralistas

Diversas tendencias teóricas y disciplinarias que se han desarrollado desde finales de la década de 1970 y principios de la de 1980 se han convertido en importantes fuentes de renovación para la historiografía del derecho y las prácticas jurídicas en América Latina. La historia social del delito y la justicia criminal en Gran Bretaña; la creciente atención a los conceptos gramscianos como hegemonía, bloque histórico y cultura subalterna; el énfasis foucaultiano en el poder, el saber y el cuerpo; el trabajo de los “estudios subalternos” en India y otros lugares; los desarrollos de la antropología jurídica; y el creciente y renovado

²¹ Johnson, Lyman L. (ed.), *The Problem of Order in Changing Societies: Essays on Crime and Policing in Argentina and Uruguay*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1990; Silvestrini, Blanca G., *Violencia y criminalidad en Puerto Rico, 1898-1973: Apuntes para un estudio de historia social*, Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1980; Fausto, Boris, *Crime e cotidiano: A criminalidade em São Paulo, 1880-1924*, Editora Brasiliense, Sao Paulo, 1984.

²² La bibliografía sobre el bandidaje en América Latina es enorme. Algunos trabajos clave incluyen Vanderwood, P. J., *Disorder and Progress*, Op. Cit.; Lewin, Linda, “The Oligarchical Limitations of Social Banditry in Brazil: The Case of the ‘Good’ Thief Antonio Silvino”, *Past and Present*, vol. 82, 1979; Slatta, Richard (ed.), *Bandidos. The Varieties of Latin American Banditry*, Greenwood Press, New York, 1987; Sánchez, Gonzalo & Donny Meertens, *Bandoleros, gamonales y campesinos. El caso de la violencia en Colombia*, Ancora, Bogotá, 1984; Aguirre, C. & C. Walker, *Bandoleros, abigeos y montoneros*, Op. Cit. Una re-evaluación sugerente de esta cuestión en Joseph, Gilbert, “On the Trail of Latin American Bandits: A Reexamination of Peasant Resistance”, *Latin American Research Review*, vol. 25, n°3, 1990. Ver también el debate que le sigue en *Latin American Research Review*, vol. 26, n°1, 1991.

interés en la historia cultural –todos han influido sobre los trabajos realizados en la historia de América Latina en general y el estudio del derecho en particular. La llamada “teoría del conflicto” aplicada al derecho, por ejemplo, ha ofrecido importantes, aunque en cierta medida reduccionistas, aproximaciones al estudio del derecho. Historiadores como E. P. Thompson, Eugene Genovese, Peter Linebaugh y Douglas Hay insistieron en la naturaleza esencialmente conflictiva del derecho, pero por lo general la redujeron a una expresión del conflicto de clases²³. Estos académicos hicieron usos interesantes y creativos de la noción gramsciana de hegemonía²⁴, vinculándola de forma cercana al uso de tácticas legales para ofrecer a los grupos dominados la ficción de un sistema de Estado de Derecho a través de un despliegue muy calculado de clemencia y justicia. Una de las virtudes de esta aproximación fue su insistencia en mirar la operación del derecho desde abajo, tomando en consideración las percepciones, iniciativas y contribuciones de los grupos populares no solamente en la operación sino también en la formulación del derecho.

Otra fuente de renovación provino del revitalizado interés que emergió a mediados de la década de 1970 por el funcionamiento del sistema de justicia criminal, el que ofreció nuevos ángulos desde los cuáles analizar el impacto del derecho y del aparato represivo del Estado en la gente común. Un conjunto de historiadores europeos y norteamericanos revisitaron la historia de las instituciones de encierro y castigo, buscando claves para comprender la naturaleza de las relaciones sociales e ideologías del pasado. Las prisiones, en particular, pero también otras formas de castigo como las ejecuciones públicas, recibieron atención considerable. Autores como David Rothman, Michael Ignatieff, Pieter Spierenburg, Patricia O’Brien, David Garland y Peter Linebaugh realizaron la tarea de desentrañar las diversas racionalidades detrás del uso, abuso, reforma o abandono de ciertas formas de castigo²⁵. Trabajando desde distintos marcos teóricos, estos autores sin embargo compartían la convicción que el castigo es un artefacto socialmente construido, esto es, el producto de un

²³ Thompson, E. P., *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, Pantheon Books, New York, 1975; Linebaugh, Peter, *The London Hanged. Crime and Civil Society in Eighteenth-Century London*, Cambridge University Press, New York, 1992; Genovese, E. D., *Roll Jordan: The World*, Op. Cit.; Hay, D., et al, *Albion’s Fatal Tree*, Op. Cit.

²⁴ Por hegemonía, el pensador marxista italiano se refería a un sistema de dominación en el cual los grupos dominantes lograban obtener la aquiescencia aparentemente voluntaria de los subordinados. Ver Mouffe, Chantal, *Gramsci and Marxist Theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1979, Introducción.

²⁵ Rothman, David J., *The Discovery of the Asylum. Social Order and Disorder in the New Republic*, Little, Brown and Company, Boston, 1971; Ignatieff, Michael, *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution*, Pantheon Books, New York, 1978; Spierenburg, Pieter, *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression*, Cambridge University Press, New York, 1984; Spierenburg, Pieter, *The Prison Experience. Disciplinary Institutions and Their Inmates in Early Modern Europe*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1991; O’Brien, Patricia, *The Promise of Punishment. Prisons in Nineteenth-Century France*, Princeton University Press, Princeton, 1980; Garland, David, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1985; Linebaugh, Peter, *The London Hanged. Crime and Society in the Eighteenth Century*, Penguin Press, London, 1991.

conjunto de circunstancias sociales, políticas, culturales y legales²⁶. Siendo así, el estudio del castigo podría iluminar una variedad de temas que son de interés para los historiadores: por ejemplo, la naturaleza del Estado, los cambios en las sensibilidades culturales, formas y dimensiones del conflicto de clases, la formación de mercados de trabajo y las luchas en torno al disciplinamiento social y laboral, entre otros.

Aunque la obra de Michel Foucault *Vigilar y Castigar* fue traducida al español casi inmediatamente tras su publicación original en Francia, su impacto fue, por un tiempo, casi inexistente entre los historiadores de América Latina. Fue solamente en la década de 1990 que la influencia de Foucault se sintió de manera poderosa y con un alcance mucho más amplio que el ámbito de la historia del castigo. Por ejemplo, varios ensayos en el volumen *The Birth of the Penitentiary in Latin America (El nacimiento de la penitenciaría en América Latina)* abordaban algunos de los temas desarrollados por Foucault: la naturaleza construida del delito, la manera en que las prisiones “fabricaban” la criminalidad, la resonancia del delito y el castigo en la sociedad, las formas capilares en que el poder se desplegaba dentro de las prisiones, etc. Incorporando de manera crítica los conceptos y temas de Foucault, los historiadores de América Latina ciertamente se beneficiaron de su agenda para de-construir la lógica social y cultural tras la formación de las sociedades modernas²⁷.

Simultáneamente, una ruidosa revolución ocurría en los círculos intelectuales europeos y norteamericanos: el giro post-estructuralista. Entre los temas debatidos estaba la desaparición de lo moderno y la emergencia de lo postmoderno o la condición postmoderna, las complejas capas que constituyen la realidad, la muerte del autor, la opacidad y literalidad de la mayoría de los textos, el cuestionamiento de lo escrito como la única realidad sensorial, y la importancia del espectáculo en la vida moderna. Esta renovación trajo una problematización de los “textos” que los historiadores leían y un mayor interés por parte de los historiadores respecto de los métodos de la antropología y la crítica literaria. La falta de una clara dimensión histórica en estas discusiones, sin embargo (a pesar de algunas valiosas excepciones), atrasaba la adopción por los historiadores de estas nuevas herramientas conceptuales y hermenéuticas²⁸. Especialmente entre los historiadores norteamericanos de América Latina, el impacto de las corrientes post-estructuralistas fue limitado y parcial.

²⁶ Sobre esto, ver particularmente Garland, David, *Punishment and Modern Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.

²⁷ Para un valioso esfuerzo en identificar la relevancia de Foucault para los historiadores, ver McGowen, Randall, “Power and Humanity, or Foucault Among Historians” en Jones, Colin & Roy Porter (eds.), *Reassessing Foucault. Power, Medicine, and the Body*, Routledge, London and New York, 1994.

²⁸ Estas excepciones incluyen las siguientes obras: Willentz, Sean, *Chants Democratic: New York City and the Rise of the American Working Class, 1788-1850*, Oxford University Press, New York, 1984; Joyce, Patrick, *Visions of the People: Industrial England and the Question of Class, 1840-1914*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; Baker, Keith M., *Inventing the French Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; Hunt, Lynn, *The Family Romance of the French Revolution*, Routledge, London, 1992; Darnton, Robert, *The Great Cat Massacre*, Allen Lane, London, 1984.

Tres componentes de esta tendencia tuvieron consecuencias importantes para el estudio del derecho y temas afines. Primero, hubo una creciente atención a la cultura. Utilizando fuentes nuevas y conocidas, y claramente influenciados por las nuevas tendencias en la crítica literaria y los estudios culturales (el así llamado “nuevo historicismo”, los estudios americanos, la “nueva” historia cultural francesa y, más recientemente, los estudios subalternos, postcoloniales y culturales), los historiadores han comenzado a mirar a la cultura menos como una “derivación” o “manifestación” de factores estructurales, y más como un espacio de generación de acción social y conceptos –un espacio que en sí mismo es un lugar de contestación y lucha y que al mismo tiempo ilumina y problematiza otras áreas de la existencia. La pregunta de si la “nueva historia cultural” ha sido fructífera todavía es tema debatido²⁹. Con todo, es posible argumentar que hoy en día, en la historiografía latinoamericana, la historia cultural no solo ha llegado a su madurez y ha adquirido legitimidad, sino que además ha tomado un cierto cariz “imperialista”, para tomar prestado el término utilizado por Eric Van Young³⁰.

En segundo lugar, hay un interés renovado en una historia política mucho más contextualizada. Los estudios sobre el Estado, por ejemplo, han tomado una clara postura en considerarlo menos como una “estructura” que ejerce su impacto sobre la “sociedad civil” y más bien como un campo de fuerza, una arena de disputa, en la que tienen relevancia no solo los grupos poderosos sino también los sectores marginados, subordinados y previamente desatendidos³¹. Esta disputa, podemos agregar, está mediada centralmente por el aparato legal. Los estudios sobre la “formación del Estado” que se enfocan en la constitución de un sistema jurídico ofrecen ángulos fascinantes desde los cuales analizar la relación entre Estado y sociedad en perspectiva histórica³². Trabajos recientes han prestado mayor atención al funcionamiento del sistema legal y a la formación (o transformación) de una cultura legal en los sectores populares. Sin embargo, esta no es el único resultado fructífero de la confluencia entre historia legal y política. La formación de núcleos locales de poder (en los cuales se

²⁹ Ver el número especial de *Hispanic American Historical Review* dedicado a discutir la “nueva” historia cultural de México, vol. 79, n°2, 1999.

³⁰ Eric, Van Young, “The New Cultural History Comes to Old Mexico”, *Hispanic American Historical Review*, vol. 79, n°2, 1999, p. 211-247.

³¹ Ver, por ejemplo, Mallon, Florencia, *Peasant and Nation. The Making of Post-Colonial Mexico and Peru*, University of California Press, Berkeley, 1995; Guardino, Peter, *Peasants, Politics, and the Formation of Mexico's National State: Guerrero, 1800-1857*, Stanford University Press, Stanford, 1996; Walker, Charles, *Smoldering Ashes. Cusco and the Creation of Republican Peru, 1780-1840*, Duke University Press, Durham, 1999; Joseph, Gilbert & Daniel Nugent (eds.), *Everyday Forms of State Formation. Revolution and the Negotiation of Rule in Modern Mexico*, Duke University Press, Durham, 1994; Salvatore, R., *Wandering Paysanos*, Ob. Cit.

³² Ver, por ejemplo, Zimmermann, Eduardo, “El poder judicial, la construcción del estado, y el federalismo: Argentina, 1860-1880” en Posada-Carbó, Eduardo (ed.), *In Search of a New Order. Essays on the Politics and Society of Nineteenth-Century Latin America*, Institute of Latin American Studies, London, 1998.

entremezclan el poder judicial, económico y social), las ramificaciones legales de conflictos extendidos entre grupos sociales y las resonancias políticas de ritos legales (como las ejecuciones públicas, por ejemplo), son todas áreas de investigación promisorias, como lo demuestran algunos de los capítulos de esta colección.

En tercer lugar, hay un creciente diálogo entre la antropología y la historia. En la década de 1980, los antropólogos redescubrieron el rol del derecho en la cohesión y el conflicto comunitario, y comenzaron a entender el derecho como un campo de batalla en el cual distintos grupos e individuos compiten unos contra otros en torno a cuestiones como el poder, control, prestigio y significado³³. Nuevos trabajos se enfocaron en el litigio y los procedimientos judiciales como elementos centrales en la formación de culturas jurídicas y la definición de las conductas socialmente admitidas. Formas de argumentación y la comparecencia en juicio, por ejemplo, se transformaron en áreas importantes del análisis antropológico³⁴. Los antropólogos jurídicos también se han interesado en los ordenamientos jurídicos indígenas consuetudinarios y en la interacción entre sistemas jurídicos occidentales y no occidentales. Más recientemente, han revisitado el estudio de la relación entre derecho y colonialismo. En África, por ejemplo, estudios sobre la formación del “derecho consuetudinario” han enfatizado su naturaleza “inventada” como un medio para asegurar la cooptación de los sujetos coloniales. Estos estudios también han subrayado la doble cara del derecho colonial: mientras que por un lado el derecho generó nuevas formas de opresión y control, por otro lado también abrió nuevas arenas de disputa, no solo entre sujetos colonizadores y colonizados, sino también al interior de estos mismos grupos³⁵.

El interés reciente en los estudios subalternos ha probado también ser fructífero en el esfuerzo de repensar la historia del derecho en América Latina³⁶. De la misma forma que intentos previos, especialmente desde el marxismo, de escribir una historia “desde abajo”, los académicos pertenecientes a esta perspectiva han buscado descubrir la experiencia de los sujetos subordinados. Sin embargo, y a diferencia de sus predecesores, los estudios subalternos ofrecen una crítica mucho más consciente de las estrategias de representación desarrolladas no solo por los miembros de las elites, sino también por las comunidades

³³ Ver la importante colección editada por Lazarus-Black, Mindie & Susan F. Hirsch, *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, Routledge, New York, 1994.

³⁴ Merry, Sally E., “Courts as Performances: Domestic Violence Hearings in a Hawai’i Family Court”; y Hirsch, Susan F., “Kadhi’s Courts as Complex Sites of Resistance: The State, Islam, and Gender in Postcolonial Kenya”, ambos en Lazarus-Black, M. & Hirsch, S. F. (eds.), *Contested States*, Ob. Cit.

³⁵ Para una revisión de estos estudios, ver Merry, Sally E., “Law and Colonialism”, *Law and Society Review*, vol. 25, n°4, 1991; Mann, Kristin & Richard Roberts (eds.), *Law in Colonial Africa*, Heinemann, Portsmouth, 1991.

³⁶ Sobre la utilidad de los estudios subalternos para la historiografía latinoamericana, ver especialmente Mallon, Florencia, “The Promise and Dilemma of Subaltern studies: Perspectives from Latin American History”, *American Historical Review*, vol. 99, n°5, 1994; “Subaltern Studies in the Americas”, número especial de *Dispositio/n*, vol. XIX, n°46, 1994 (publicado en 1996); Beverley, John, *Subalternity and Representation. Arguments in Cultural Theory*, Duke University Press, Durham, 1999.

políticas y académicas que pretenden “hablar por” el subalterno. Más aún, quienes practican los estudios subalternos también cuestionan la viabilidad de una “gran narrativa” (incluyendo el marxismo, el estructuralismo, y el nacionalismo en sus variadas formas) que ofrecen agendas abarcadoras para interpretar y para actuar sobre la realidad social. Estas perspectivas recientes ofrecen herramientas provechosas para repensar la relación entre el derecho, la dominación y el poder. Primero, su propia insistencia en encontrar narrativas alternativas y subalternas de lo social fomentan la búsqueda por la voz de los “débiles” en los documentos legales y en los procedimientos y actuaciones jurídicas³⁷. Por otro lado, al poner mayor atención en el lenguaje, la representación y la narrativa, los historiadores se han vuelto más atentos a la importancia que tienen las sutilezas y matices de las prácticas discursivas para explorar el conflicto, el significado y las relaciones de poder. Por tanto, el interés en el discurso jurídico (textos de códigos y tratados, el desarrollo de la criminología, las formas de argumentación y otros) muy probablemente producirá fructíferos resultados en el futuro. Finalmente, el énfasis en la naturaleza multi-dimensional de los procesos de formación y recreación de identidades se traduce en una demanda por una mirada más atenta a las formas y contenidos de las disputas legales esgrimidas por distintos actores (esclavos, mujeres, campesinos, trabajadores e indígenas). Por poner un ejemplo, un sujeto indígena puede querer aparecer como miembro pobre e indigente de la “raza India” en un momento, y en otro, como un miembro de la comunidad nacional que afirma su derecho como ciudadano.

Así, la historiografía de América Latina comenzó a experimentar cambios interesantes en la década de 1980. Desde entonces, ha existido una explosión de estudios históricos en múltiples direcciones: cultura y vida cotidiana, sexualidad, violencia, género, discurso y representación, familia, y así sucesivamente. Algunos estudios importantes sobre la prostitución, por ejemplo, plantearon preguntas sobre la relación entre los poderes regulatorios del Estado, la profesión médica y la construcción de una alteridad subalterna. El trabajo de Foucault sobre la historia de la sexualidad estimuló provechosas investigaciones, involucrando a los historiadores que trabajaban temas de género en cuestiones como el disciplinamiento social, el movimiento higienista y la prostitución³⁸. La influencia de una tercera ola de estudios de la Escuela de los Annales enfocada en las mentalidades, la cultura y

³⁷ Ver, para un ejemplo de esta estrategia, Salvatore, Ricardo, “Stories of Proletarianization in Rural Argentina, 1820-1860”, *Dispositio/n*, vol. XIX, n°46, 1994 (publicado en 1996).

³⁸ Rago, Margaret, *Do cabaré ao lar. A utopia da cidade disciplinar*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1987; Soares, Luis Carlos, *Prostitution in Nineteenth-Century Rio de Janeiro*, Institute of Latin American Studies, London, 1988; Guy, Donna, *Sex and Danger in Buenos Aires*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1991; Caulfield, Sueann, “Getting Into Trouble: Dishonest Women, Modern Girls, and Women-Men in the Conceptual Language of *vida policial*, 1925-1927” en Laslett, Barbara *et al* (eds.), *History and Theory: Feminist Research, Debates, Contestations*, University of Chicago Press, Chicago, 1997; Caulfield, Sueann & Martha de Abreu Esteves, “50 Years of Virginity in Rio de Janeiro: Sexual Politics and Gender Roles in Juridical and Popular Discourse, 1890-1940”, *Luso-Brazilian Review*, vol. 30, n°1, 1993; Engel, Magali, *Meretrizes e doutores: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro, 1840-1890*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1989; Rago, Margareth, *Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo, 1890-1930*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1991.

la vida cotidiana, tuvo influencia en el trabajo de historiadores como Alberto Flores Galindo en Perú y Joao J. Reis en Brasil³⁹. En gran medida, la renovación metodológica de nuestra disciplina ha tenido que ver con el creciente interés en preguntas hasta ahora más apropiadas para la investigación antropológica: identidades grupales, intercambios simbólicos, prácticas rituales y espiritualidad. La interacción entre la historia y la antropología generó estimulantes estudios relacionados con cuestiones como memoria y religión indígena, rituales y tradiciones de los trabajadores, la deconstrucción de ideologías dominantes y otros temas similares⁴⁰. Lamentablemente, el progreso conseguido por la antropología jurídica ha tenido menos impacto en los historiadores de América Latina. El trabajo pionero de Laura Nader ha tenido relativamente poca difusión entre historiadores de la región⁴¹. Trabajos tales como los recientes libros de Charles Cutter y de Susan Kellogg han traído al campo de la historiografía algunas de las preguntas formuladas por Nader y sus colegas⁴². Las comunidades indígenas parecen preferir sistemas de justicia que privilegian la “armonía comunal”, y esto requiere una buena dosis de discreción judicial y una preferencia por la compensación de daños sobre el castigo. ¿Era acaso el sistema judicial colonial más benévolo y acomodaticio respecto de las demandas indígenas y de sus preferencias culturales? Esta es solo una de las importantes preguntas que plantea el reciente trabajo académico que ha emergido de la convergencia entre la historia y la antropología.

La complejidad y la multi-dimensionalidad del derecho

El estudio histórico del derecho, el crimen y el castigo está experimentando una transformación substancial. Ha sido solo a partir de la década de 1990 que un nuevo y aparentemente consistente interés en la historia del derecho y las prácticas jurídicas en América Latina ha dado frutos. Este volumen es, en muchos aspectos, un intento inicial de mapear tanto los logros como las promesas de este campo de estudio. Entre las dimensiones de esta transformación la más importante ha sido la extensión del concepto de “el derecho” en múltiples direcciones. ¿Qué implica esta complejidad y multi-dimensionalidad?

El derecho es un complejo y a veces confuso arreglo de normas de distinta jerarquía y origen que pretenden ordenar las interacciones sociales. El derecho da por sentado un pacto o contrato social, y por tanto, puede ser visto como otro tipo de “comunidad imaginada”. Es

³⁹ Ver por ejemplo Flores Galindo, Alberto, *Buscando un Inca. Identidad y Utopía en los Andes*, Editorial Horizonte, Lima, 1988, 4a edición; Reis, João José, *A morte é uma festa: ritos fúnebres e revolta popular no Brasil do século XIX*, Companhia das Letras, São Paulo, 1991.

⁴⁰ Rappaport, Joanne, *The Politics of Memory: Native Historical Interpretation in the Colombian Andes*, Cambridge University Press, New York, 1990.

⁴¹ Nader, Laura (ed.), *Law in Culture and Society*, Aldine Pub. Co., Chicago, 1969, reimpresso en 1997 por University of California Press.

⁴² Cutter, Charles, *The Legal Culture of Northern New Spain, 1700-1810*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1995; Kellogg, Susan, *Law and the Transformation of Aztec Culture, 1500-1700*, University of Oklahoma Press, Norman, 1995.

un instrumento poderoso de control social designado para moldear los cuerpos y las almas de aquellos que están sujetos a su imperio. Su aplicación moviliza una importante parte del aparato estatal: la policía, el poder judicial, las fuerzas armadas y un conjunto de instituciones penales y asistenciales. Más aún, el derecho contribuye con “razones” para la gobernanza estatal, sirviendo tal vez como el elemento fundamental que otorga legitimidad al gobierno. Por ello, la esfera legal es un “teatro” o foro en el cual tiene lugar de forma continua un trabajo pedagógico, desde el cual emanan mensajes normativos sobre el comportamiento ilícito, el delito y el castigo. En tanto ideología, el derecho asume formas retóricas que tienen un impacto sustancial en el discurso cotidiano, pues el derecho constituye el sistema de referencia al cual las personas apelan en defensa de sus derechos. El derecho no es solo *ley* sino también *derecho*. Como vemos, el derecho es muchas cosas a la vez.

Asimismo, el derecho es una arena de disputa social. Es un terreno en el cual individuos y grupos con distintos intereses, recursos y cuotas de poder se confrontan y tratan de “aprovecharse del sistema” (Hobsbawm) para su propia ventaja. Naturalmente, siempre hay un paso previo: las normas jurídicas deben ser escritas y sancionadas, y este es un proceso (uno que merece mucho más atención que la que ha recibido por parte de los historiadores) en el cual los intereses de las élites y del estado son generalmente preponderantes, aunque no son de forma alguna omnipotentes. El funcionamiento del derecho, como es de esperar, ha reflejado generalmente el persistente poder ejercido por funcionarios públicos, miembros de las clases altas y abogados y juristas profesionales. Sin embargo, afirmar esto es solo el comienzo de la indagación, pues el derecho siempre ha ofrecido resquicios para que el subalterno pueda confrontarlo, evadirlo, manipularlo e incluso beneficiarse del mismo⁴³. Algunas áreas del derecho tienen por cierto mayor probabilidad de ofrecer este camino a los no privilegiados. La litigación en torno a los esclavos o el derecho de familia, por ejemplo, ofrecen a las partes litigantes mayor espacio de maniobra y posibilidades de manipular el derecho que la legislación penal, en la cual uno de los contendientes es por lo general el Estado –representado por fiscales– y donde algunos grupos o individuos son mucho más vulnerables al abuso del derecho por parte de las fuerzas de ejecución del orden como policías o militares. Pero incluso allí, como lo demuestran algunos artículos en esta colección, existe cierto grado de laxitud para que el subalterno pueda desafiar al poderoso o, al menos, intentar poner límites al ejercicio de su dominio.

Nuestro interés en la historia del derecho, por tanto, va mucho más allá de investigar y establecer quién ganó qué y con cuánta frecuencia. El derecho y las prácticas jurídicas ofrecen una ventana única desde la cual explorar no solamente la ejecución (o la violación) de los preceptos legales, sino también la confrontación, apropiación, transformación y diseminación de valores, conceptos, nociones, ideas, imágenes, tácticas sociales y formas de argumentación

⁴³ En las palabras del antropólogo John L. Comaroff, “el derecho puede servir a los que desafían a la autoridad tanto como a quienes la ostentan”. Comaroff, John L., “Foreword” en Lazarus-Black, M. & Hirsch, S. F. (eds.), *Contested States*, Ob. Cit., p. ix-xiii.

cuyo estudio puede ofrecer perspectivas valiosas para nuestra comprensión de toda sociedad⁴⁴. El concepto de “culturas jurídicas” puede ser usado aquí para encapsular todos estos componentes de la actitudes y relaciones de las personas hacia y con el derecho. Quisiéramos enfatizar el plural en el concepto de “culturas jurídicas”, pues existe generalmente más de una “forma distintiva” de “imaginar lo real” –para usar de nuevo la frase de Geertz– en cualquier punto del tiempo y del espacio.

Más aún, lo que un individuo o grupo pueda pensar del derecho está sujeto a formas específicas de apropiación y uso, pues una determinada conciencia jurídica está lejos de ser esencial o inmutable. En otras palabras, las actitudes jurídicas (y por tanto, las acciones jurídicas, argumentos y prácticas) son cambiantes y maleables: el individuo que viola la prohibición legal de beber y manejar puede ferozmente argumentar a favor de una estricta aplicación de la ley cuando sus derechos están siendo abusados. El derecho es por tanto no solo un terreno disputado, sino también un terreno en el cual las formas y la naturaleza de la disputa están sujetas al cambio y a la negociación, y en el cual la percepción de los propios actores respecto de los derechos, la justicia y la legalidad pueden variar⁴⁵.

El derecho en América Latina: ¿Estado de Derecho, desgobierno o ausencia de normas?

De acuerdo a las interpretaciones más difundidas, los países latinoamericanos –con algunas excepciones parciales– no han sido capaces de establecer sistemas jurídicos sólidos, efectivos y universales. El desorden político, la penuria fiscal y la presencia de culturas autoritarias extendidas, según estas interpretaciones, se han combinado históricamente para impedir o desvirtuar el establecimiento de un marco legal confiable y cohesivo. De acuerdo al cientista político Guillermo O’Donnell, un sistema de “Estado de Derecho” (*rule of law*) puede ser definido como un sistema en el cual (como mínimo) “el derecho es aplicado imparcialmente por las instituciones estatales competentes, incluyendo, pero no de forma

⁴⁴ Esta es precisamente el tipo de exploración que se intenta en la valiosa monografía de, Wells, Allen & Gilbert Joseph, *Summer of Discontent, Seasons of Upheaval. Elite Politics and Rural Insurgency in Yucatan, 1876-1915*, Stanford University Press, Stanford, 1996.

⁴⁵ Esta perspectiva cuestiona, en muchos aspectos, la visión del derecho como un mero instrumento de control social. Algunas interpretaciones basadas tanto en teorías marxistas como foucaultianas siguen concibiendo el derecho como, en el primer caso, un arma de la dominación de clase, y en el segundo, como uno de los más importantes instrumentos en la creación de las modernas sociedades “disciplinarias”. Aunque no negaremos que existe amplia evidencia para sostener esas lecturas del derecho, creemos que ofrecen una interpretación reduccionista del rol del derecho en las sociedades modernas. Para una aguda discusión de las visiones marxistas del derecho, ver Corrigan, Philip & Derek Sayer, “How the Law Rules: Variations on Some Themes in Karl Marx”, en Fryer, Bob *et al* (eds.) *Law, State and Society*, Croom Helm, London, 1981. Una iluminadora discusión de las concepciones del poder, el gobierno y el derecho en Foucault en Dean, Mitchell, *Critical and Effective Histories. Foucault’s Methods and Historical Sociology*, Routledge, New York, 1994. Evidentemente, la literatura en ambas cuestiones es abrumadora.

exclusiva, el poder judicial”⁴⁶. Este sistema, de acuerdo a esta interpretación, nunca ha existido en la mayoría de los países de la región, y no existe aún hoy en día, cuando democracias formales han sido establecidas y la existencia de regímenes constitucionales se han transformado en la norma. Esta posición mantiene que el derecho ha sido usualmente, y de forma predominante, arbitrario, y sus efectos han sido usados para consolidar privilegios, modos informales de apropiación, poder y autoridad, así como una variedad de ilegalidades relacionadas. En este escenario, los derechos legales han sido difíciles de afirmar, y la resistencia a la arbitrariedad (generada tanto por el Estado como por sujetos privados) ha sido difíciles de concretar.

De acuerdo a esta perspectiva, si para algo ha servido el derecho en América Latina ha sido como fuente de más injusticias que de justicia, ha sido más frecuentemente manipulado que venerado, y ha creado –en algunos países más que en otros– un escenario de ficción legal que esconde las injusticias del *país real*. Esta situación, por lo pronto, ha afectado no solo las interacciones entre individuos, sino también la relación entre estos y el Estado, y ha servido finalmente como una de las bases para la debilidad de todo el orden constitucional. La falta de tradiciones democráticas en la región estaría estrechamente ligada a este irrespeto por el derecho y su aplicación. Como sostienen Jeremy Adelman y Miguel Centeno, “el Estado de Derecho (*rule of law*), en la medida que ha existido en América Latina, aún enfrenta su desafío fundacional: su incapacidad de ser aplicado de la misma forma sobre quienes dominan y quienes son dominados”⁴⁷.

Esta interpretación debe ser discutida, pues no logra identificar las bases sociales que han nutrido un sistema de injusticias que, paradójicamente, constituiría el único rasgo estable en un entorno social más bien inestable. Además, esta visión insiste en evaluar los casos latinoamericanos en relación a un cierto tipo ideal de situación (la perfecta igualdad ante la ley) que nunca ha existido y probablemente nunca existirá. En lugar de un inalcanzable sistema de Estado de Derecho preferiríamos referirnos a regímenes que alcanzan (o no alcanzan) la hegemonía del derecho, esto es, un régimen político o institucional en el cual una porción sustancial de los litigantes y las personas sometidas a procesos legales comprende y cumple con los procedimientos y las instituciones designadas por los legisladores y los jueces. En un sentido más estricto, podríamos agregar una segunda condición: el que las personas valoren el ejercicio de sus derechos y el orden jurídico como un componente de su identidad

⁴⁶ O’Donnell explica también que “Por aplicación ‘imparcial’ quiero decir que la aplicación administrativa o judicial de las reglas legales es consistente en distintos casos equivalentes, es realizada sin tomar en consideración la clase, estatus o poder diferencial de los participantes en tales procesos, y que utiliza procedimientos que están preestablecidos y son accesibles”. O’Donnell, Guillermo, “Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusion” en Méndez, J. & O’Donnell, G. & Pinheiro, P. S. (eds.), *The (Un)Rule of Law*, Ob. Cit., p. 307-308.

⁴⁷ Adelman, Jeremy & Miguel Angel Centeno, “Between Liberalism and Neo-Liberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, manuscrito inédito, p. 12.

social y cívica. Bajo esta definición, el poder de las normas jurídicas para definir el orden social y la posición de las personas respecto al mismo prevalece sobre otros criterios institucionales formales.

Sugeriríamos que la naturaleza arbitraria de los sistemas jurídicos en América Latina ha contribuido a (y ha estado marcado por) un tipo de cultura jurídica que atribuye al derecho más elasticidad que la que debiera tener. En este sentido, es posible ver un grado de continuidad con el sistema jurídico colonial. Un grado excesivo de discreción judicial y una impresionante complejidad en el orden jurídico facilitaba la negociación de las relaciones de poder y del patronazgo en la esfera de la justicia. Más aún, si hemos de aceptar las conclusiones de los últimos trabajos sobre este tema, este sistema disfrutaba de un grado importante de legitimidad entre los grupos no privilegiados, incluyendo a los pueblos de indios, los mestizos y las clases bajas. No estamos sugiriendo que la arbitrariedad siempre ayudaba a los no privilegiados: todo lo contrario. Simplemente argumentamos que en virtud de su propia arbitrariedad (que incluía una buena dosis de corrupción), generalmente el sistema jurídico de América Latina ha creado un mayor sentido de optimismo entre los sectores populares y marginados respecto al resultado esperado de los procedimientos legales, considerando la forma de fallar de las cortes y tribunales. Investigaciones futuras nos acercarán a comprender mejor este proceso⁴⁸.

Nuestra propuesta de estudiar el derecho en sus múltiples dimensiones y de comprenderlo como un terreno de disputa es por tanto aún más relevante en el contexto latinoamericano, pues esta disputa tiene lugar en una arena altamente mutable, una arena en la cual las reglas del juego están ellas mismas sujetas a negociación, disputa, manipulación y corrupción. Esto no transforma la situación en una confrontación de carácter más democrático, pero sí en una competencia en la cual otros medios (informales, ilegales, subjetivos, monetarios) son más centrales que lo que habrían sido en un sistema de Estado de Derecho más consolidado. Además, es mucho más probable que el tipo de escenario que hemos descrito exista en áreas remotas, provinciales y rurales. Allí, como varios estudiosos han demostrado, los designios de la autoridad estatal central son aún más difíciles de ejecutar. En términos generales, los jueces de paz y otras autoridades judiciales locales han sido menos poderosos y más permeables (al menos en la percepción del litigante) que sus contrapartes en las ciudades más grandes⁴⁹.

⁴⁸ Con todo, vale la pena enfatizar que una visión como ésta permitirá superar nociones que siempre atribuyen a las víctimas de la arbitrariedad legal una suerte de terca estupidez, en tanto siguen creyendo que la justicia eventualmente llegará.

⁴⁹ Existe una diferencia crítica entre la cantidad y la naturaleza del poder que posee, por ejemplo, un magistrado de Lima o Ciudad de México en el siglo XIX, y un juez de paz en una aldea remota de los Andes. Reglas muy distintas se aplicarían en cada caso. Como lo sugiere Joanna Drzewieniecki para los casos de los jueces en pueblos andinos del Perú, “aunque eran claramente representantes del sistema de dominación y parte de su legitimidad reposaba en el hecho que tenían el poder, aún así los jueces debían en cierta medida complacer a los campesinos si querían que estos continuaran proveyéndoles de una fuente de ingreso y si los niveles cotidianos de tensión iban a ser

La ejecución de las leyes y la hegemonía del sistema jurídico (como algo distinto del Estado de Derecho) ha variado históricamente de acuerdo a los regímenes políticos. Algunos regímenes han sido más proclives que otros a diseminar una pedagogía jurídica. Y algunos regímenes, más que otros, han permitido que el poder judicial establezca sus propias reglas, procedimientos y tradiciones. Por tanto, a lo largo de la historia los sujetos subalternos en América Latina han lidiado con una variedad de sistemas de justicia, cuestionamientos sobre el derecho, y distintos grados de coacción en la aplicación del derecho. Igualmente importante es subrayar que el cumplimiento de las leyes ha estado directamente relacionado con la centralización o descentralización de la autoridad gubernamental. A lo largo del tiempo, el grado de arbitrariedad del sistema judicial ha variado considerablemente: diferentes regímenes gubernamentales (caudillismo, constitucionalismo liberal elitista, regímenes liberales oligárquicos, populismos) han influenciado los procedimientos y las formas del sistema de justicia en formas que los historiadores aún necesitan determinar. Este grado de arbitrariedad y discreción ha aumentado, más que disminuido, con la consolidación de estados modernos guiados por tecnologías médico-legales positivistas de disciplinamiento social. Nuevas investigaciones podrán ayudarnos a identificar estas distintas situaciones y trazar las grandes tendencias en la evolución de la justicia.

¿Se han convertido los países latinoamericanos en sociedades disciplinarias? Sí y no. La formación de una sociedad disciplinaria, con sus redes institucionales de prisiones, hospitales, asilos y escuelas, ha alcanzado en América Latina un notable desarrollo. Y, juzgando por el aumento en la población carcelaria, ha existido una tendencia hacia una mayor exposición a este tipo de modernidad coercitiva. Sin embargo, al mismo tiempo, la larga experiencia de la región con regímenes republicanos de gobierno (operando a veces a medias, si se quiere), ha expuesto a amplios sectores de la población a las fuerzas del Estado con sus argumentos legales y sus mecanismos extralegales de persuasión. El terreno jurídico (como una arena de disputa) se ha expandido y contraído a través de la historia, ofreciendo a los subalternos una experiencia de aprendizaje respecto de los contrastes entre las promesas de la modernidad jurídica y las realidades de una sociedad dividida por clase, género y etnicidad. La esfera Habermasiana de los derechos coexiste con la maquinaria disciplinaria Foucaultiana, produciendo interacciones y subjetividades que son complejas, ambivalentes y cambiantes, y que los historiadores solo ahora comienzan a comprender.

Hacia una nueva historia social y cultural del derecho

El estudio del derecho y de los fenómenos jurídicos en América Latina está por tanto alcanzando un momento fascinante. Numerosas publicaciones, paneles y conferencias son testimonio del desarrollo vigoroso de este campo de estudio. Intentamos someter a escrutinio

mantenidos dentro de un nivel aceptable”. Ver Drzewieniecki, Joanna, “Indigenous Peoples, Law, and Politics in Peru”, ponencia presentada en la Conferencia de LASA, Washington D. C., 28 al 30 de septiembre de 1995, p. 13.

y explorar el potencial de esta nueva ola de interés académico en una conferencia internacional organizada en la Universidad de Yale en abril de 1997. Treinta académicos, en su mayoría historiadores, se reunieron por tres días para discutir 23 ponencias, una selección de los cuales se incluye en este volumen. Las discusiones que tuvieron lugar durante la conferencia se enriquecieron en gran medida con las contribuciones que fueron luego revisadas por los autores. Los productos resultantes se ofrecen aquí, organizados en torno a tres grandes temas.

La primera sección “Mediaciones legales: Estado, sociedad y la naturaleza conflictiva del derecho y la justicia” incluye cuatro ensayos que exploran el derecho como un mediador del conflicto social y como un agente esencial de la construcción del Estado. La operación del sistema jurídico aparece aquí como un escenario dinámico maleable y conflictivo, en el cual fuerzas en competencia –el Estado, las elites, grupos de interés, los subalternos– se esfuerzan por avanzar sus propias agendas. Enfocándose en los indígenas del Cuzco en el siglo XVIII que disputaban las intrusiones estatales en sus asuntos locales (Charles Walker), los trabajadores de la caña de azúcar que negociaban sus derechos con el Estado Novo en Brasil (Luis González), las mujeres de Caracas en el siglo XIX que confrontaban nuevas regulaciones estatales en el ámbito de la familia y las relaciones de género (Arlene Díaz), o los agricultores disputando el poder rural en la provincia de Buenos Aires a principios del siglo XX (Juan Manuel Palacio), estos artículos iluminan aspectos cruciales de la historia política, cultural y social de sus regiones, al estudiar cómo diversos actores se relacionan unos con otros a través del sistema jurídico. Estos ensayos demuestran la riqueza y la utilidad de las fuentes legales, la atención que debe darse a la litigación como un componente importante en las estrategias políticas de actores sociales diversos, y la importancia de analizar las esferas de poder que rodean cada una de las batallas legales.

La segunda sección “La construcción social y cultural del delito” reúne ensayos que buscan de-construir la naturaleza social y cultural (en oposición a su estricto carácter legal o jurídico) del delito. Anclados firmemente en los desarrollos más innovadores de la historia cultural, estos ensayos exploran las intersecciones, intercambios, resonancias y mutuos préstamos que ocurren entre distintas formas de discurso, con el objeto de producir fenómenos sociales que pueden ser considerados como criminales. Los ensayos de esta sección demuestran claramente la naturaleza esencialmente multifacética del delito, las visiones conflictivas que moldean y son moldeadas por éste, y las maneras creativas en las que estas visiones son al mismo tiempo reproducidas y desafiadas. Pablo Piccato utiliza el personaje del ratero para explorar las visiones conflictivas sobre las clases populares en la Ciudad de México de principios de siglo XX. Dain Borges rastrea las distintas imágenes de sanación religiosa en documentos legales, médicos y literarios de Brasil en el cambio de siglo XX. Cristina Rivera-Garza usa el caso de las prostitutas de Ciudad de México para explorar el tratamiento estatal y médico dado al cuerpo y a la higiene social a finales del siglo XIX. Finalmente, Kristin Ruggiero examina cómo la “pasión” era utilizada en los argumentos

esgrimidos en los tribunales del crimen a principios del siglo XX en Buenos Aires. Tomados en su conjunto, y alejándose claramente de aproximaciones previas sobre el estudio del delito, estos ensayos avanzan nuestra comprensión de las ramificaciones culturales de fenómenos sociales que, muy lejos de ser un mero evento legal, están claramente inmersos en complejas redes de significado, y crean e irradian símbolos, imágenes y otras formas culturales.

Los ensayos de la tercera y última sección, “Significados conflictivos del castigo”, ofrecen una perspectiva valiosa sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal, en un esfuerzo por develar las implicancias culturales, políticas y sociales de distintas formas de castigo. Como lo ha sugerido David Garland, entre muchos otros, el castigo es una suerte de artefacto que necesita ser analizado en sus múltiples significados y roles. De acuerdo a este marco conceptual, estos ensayos proveen nuevos ángulos desde los cuales comprender la naturaleza, rol, representación y efectos de las distintas formas de castigo. Una vez más, y lejos de considerar el castigo como un mero fenómeno jurídico, o como el inevitable resultado del apetito de control social de las elites políticas y sociales, estos ensayos adoptan una perspectiva mucho más contextualizada que nos ayuda a situar el castigo en sus coordenadas sociales, políticas y culturales. Carlos Aguirre y Lila Caimari intentan recuperar las voces y visiones de los presos respecto del encarcelamiento y la libertad, respectivamente, una perspectiva generalmente ausente en las historias convencionales del encierro. Donna Guy ofrece un análisis detallado de la racionalidad que subyace a las instituciones correccionales para menores en Buenos Aires. Diana Paton explora los ingredientes políticos y sociales del castigo en Jamaica después de la abolición de la esclavitud, y Ricardo Salvatore estudia la pena de muerte como una herramienta pedagógica utilizada por el Estado argentino para infundir ciertos valores sociales y culturales a la población.

Las conclusiones escritas por el renombrado historiador social Douglas Hay ofrecen una valiosa evaluación de este conjunto de ensayos desde una amplia perspectiva comparada. Los comentarios de Hay proponen diversas interrogantes, sugieren derroteros para la investigación futura, y subrayan las especificidades de los casos latinoamericanos y sus aspectos comunes con otras regiones del mundo.

Una agenda para la investigación futura

El florecimiento de esta nueva aproximación al estudio del derecho y a los fenómenos jurídicos, en el contexto de América Latina, abre un conjunto de posibilidades para la investigación futura que promete enriquecer varios debates multidisciplinarios en curso.

En su comentario Douglas Hay nota con razón la falta de atención de los historiadores del derecho de América Latina a la cuestión de la “justicia popular”⁵⁰. La construcción de un

⁵⁰ Douglas Hay usa este concepto de manera distinta a quienes lo identifican con linchamientos y otras formas de violencia por parte de grupos informales de auto-defensa. Para Hay, “justicia popular” se refiere a la manera cómo los grupos subalternos entienden las normas y prácticas de los sistemas judiciales.

orden moral centrado en la costumbre, la apropiación y adaptación del derecho estatal por agentes populares o subalternos, y la comprensión derivada de un extendido contacto con las autoridades legales parecen haber escapado a la investigación, reflexión y debate histórico. Esto no es solo porque, como menciona Hay, América Latina pertenece al otro lado de la gran división que separa al *Common Law* de la tradición continental. Creemos que la pregunta por la (o las) cultura(s) jurídica(s) popular(es) debería ser central al análisis de la historia social del derecho en América Latina. Lamentablemente, muy pocos autores han dirigido sus investigaciones en esta dirección. Existen algunos trabajos recientes sobre la forma en que poblaciones indígenas utilizaron el sistema jurídico colonial, pero estos han seguido limitados a las viejas discusiones sobre la relativa benevolencia o crueldad del colonialismo español.

La transición de la colonia a la independencia presenta un interesante dilema que resolver. El nuevo liderazgo patriota construyó una nueva capa de leyes (derecho patrio) encima de un edificio legal que no se molestaron en derribar: el derecho indiano. Esto creó ambigüedad, incertidumbre y una buena dosis de discrecionalidad judicial. ¿Cómo fue que los sujetos subalternos experimentaron esa transición? ¿Reclamaron “derechos” contemplados en la antigua legislación? ¿Opusieron nuevos decretos, ordenanzas y leyes basadas en el conocimiento y comprensión de las leyes coloniales? ¿Cómo la abolición del “privilegio” y el declive de los fueros militares y eclesiásticos afectó las posibilidades de los sujetos subalternos de obtener justicia? ¿Se ensanchó la distancia entre “lo popular” y “lo legal” con la consolidación de los estados nacionales? Antes de que generalicemos de manera imprudente sobre cuán atrasadas e “ilegales” eran las comprensiones populares de la justicia en la región, debemos escudriñar toneladas de materiales archivísticos para realmente comenzar a comprender la relación entre las culturas jurídicas *estatales* y *populares*. Quizás la superimposición de las legislaciones colonial y post-independentista abrió nuevas oportunidades para los sujetos subalternos. O quizás ocurrió lo contrario, en la medida en que los jueces adquirían crecientes poderes discrecionales que terminaban por denegar derechos previamente reconocidos a los subalternos.

No puede negarse que nuestra colección aborda en mayor medida la *cultura jurídica estatal* que las comprensiones y usos populares del derecho. Pero existe una razón para ello: nuestro entendimiento de los procedimientos, argumentos y comprensiones utilizados por el sistema judicial es todavía fuertemente inadecuado. Solo hemos comenzado a hacernos preguntas bastante básicas sobre la formación de este sistema judicial, por ejemplo: sus prerrequisitos y antecedentes, la educación de los abogados, las tensiones entre reformadores y tradicionalistas, el rol que los abogados y los jueces jugaron en la consolidación de Estados-Nación centralizados, y así sucesivamente⁵¹. La importancia de la revolución positivista en el sistema legal (no solo en el sistema penal y criminal) todavía requiere ser abordada. Antes de

⁵¹ Ver el trabajo de Víctor Uribe y Eduardo Zimmerman ya citado. Ver también De Trazegnies, Fernando, *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980.

que comencemos a hacernos preguntas sobre la cultura jurídica de los agentes subalternos, vale la pena examinar qué ocurrió con el derecho estatutario, cómo los jueces lo interpretaron, y cómo los grandes procesos de la historia latinoamericana (por ejemplo la fragmentación de la soberanía política post-independencia, la sustitución de los cabildos por jueces de paz, la pérdida de la autonomía de las cortes de apelación, las luchas por la supremacía constitucional y la dramática centralización de la autoridad estatal a finales del siglo XIX) afectaron la relación dinámica entre Estado y sociedad.

Más aún, necesitamos separar las actividades, tácticas y comprensiones de los sujetos que buscaban justicia del intrincado funcionamiento del sistema judicial, de los poderes discrecionales de sus autoridades y de la regularidad con la que impusieron el peso del derecho sobre los débiles y no sobre los poderosos. Ambos aspectos de la cuestión requieren ser abordados separadamente, aunque los agentes populares y las élites hayan interactuado. En otras palabras, nuestra comprensión de las culturas jurídicas debe ser conectada con, y comprendida en relación a, las interacciones de los agentes populares con el Estado en general y con el sistema de justicia en particular. En este sentido, una pregunta crucial apunta al rol pedagógico del derecho. ¿En qué medida el derecho ha constituido un problema, obstinadamente impuesto sobre la cabeza de los subalternos? Los colegios de abogados, los diarios, los folletines sindicales y otras asociaciones civiles, ¿diseminaron conceptos legales en la población? ¿Han servido nuestros tribunales como teatros de autoridad en los cuales los poderosos podían dar lecciones a los débiles sobre la necesidad de una conducta moral y legal? ¿Cuánto conocían los sectores populares las distintas fases de un proceso civil o criminal? La recepción, comprensión, diseminación, y modificación de los conceptos jurídicos en la cultura popular es una tarea pendiente para los historiadores del derecho de América Latina.

Otro problema que requiere ser abordado se refiere al declive a través del tiempo de los fueros corporativos. La consolidación de una autoridad estatal centralizada y secular fue afirmada sobre el desmantelamiento de estos privilegios corporativos que eran más afines a la sociedad estamental colonial. ¿Cuál fue el efecto de esta reforma crucial en el sistema jurídico y en los procedimientos de las naciones independientes de América Latina? ¿Cómo el saber-hacer jurídico de los tribunales eclesiásticos, militares y mercantiles influenció la formación de los modernos tribunales civiles y criminales⁵²? Si el periodo de las guerras civiles fue dominado por la política y estrategia militar, ¿es correcto afirmar que el derecho militar dominó los procedimientos y las lógicas del sistema de justicia? De lo contrario, ¿cómo pudieron las autoridades judiciales alcanzar el grado de independencia y autonomía

⁵² Como ha sugerido Douglas Hay, necesitamos investigar no solamente el funcionamiento del sistema de justicia criminal, sino toda la maquinaria de justicia, con sus distintas jurisdicciones y capas superpuestas. Es en la complejidad de este sistema de múltiples niveles que se generan la ambivalencia, las contradicciones y a veces la crueldad burocrática que las personas experimentan en sus interacciones con las autoridades legales.

necesarios para aplicar importantes estatutos y reglamentos, en contra de los intereses de las autoridades militares? Quienes consideran que hasta hoy en América Latina la existencia de un poder judicial independiente ha sido un objetivo elusivo, tienen razones para dudar que haya existido en el pasado. Pero es razonable presentar la hipótesis de que en el periodo post-independencia, el poder judicial adquirió gradualmente una cierta autonomía de las tres grandes corporaciones del periodo colonial (la Iglesia, los militares y los gremios mercantiles).

También debiéramos recordar que el actual funcionamiento de un determinado sistema jurídico no está nunca circunscrito a una ejecución directa y unidireccional de las normas jurídicas, ni se limita a los encuentros cara a cara entre litigantes, jueces y abogados. En el primer caso, es necesario analizar la multitud de formas en las cuales el derecho escrito es interpretado, argumentado y utilizado, así como las tácticas retóricas e incluso teatrales utilizadas por muchos actores involucrados. Aquí, necesitamos aprender más de los antropólogos jurídicos que por mucho tiempo han comprendido la importancia de mirar a los tribunales como escenarios de “*performances*” o representaciones. Aunque la limitación de las fuentes puede dificultar los esfuerzos del historiador en de-construir estas estrategias, una lectura más creativa y sutil de los registros archivísticos puede arrojar observaciones interesantes. En el segundo caso, necesitamos prestar atención a lo que Gil Joseph llamó “lubricadores legales”, esto es, el conjunto de “expertos” jurídicos (abogados informales llamados tinterillos en algunos países, líderes comunitarios, intermediarios del poder local, funcionarios judiciales y similares) que han jugado (y ciertamente siguen jugando) un rol central en facilitar a importantes sectores de la población el acceso al sistema jurídico⁵³. Una mirada más cercana de estos agentes mediadores ciertamente afinará nuestra comprensión de cómo se construyeron los sistemas jurídicos nacionales y cómo fueron efectivamente implementados a través de América Latina, cómo diferentes grupos de actores (sectores bajos urbanos o campesinos, por ejemplo) establecieron contacto con códigos, jueces y tribunales, y cómo fueron diseminados ciertos aspectos de una determinada cultura jurídica.

Esto se conecta con la cuestión del acceso a la justicia por parte de los sectores populares, que Douglas Hay sugiere en su comentario. En el contexto de la historia latinoamericana, estudiar dicho problema significa investigar las dificultades que el lenguaje jurídico presentaba a los subalternos y la posible apropiación y uso que hicieron de él⁵⁴. Debemos

⁵³ El comentario de Gil Joseph provino de las discusiones durante la conferencia antes mencionada, “The Contested Terrains of Law, Crime, and Punishment in Latin American History”, Yale University, 1997. Un fascinante tratamiento de este tema para el caso de China en Macauley, Melissa, *Social Power and Legal Culture. Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford University Press, Stanford, 1998. Ver también Aguirre, Carlos, “Tinterillos, Indians, and the State: Towards a History of Legal Intermediaries in Post-Independence Peru” en Kirmse, Stefan B. (ed.), *One Law for All? Western Models and Local Practices in (Post-) Imperial Contexts*, Campus Verlag, Frankfurt, 2012, p. 119-151.

⁵⁴ Acá, nuevamente la figura del tinterillo como un traductor clave del léxico jurídico a los sujetos subalternos toma crucial relevancia.

brindar especial atención a los resultados prácticos que consiguieron las personas que acudían a un representante privado y compararlos con aquellos obtenidos por quienes recurrían al Defensor de Pobres. La racionalidad de las tácticas jurídicas de los subalternos (o la falta de ella) depende de la respuesta que demos a esta pregunta. Que la “justicia” fuera o se convirtiera en más accesible se relaciona con las efectivas intervenciones y resultados producidos por estos agentes legales estatales, así como por la asesoría y estímulo dado por los tinterillos a quienes quisieran litigar. Otro aspecto de esta pregunta se relaciona con la habilidad de quienes testificaban a favor de los subalternos cuando presentaban su testimonio en el tribunal. Este aspecto crucial no ha sido suficientemente investigado. ¿Hubo acaso limitaciones para que las mujeres, personas de origen africano, esclavos, niños o dementes pudieran testificar en juicio? ¿Produjo la Independencia y, de forma más general, la formación del Estado nacional, un cambio importante en los derechos de los testigos?

Un asunto que merece especial atención es la situación de las mujeres frente al derecho en los distintos países de la región, así como su evolución en el tiempo. Ciertamente, la promulgación de códigos civiles en la segunda mitad del siglo XIX puso a las mujeres en situaciones de estricta subordinación legal respecto a los hombres. Mientras estuvieran casadas dejaban de ser tratadas como “personas capaces” y adquirían una condición jurídica similar a la de los niños. Lo mismo puede decirse respecto de los códigos penales adaptados a finales del siglo XIX. Estos estatutos hicieron a las mujeres explícitamente “irresponsables” de muchos delitos debido, supuestamente, a su estructura de personalidad “naturalmente emotiva”. Pero ¿qué ocurrió en el tiempo intermedio? ¿Cuál fue la condición jurídica de las mujeres entre finales del periodo colonial y el inicio del periodo nacional? ¿Cómo abordaron las primeras constituciones postcoloniales la cuestión de las mujeres? ¿Se les negó “personalidad jurídica” y representación legal? ¿Acaso –como lo sugiere Arlene Díaz– lograron las mujeres explotar los vacíos legales y la desordenada legislación para sostener sus propios derechos sociales y económicos dentro de la institución del matrimonio después de la Independencia? ¿Acaso las leyes de herencia provenientes de la tradición jurídica hispánica facilitó que las mujeres adquirieran y administraran propiedad en comparación con los países de la tradición del *Common Law*⁵⁵? Este periodo de transición (1810-1860) –antes del avance de la codificación, la criminología positivista, el movimiento higienista, la consolidación de los estados nacionales y los proyectos de “progreso”– parecen ser cruciales para comprender el encuentro entre las mujeres y el derecho estatal y, por tanto, debiera convertirse en una prioridad de nuestras agendas de investigación.

⁵⁵ La aserción de Díaz según la cual las mujeres venezolanas de clase media hacia mediados del siglo XIX habían incorporado la retórica del liberalismo y argumentaban a favor de sus derechos en términos de ciudadanía debería desafiar a los historiadores sociales del periodo. Si este discurso y patrón de comportamiento fueron generalizados, querría decir que las mujeres en América Latina en el siglo XIX estaban algo adelantadas respecto de sus contemporáneas en Europa y Estados Unidos que abogaban por los derechos de las mujeres, ya que de hecho habrían estado reclamando su ciudadanía en los tribunales.

Otra cuestión importante es la vinculación entre el derecho y la ideología en el siglo XIX. Nuevas investigaciones, en esta colección y en otras, afirman la centralidad del discurso y poder médico en la reelaboración de las prácticas jurídicas y estatales en América Latina a partir de la década de 1880⁵⁶. Los conceptos médico-jurídicos parecen haber tenido un impacto más temprano y más duradero en las sociedades y culturas de América Latina que en aquellas de Europa y los Estados Unidos. ¿Por qué se produjo esto? ¿Por qué el liberalismo y la penología clásica fallaron en dominar las estructuras jurídicas y las prácticas estatales? ¿Por qué la doctrina de la “defensa social” fue capaz de desplazar nociones de responsabilidad individual, libre albedrío y la naturaleza contractual del comportamiento humano? Se necesitan muchos trabajos de naturaleza comparativa para “ubicar” a América Latina en las tendencias contemporáneas en el pensamiento e ideologías jurídicas. Ya no podemos tomar unos cuantos ensayos sobre teoría legal o moral y usarlos para examinar la replicación y adaptación del liberalismo en Latinoamérica post-independencia. Y es que los cambios en las culturas jurídicas que marcaron la transición entre derecho indiano y derecho patrio fueron de proporciones gigantescas. Entre tanto, hubo ensayos aislados, reformas que no cuajaron, constituciones insostenibles, y una multiplicidad de leyes y decretos que tenían las marcas del liberalismo. Pero el liberalismo fue meramente un intermezzo –una breve transición entre las nociones coloniales de justicia y la justicia organizada en torno al principio de la defensa social. La arena jurídica provee otra atractiva oportunidad para visitar el fracaso del liberalismo como una organización viable de las relaciones entre Estado y sociedad.

El estudio de la forma de representación de los criminales y su impacto tanto en la formulación de códigos y la persecución de los sospechosos, por mencionar solo un curso posible, debe transformarse en un componente central del desarrollo de los estudios jurídicos en América Latina. El estudio de imágenes del delito y de los criminales como fueron presentados en la literatura, los reportes mediáticos, los tratados científicos, los testimonios, poemas y baladas populares y otras formas de representación nos ayudarán a explorar las (a veces sutiles, a veces muy evidentes) conexiones entre ellos y los fenómenos específicamente jurídicos⁵⁷. Episodios de “pánico moral” son otra posible vía para explorar estas conexiones entre derecho y cultura popular. En estos casos, una combinación de eventos reales, rumores, manipulación mediática y paranoia colectiva, generalmente en el marco de una situación crítica, podía generar estricta represión estatal así como apoyo

⁵⁶ Ver Salvatore, Ricardo, “Positivist Criminology and the Emergence of a Medico-Legal State in Argentina” en Becker, Peter & Richard Wetzell (eds.), *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁵⁷ Un estudio ejemplar en este caso es el examen que realiza Marie-Christine Leps de los intercambios mutuos de imágenes y temas entre la criminología, la literatura y el periodismo en Europa en el siglo XIX. Leps, Marie-Christine, *Apprehending the Criminal. The Production of Deviance in Nineteenth-Century Discourse*, Duke University Press, Durham, 1992. Para un estudio de las representaciones literarias de los criminales argentinos, ver Ludmer, Josefina, *El cuerpo del delito: un manual*, Perfil Libros, Buenos Aires, 1999.

popular de la misma —lo que podía a su vez impactar la relación entre el derecho y los grupos afectados por la “campaña de limpieza”, generalmente en la forma de la criminalización de ciertas conductas y prácticas⁵⁸.

Finalmente, está el asunto de las instituciones penales y su impacto en las personas privadas de libertad. Prisiones, reformatorios, colonias penales y otras instituciones similares continuaron el trabajo del derecho tanto en forma legal como ilegal. Ellos constituyeron un territorio de coerción extralegal, regulaciones internas incumplidas, castigos no prescritos en la sentencia judicial y “órdenes consuetudinarios” construidos tanto por los mismos internos como por guardias y autoridades. ¿Cómo se relaciona este sistema de prácticas con el discurso hegemónico sobre el derecho (igualdad y justicia)? Estas instituciones operaron bajo el principio de obediencia a reglas y clasificaciones; por ende, el énfasis estaba en la diferencia, no en la igualdad. Implícita a la idea de rehabilitación estaban las nociones de “caída”, “enfermedad” y “vicio”. ¿Cómo combinaron estas instituciones los antiguos discursos religiosos con los modernos discursos médicos? Estas instituciones constituyeron la otra cara del derecho, una esfera donde el sujeto subalterno ha tenido una casi nula posibilidad de resistencia. ¿Cómo y en qué medida fueron estas instituciones colonizadas por el poder médico-legal? ¿Fue este proceso irreversible?

Como vemos, existe mucho por hacer en este intento por remodelar una de las más antiguas tradiciones en la historiografía de América Latina. Este volumen, además está decirlo, no representa la culminación de este esfuerzo, sino solo una pequeña contribución a su florecimiento. Confiamos que el lector encontrará en las páginas que siguen una confirmación del potencial que posee este esfuerzo por reescribir la historia social y cultural de América Latina.

Traducido por Marianne GONZALEZ LE SAUX

⁵⁸ Ver, por ejemplo, Goode, Erich & Nachman Ben-Yehuda, *Moral Panics. The Social Construction of Deviance*, Blackwell, Oxford, 1994.