Revista de Historia del Derecho N° 65, enero-junio 2023 - *Versión on-line* ISSN: 1853-1784
Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho - Buenos Aires (Argentina)
http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_serial&pid=1853-1784&lng=es&nrm=iso
Sección Artículo de Revisión
[pp. 79-97]

HISTORIA DEL DERECHO Y HETEROGENEIDAD NORMATIVA

LEGAL HISTORY AND NORMATIVE HETEROGENEITY

Por Daniel Bonilla Maldonado *

0000-0002-8303-6783

Universidad de los Andes (Colombia)

RESUMEN:

En "Historia del derecho como historia del saber normativo", Thomas Duve examina los límites de las formas dominantes de hacer historia del derecho y ofrece una propuesta para superarlos, transformando la disciplina. Esta es una propuesta audaz e innovadora. La historia del derecho dominante no es capaz de dar cuenta de la diversidad cultural, la heterogeneidad normativa y la enorme complejidad que constituyen o influyen en los fenómenos normativos que regulan la vida de los seres humanos. No obstante, considero que algunos de los componentes de la propuesta normativa de Duve pueden ser refinados conceptualmente, complementados o reemplazados por algunos más precisos, iluminadores o efectivos. En este texto presento tres conjuntos de comentarios, sobre los estudios culturales del derecho, el pluralismo jurídico y el derecho comparado, que tienen como objetivo dialogar con la propuesta de Duve y ofrecer algunos elementos que, tal vez, podrían ayudar a complementarla y enriquecerla.

PALABRAS CLAVES: historia del derecho, historia de los saberes normativos, pluralismo jurídico e historia, estudios culturales e historia.

ABSTRACT:

In "Historia del derecho como historia del saber normativo", Thomas Duve examines the limits of dominant legal history and offers a proposal to overcome it, transforming the discipline. This is a bold and innovative proposal. Dominant legal history is not able to account for the cultural diversity, the normative heterogeneity, and the enormous complexity that constitute or influence the normative phenomena that regulate the lives of human beings. Nevertheless, I believe that some of the components of Duve's normative proposal can be conceptually refined, complemented, or replaced by some more precise, illuminating or effective ones. In this article, I present three sets of comments, on the cultural studies of law, legal pluralism, and comparative law, that aim to dialogue with Duve's proposal and offer some elements that, perhaps, could help to complement and enrich it.

KEYWORDS: legal history, history of normative knowledge, legal pluralism and history, cultural studies and history.

Esta obra está bajo licencia Creative Commons Atribución-No Comercial 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ESTUDIOS CULTURALES DEL DERECHO. III. EL PLURALISMO JURÍDICO. IV. EL DERECHO COMPARADO. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. VI. NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN

En "Historia del derecho como historia del saber normativo", Thomas Duve (2022) examina los límites de las formas dominantes de hacer historia del derecho y ofrece una propuesta para superarlos, transformando la disciplina. Para Duve, el modelo tradicional de la historiografía jurídica se estructura alrededor de los siguientes seis elementos: primero, la historia del derecho ha girado alrededor de un tipo de sujeto particular: los juristas. La historia del derecho ha privilegiado a los abogados en las narrativas que construye sobre el derecho. Segundo, la historia del derecho dominante ha tenido como objeto de estudio central un producto jurídico particular: las normas jurídicas estatales. La historia del derecho tradicional ha privilegiado la investigación sobre las normas 'oficiales', aquellas que los juristas articulan, desarrollan o sistematizan. Tercero, la historia del derecho se ha centrado en la investigación de una geografía conceptual determinada: el Estado-nación y los sistemas jurídicos oficiales que lo conforman o que contribuyeron a su creación. Cuarto, la historia del derecho tradicional se ha comprometido implícita o explícitamente con un concepto lineal de la historia. La historia jurídica parece tener un inicio y un final. El proceso lineal que está en el centro de la disciplina se inicia con el derecho romano, se entrecruza con el derecho canónico, construye el *ius commune*, y los derechos particulares con los que este dialoga, y termina con los sistemas jurídicos relativamente autónomos de los Estados-nación modernos europeos. Los instrumentos centrales mediante los cuales este proceso lineal se materializa son la secularización, la profesionalización y la racionalización del derecho.

Quinto, la historia del derecho tradicional ha explicado el cambio jurídico apelando a conceptos como los trasplantes jurídicos, los préstamos legales o la migración de ideas jurídicas. El trasplante de productos legales ha sido entendido por la historia del derecho tradicional como el principal motor del cambio en el derecho oficial. Finalmente, sexto, la historia del derecho dominante ha sido influenciada de manera notable por la escuela histórica del derecho alemana, la cual tiene a Savigny como su figura más representativa. Esta escuela ha llevado a que la historia del derecho dé prioridad a la reconstrucción de las tradiciones jurídicas, principalmente en el derecho privado, al tener como marco una perspectiva diacrónica de larga duración, por ejemplo, la reconstrucción del derecho privado occidental desde lo que supuestamente serían sus inicios en Roma y hasta su final

con los sistemas jurídicos de los Estados-nación en el siglo XIX. Para Duve, en suma, la historia del derecho dominante ha sido etnocéntrica, legocéntrica o juristocrática y estatocéntrica.

La historia jurídica dominante, a pesar de sus valiosas contribuciones para comprender el derecho estatal europeo, argumenta Duve, no tiene la capacidad de dar cuenta de la complejidad y diversidad de los discursos y prácticas normativos humanos. Las normas jurídicas oficiales de tipo europeo que los juristas crean, sistematizan, interpretan y aplican dentro de los Estados-nación modernos solo componen una parte, no siempre la más relevante, de la vida normativa de los sujetos individuales y colectivos que habitan (y habitaron) el globo. Duve, en consecuencia, ofrece una propuesta normativa que permitiría reconocer y examinar la muy heterogénea historia normativa de los seres humanos: la historia del derecho como historia de los saberes normativos. Esta propuesta tiene como columna vertebral los siguientes cuatro elementos.

Por un lado, las comunidades epistémicas. Duve reemplaza a los juristas como eje central de la historiografía del derecho por aquellos grupos de individuos que comparten un conjunto de presupuestos e ideas sobre el mundo. Estos presupuestos determinan la manera como los sujetos deberían actuar y pensar la realidad. Las comunidades epistémicas típicamente generan ordenamientos normativos que regulan la vida individual y colectiva de sus miembros. Las comunidades epistémicas, sostiene Duve, tienen notables ventajas frente a los juristas como sujeto central de la historia del derecho: (i) muestran que los abogados no son los únicos que crean, interpretan, sistematizan o aplican las normas que son importantes para los seres humanos; (ii) evidencian que las normas no son creadas únicamente por individuos o instituciones que tienen competencias formales para hacerlo, sino también por redes débiles o no institucionalizadas de sujetos que comparten un conjunto de presupuestos sobre la realidad; (iii) reconocen la diversidad de normas primarias que componen los órdenes que regulan la vida privada y pública de las personas; (iv) explicitan que los órdenes normativos no están compuestos solo por normas primarias (derechos y obligaciones), sino también por normas secundarias (que determinan como se crean y usan las primarias) y por normas terciarias (prácticas formales e informales); y (v) pueden dar cuenta de que las normas no siempre se crean mediante procesos de comunicación que se adelantan en territorios claramente delimitados (como los Estados-nación), sino por medio de procesos que no incluyen comunicación entre quienes las articulan (solo que los sujetos compartan ciertos presupuestos) o que involucran comunicación entre sujetos que habitan diversos espacios geopolíticos.

Por otro lado, Duve sustituye los sistemas jurídicos estatales, así como los Estados-nación que estos contribuyen a articular, por los órdenes normativos diversos que construyen las comunidades epistémicas y por los espacios político-

jurídicos heterogéneos que estas normas ayudan a cimentar. Duve, en consecuencia, propone unos nuevos objetos de estudio para la disciplina: los conjuntos de normas formales e informales (un nuevo producto normativo) que regulan los distintos espacios políticos que habitan los seres humanos (una nueva geografía conceptual). El derecho de los juristas y el Estado no serán ya los únicos productos y espacios que preocupen al historiador. Los ordenamientos normativos que se crean dentro de la familia, la fábrica, las culturas minoritarias o las clases sociales no dominantes, por ejemplo, serán los instrumentos y espacios en los que el historiador deberá ahora concentrar su atención.

Asimismo, Duve sugiere que el concepto de historia de quienes se comprometan con el estudio de los órdenes normativos debe pluralizarse. El concepto de historia lineal que subyace al estudio del derecho estatal europeo debe dar paso a las múltiples historias normativas que han construido y experimentado las múltiples comunidades epistémicas que existen en el mundo. Para nombrar y estudiar los procesos de creación, interpretación, transformación y aplicación de estos órdenes normativos Duve (2022) recomienda las categorías de "*régimen histórico*", "*régimen histórico de normatividad*" y "*régimen histórico de saber para la creación de normatividad*", conceptos que parecen corresponder con los de "*saber*", "*saber normativo*" y "*saber para la creación de normatividad*" (pp. 6-7).

Finalmente, Duve propone reemplazar los conceptos dominantes para explicar el cambio jurídico, trasplantes, transferencias o préstamos, entre otros, por el concepto de traducción de saberes normativos. El concepto de traducción le permite evidenciar que lo que se intercambia entre los ordenamientos normativos no es un fenómeno preciso, claramente delimitado, sino una cadena de actos que terminan con la creación de un saber normativo particular. Igualmente, permite superar la dicotomía entre teoría y práctica que Duve considera que está implícita en los conceptos tradicionales mencionados (se transfieren normas de un sistema exportador que luego se ponen en práctica en el sistema importador; una cosa es la norma formal que se trasplanta y otra cómo se aplica). Cualquier intercambio de conocimiento jurídico, argumenta Duve, implica productos legales como las normas o los conceptos, así como prácticas y perspectivas académicas que permiten su traslado, comprensión y aplicación. Entender el cambio jurídico pasa por comprender estos tres niveles, los cuales usualmente componen los intercambios de saber legal. Por último, permite ver las interacciones entre lo local y lo global que típicamente hacen parte de los procesos de intercambio de conocimiento jurídico. El concepto de traducción se centra en lo local, el espacio traductor, pero también ilumina la manera cómo este espacio interactúa con el global o con el transnacional (los espacios que originan o por donde circula aquello que se traduce).

Duve, en síntesis, entreteje los aportes de tres áreas del derecho para articular su propuesta normativa: el pluralismo jurídico (parcialmente

reinterpretado), los estudios culturales y el derecho comparado expresivista. Comparto plenamente los objetivos generales de su propuesta. Me parece que es un proyecto audaz e innovador. Creo que la historia del derecho dominante no es capaz de dar cuenta de la diversidad cultural, la heterogeneidad normativa y la enorme complejidad que constituyen o influyen en los fenómenos normativos que regulan la vida de los seres humanos. La historia del derecho no puede ser más la historia del derecho estatal europeo o la de los sistemas oficiales que este generó en otros continentes por medio, principalmente, del imperialismo o el colonialismo. Tampoco puede ser más la historia que se piensa y se hace desde una sola tradición intelectual: la escuela histórica del derecho.

No obstante, considero que algunos de los componentes de esta propuesta normativa pueden ser refinados conceptualmente, complementados o reemplazados por algunos más precisos, iluminadores o efectivos. A continuación, presento tres conjuntos de comentarios que tienen como objetivo dialogar con el proyecto de Duve y ofrecer algunos elementos que, tal vez, podrían ayudar a enriquecerla. El primer conjunto de comentarios se relaciona con cuestiones vinculadas con los estudios culturales del derecho; el segundo, con asuntos relacionados con el pluralismo jurídico; y el tercero con el derecho comparado.

II. LOS ESTUDIOS CULTURALES DEL DERECHO

El primer conjunto de comentarios hace referencia a las categorías conceptuales que Duve ofrece para nombrar los nuevos objetos de estudio de la disciplina: régimen histórico, régimen histórico normativo y régimen histórico de saber para la creación de normatividad. Cada uno de los componentes de estas categorías se refieren a cuatro aspectos importantes del nuevo objeto de estudio que Duve les propone a los historiadores: "régimen" hace referencia al carácter estable que tienen algunos de los conjuntos de normas que crean las comunidades epistémicas; "histórico" a su carácter contingente, así como a que emergen y se transforman en momentos más o menos delimitables por el investigador; "normativo" evidencia que son sistemas de conceptos, reglas y principios que tienen una inmensa diversidad de contenidos y estructuras, no son únicamente "jurídicos"; y "creación de normatividad" denota los discursos y prácticas que permiten la creación de las proposiciones normativas dentro de una comunidad epistémica; son normas de segundo orden que permiten crear o manipular las normas de primer orden. Duve (2022) presenta estas categorías en la primera sección de su texto indicando que estas serán desarrolladas en la sección quinta del mismo (p. 7). No obstante, en la sección quinta, estos conceptos no se retoman, sino que se ofrecen

tres conceptos que parecen corresponder a los tres anteriores pero que son en realidad distintos: "saber", "saber normativo" y "saber para la creación de normatividad" (pp. 27-32). Estos dos conjuntos de categorías me generan varias dudas y comentarios que están interconectados.

Primero, los dos conjuntos de conceptos a los que acabo de aludir parece que nombran fenómenos distintos y no el mismo tipo de fenómeno, como el texto parece sugerirle al lector. "Régimen histórico de normatividad (o de creación normativa)", como lo mencioné arriba, hace referencia al carácter contingente pero estable de los órdenes normativos que regulan la conducta humana, así como a que estos órdenes incluyen tanto proposiciones normativas como discursos y prácticas que permiten crear y aplicar este tipo de proposiciones. En contraste, 'saber normativo (o de creación normativa)' enfatiza en que estos fenómenos son *conocimiento* que regula el actuar de las personas o que controla la creación y aplicación de este tipo de conocimiento. Los espacios conceptuales que estos dos conjuntos de categorías ocupan, por tanto, son parcialmente distintos. El hecho de que el primer grupo de categorías no sea desarrollado suficientemente limita su tracción analítica; también lo hace el que el texto no explicite la relación entre este y el segundo grupo de categorías ("saber normativo"). ¿Un tipo de 'saber' particular es el que llena de contenido a los 'regímenes normativos'?; ¿qué es lo que la categoría 'conocimiento' ilumina con respecto al fenómeno que se quiere analizar?; ¿cómo se diferencia la categoría 'saber' de otro tipo de categorías que podrían usarse para nombrar este fenómeno como 'discursos y prácticas' normativas? Parecería que Duve quiere darle importancia a la categoría 'saber' para enfatizar en los siguientes dos puntos: (i) que comunidades epistémicas distintas a las jurídicas tienen conocimientos valiosos y (ii) que estos conocimientos son fuente de normas importantes para la vida de quienes las crean. Estos son objetivos valiosos. Sin embargo, 'saber' es una categoría que no se llena de contenido suficientemente en el escrito. En consecuencia, no queda claro las ventajas analíticas o prácticas que acarrearía su uso.

Segundo, no es clara la relación que se quiere establecer entre las categorías 'saber' y 'saber normativo' (o régimen histórico y régimen histórico normativo). En ocasiones, parecería que las dos categorías tienen una relación de género y especie. El saber normativo sería un tipo de saber especializado, aunque las dos categorías compartirían una serie de características fundamentales. No obstante, en otras ocasiones parecería que estas categorías tienen una relación causal: el saber normativo sería una consecuencia del saber general. El primero sería un epifenómeno del segundo.[1]

Ahora bien, ¿el saber jurídico es realmente una consecuencia del saber general? ¿cómo se da el proceso de conversión de un saber general en un saber jurídico? ¿En este proceso de conversión el saber normativo mantiene características propias del saber general o son dos fenómenos distintos? Responder a estas

preguntas parecería importante para entender cabalmente la propuesta de Duve: las tres categorías (saber, saber normativo y saber para la creación normativa) se le presentan al lector como interrelacionadas, como unidades distintas pero interdependientes de un mismo sistema. No obstante, los límites de cada concepto, así como sus conexiones con los otros, no se precisan o se desarrollan.

Tercero, la falta de precisión conceptual anotada en los dos puntos anteriores limita un tanto más la tracción analítica de la propuesta de Duve, cuando se evidencia que la categoría 'saber' se usa en el escrito como un sinónimo de 'cultura' o de las condiciones históricas, sociales y económicas que caracterizan una comunidad epistémica. De esta manera parecería que saber/saber normativo/saber para la creación normativa serían equivalentes a cultura/cultura jurídica/reglas culturales para la creación de la cultura jurídica o estructura/superestructura normativa/reglas de la superestructura para la creación de normas. En el artículo, Duve define los conceptos de saber o de saber normativo en varias ocasiones, aunque en todas parecen un sinónimo de cultura, cultura jurídica o superestructura.[2] En consecuencia, por un lado, no queda clara cuál es la ventaja de usar la nueva nomenclatura teórica; parecería que en realidad la propuesta está usando conceptos que son comunes en la discusión del objeto de estudio del que se ocupa Duve y que el reconoce como vagas o ambiguas (cultura o estructura).

Por el otro, parecería que el texto ofrece una mirada problemática de la relación entre saber/cultura/estructura y saber jurídico o normativo/cultura jurídica o normativa/superestructura. En algunos momentos del texto parecería que la cultura es la causa del derecho u otros órdenes normativos, reproduciendo así la visión de la escuela histórica del derecho en donde el derecho es (y debe ser) un reflejo de la cultura. Duve, no obstante, no identifica cultura con el supuesto *ethos* de la nación como sucedía con el historicismo de Savigny. En algunos otros momentos parece que la relación entre sociedad y órdenes normativos es (vagamente) la marxista. Los órdenes normativos constituirían una parte de la superestructura, y serían consecuencia del balance de poder que se alcanza en la estructura. El derecho, entonces, no sería cultura (historicismo) o sería cultura superflua (mera superestructura). Estas perspectivas, además, oscurecerían la autonomía relativa del derecho y otros órdenes normativos, su capacidad de reproducirse autónomamente, e irían en contravía de la idea, común en los estudios culturales, de que el derecho *es* cultura o de que la cultura no es simplemente el reflejo del balance de poder socioeconómico de una comunidad política. Estas perspectivas tampoco pueden dar cuenta de las relaciones entre los órdenes normativos y los otros campos que compondrían una cultura. En ambos casos, asimismo, la relación entre cultura o sociedad y órdenes normativos sería de una sola vía. En el texto solo se examina la traducción de la cultura o la sociedad en órdenes normativos. Nunca las posibles traducciones de los órdenes normativos hacia la cultura o la sociedad.

Cuarto, y último, en algunos pasajes del escrito, Duve (2022) define el saber normativo "como el conjunto total de proposiciones consideradas verdaderas por los miembros de una comunidad epistémica o por un número suficiente de textos" (p. 6). Esas frases agudizan los problemas conceptuales anotados al identificar ahora el saber normativo con la comunidad epistémica y al privilegiar los textos como las unidades que pueden definir un saber normativo. Las comunidades epistémicas no son solo un orden normativo. Las comunidades epistémicas producen órdenes normativos, pero están también compuestas por dimensiones no normativas, por ejemplo, presupuestos sobre cómo funciona el mundo o los elementos que caracterizan a los seres humanos. Asimismo, no queda claro porqué se definen los textos como contenedores por excelencia del saber normativo en algunas comunidades epistémicas. Este argumento parecería contradecir la idea, central en la propuesta de Duve, de que los órdenes normativos no tienen características necesarias distintas a estar compuestos por un conjunto de reglas, principios y conceptos destinados a controlar el actuar de sus miembros.

Así, por ejemplo, el argumento oscurecería las comunidades epistémicas que, como los pueblos indígenas que no tienen lenguaje escrito, no tienen textos que recojan sus órdenes normativos. En estos casos el criterio debería señalar entonces no "un número suficiente de textos" (Duve 2022, p. 6), sino un número suficiente de historias orales o un número suficiente de prácticas de sus miembros. Aun así, no queda claro porqué sería útil la diferenciación entre textos/historias orales/prácticas cuando la definición general de comunidad epistémica incluye a todos estos grupos al indicar que los presupuestos comunes son el elemento que define a estas comunidades. Más importante todavía, en las comunidades epistémicas que tienen lenguaje escrito, los textos no necesariamente contendrían los saberes normativos que sus miembros efectivamente usan. Los textos, aunque fueran homogéneos, podrían contener reglas formales que los miembros no aplican para guiar sus conductas o para reprochar las conductas de otros. Asimismo, las comunidades epistémicas pueden recoger sus normas tanto en textos como en prácticas o en narraciones orales y no es claro porqué deberían privilegiarse los primeros para dar cuenta de sus ordenamientos normativos.

III. El pluralismo jurídico

La pluralización de la historia del derecho, convertida ahora en historia de los saberes normativos resulta, como afirma Duve (2022), "liberador[a]" (p. 30). La historia del derecho rompe las cadenas que la atan al derecho y a los abogados. El campo de investigación que Duve propone está compuesto por tantas comunidades

epistémicas como haya en el mundo. La diversidad de objetos de estudio se incrementa notablemente y la historiadora tiene la posibilidad de escoger aquellos órdenes normativos que más le interesan apelando a criterios muy variados, desde criterios políticos hasta criterios estéticos pasando por criterios morales o de relevancia, entre otros. Así, la historiadora podrá escoger como su objeto de estudio a comunidades epistémicas tan diversas como la mafia, los comerciantes, las personas transgénero o las minorías raciales o culturales.

La pluralización de la historia del derecho no se queda únicamente en la ampliación del campo de estudio. Duve también señala que el análisis de los órdenes normativos que generan las comunidades epistémicas no debe centrarse solo en el examen de las proposiciones normativas sustantivas que hayan sido formalizadas. El investigador debe considerar también las normas de segundo grado que permiten la creación y manipulación de las normas del sistema, así como las prácticas normativas de sus miembros. La historiadora de los órdenes normativos, además, no puede perder de vista que todas estas normas (las primarias, las secundarias y las terciarias) pueden ser implícitas o informales. La multinormatividad, en síntesis, debe estudiarse apelando a un conjunto de criterios multinivel. Este análisis multinivel evidencia la complejidad de los órdenes normativos y exige que la historiadora dé cuenta de ella en sus investigaciones.

Esta doble ampliación de la disciplina (múltiples normas y múltiples niveles), sin embargo, genera unos riesgos que deben ser reconocidos para intentar limitar sus efectos negativos o para aceptar su inevitabilidad y, por tanto, para admitir que comprometerse con esta forma de hacer historia de las normas implica una evaluación costo-beneficio cuyo resultado el historiador debe estar dispuesto a asumir. Duve reconoce que esta ampliación del objeto de estudio de la disciplina tiene sus límites. No obstante, no menciona cuáles serían ellos. A continuación, quisiera presentar cuatro de esas fronteras.

El primer límite es que al ampliarse tanto el campo de estudio este se desvanecería. El historiador de los órdenes normativos será un historiador de casi cualquier fenómeno, institución o conjunto de discursos y prácticas humanas. El campo de estudio de la historiadora de los órdenes normativos se correspondería con el campo de estudio de la historia. El número de comunidades epistémicas reconocidas es muy alto y la historiadora podría razonablemente construir nuevas comunidades epistémicas que serían su objeto de estudio (solo tendría que mostrar que un cierto número de sujetos comparte un conjunto de presupuestos sobre el mundo, así como que estos presupuestos les indican a estos sujetos cómo pensar y actuar en el mundo). La historia de los órdenes normativos sería, por tanto, una disciplina imperialista y colonialista en materia académica. Toda institución o fenómeno humano se traslapa, así sea parcialmente, con una comunidad epistémica que tiene una dimensión normativa. Toda institución o campo humano sería un

dominio posible del historiador de los órdenes normativos. Esta disciplina imperial, luego de la conquista de nuevos territorios, además, parecería comprometerse con el colonialismo de los asentamientos. Sus investigadores querrían ocupar permanentemente estos nuevos espacios de investigación; comprender un orden normativo complejo usualmente implica un compromiso de largo plazo con el mismo.

Ahora bien, se podría argumentar, como Duve lo hace de pasada, que lo que determina la aproximación a un objeto de estudio es el interés que se tiene en el mismo. Dos investigadoras de una misma comunidad epistémica podrían tener intereses muy distintos al estudiarla y, por tanto, podrían pertenecer a comunidades académicas diferentes. No obstante, creo que esta diferenciación es artificial. Ninguna historiadora de las comunidades afrolatinas podría estudiar esta comunidad sin estudiar también al menos una parte de los órdenes normativos que las controlan. Ninguna historiadora de los órdenes normativos de las comunidades epistémicas afrolatinas podría entenderlos cabalmente sin estudiar al menos algunas dimensiones no normativas que componen a estos colectivos. Además, una misma historiadora puede tener varios intereses que justifican el haber escogido un objeto de estudio particular. Las dos historiadoras de las comunidades afrolatinas, por tanto, parecería que pertenecen y no pertenecen a la misma comunidad académica. Las dos pertenecen a la comunidad 'historiadoras de los afrolatinos' y las dos parecería que también pertenecen a la comunidad 'historiadoras de los órdenes normativos de los afrolatinos'. Los límites entre las comunidades de historiadores se desvanecerían también en este caso. Los objetos de estudio de los dos tipos de historiadores se traslaparían.[3]

El investigador de los órdenes normativos no debe desestimar el desvanecimiento de los límites de su objeto de estudio o las reacciones no positivas de las tribus de investigadores que habitan los espacios conquistados y colonizados. Estos dos asuntos pueden generar consecuencias negativas tanto para la solidez de la comunidad académica de los historiadores de los órdenes normativos como para la recepción de esta forma de hacer historia en la comunidad amplia de historiadores. ¿Qué tendrían en común los investigadores de los órdenes normativos indígenas con los investigadores de los órdenes normativos de las pandillas transnacionales?; ¿qué solidez tendría esta comunidad de investigadores si es argumentable que estaría potencialmente compuesta por cualquier historiador y tiene un objeto de estudio tan diverso? Todos serían parte de esta comunidad académica y, por tanto, nadie lo sería. ¿Qué tendrían en común un historiador de un orden normativo X con un historiador de la comunidad epistémica que crea el orden normativo X?; ¿cómo deberían enfrentarse los conflictos con los nativos de estos espacios de investigación que podrían calificar a los colonizadores como investigadores ilegítimos o advenedizos?

Una historiadora, por ejemplo, podría interesarse en la familia porque cree que esta es una institución central en la sociedad; esta historiadora pertenecería a la comunidad de historiadores de la familia. Otra historiadora podría interesarse en la familia debido a la importancia que tiene el orden normativo que crea para la formación de las identidades de los nuevos sujetos de una comunidad política; esta historiadora pertenecería a la comunidad de historiadores de los saberes normativos. Los presupuestos, el vocabulario, los métodos que usan estas historiadoras serían (al menos parcialmente) disímiles, aunque tengan un objeto de estudio genérico común. Estas variables las separarían. No obstante, la historiadora de los órdenes normativos de la familia, aunque tendría una serie de presupuestos, vocabulario y métodos comunes con otros historiadores de los órdenes normativos, no tendrían un objeto de estudio preciso en común con ellos. Los diálogos entre estos historiadores solo podrían tener un alto grado de abstracción. Del mismo modo, la historiadora del orden normativo de la familia, para seguir con el ejemplo, podría ser rechazada por la comunidad de historiadores de la familia. Esta comunidad podría afirmar que solo tiene un conocimiento parcial o superficial de la familia. Estos problemas se agravarían si la historiadora del orden normativo de la familia está interesada, como probablemente lo estaría, en investigar otros órdenes normativos, por ejemplo, los que crean las comunidades religiosas. En este caso, sería aún más evidente el desvanecimiento de los límites de esta nueva área de la historia y las razones para un posible rechazo o indiferencia de los colegas que investigan genéricamente a la familia o las órdenes religiosas.

El segundo límite está relacionado no ya con la multinormatividad, sino con el análisis multinivel que exige la propuesta de Duve. Los riesgos que genera esta dimensión del proyecto tienen que ver con las múltiples y notables exigencias que le impone al historiador. El historiador debería examinar normas primarias, secundarias y terciarias (prácticas). De igual modo, debería analizar las normas formales e informales, implícitas y explícitas. Satisfacer estas exigencias le implicaría al historiador usar una gran cantidad de recursos escasos, entre otros, tiempo, energía, atención y dinero. El riesgo que se corre es que el investigador estudie muchos niveles superficialmente, que considere los niveles tradicionales de los órdenes normativos (normas primarias) y los aderece con algunos comentarios aquí y allá sobre los otros niveles que componen al orden normativo que examina (lo que lo mantendría parcialmente en la historia del derecho tradicional) o que se olvide del estudio de los órdenes normativos y se dedique a la deconstrucción de las formas tradicionales de hacer historia o a la filosofía de la historia.

Estos riesgos no son simplemente una especulación. En otros campos, como en el del derecho comparado expresivista, que hacen exigencias análogas a los comparatistas, estos riesgos se han vuelto una realidad. El número de trabajos de derecho comparado expresivista que investiguen un objeto de estudio particular es mucho menor de lo que sería deseable que hubiera. Un número notable de los

estudios que se hacen desde esta perspectiva del derecho comparado tienen como objetivo mostrar las debilidades de las otras aproximaciones al derecho comparado, particularmente las de la perspectiva funcionalista, o se dedican a la metateoría del derecho comparado. Estos objetivos, claro, son valiosos. Sin embargo, sería deseable para el derecho comparado culturalista que mostrara con más frecuencia la utilidad de sus presupuestos y métodos para examinar objetos de estudio particulares que le preocupan a la comunidad jurídico-política.

El tercer y cuarto límites del componente "pluralismo jurídico" de su propuesta (Duve, 2020, p. 24) tiene que ver con dos distinciones conceptuales que, en mi entender, deberían hacerse para comprender de manera más precisa el objeto de estudio de esta nueva área de la historia. La propuesta de estudiar los órdenes normativos es muy general y debe, como cualquier proyecto seminal, desarrollarse colectivamente.

Por un lado, para el análisis histórico comparado sería importante distinguir entre los órdenes normativos que cumplen funciones análogas a las que cumple el derecho y los órdenes normativos que cumplen otro tipo de funciones, tanto en Occidente como fuera de él. De esta manera, la historia de los órdenes normativos no oscurecería que sociedades no occidentales u otras comunidades epistémicas no dominantes dentro de Occidente tienen órdenes normativos análogos al derecho. El uso de la categoría 'derecho', que incluiría a sus equivalentes funcionales, tiene una importancia política y académica notable en algunos contextos. Este asunto tendría relevancia, por ejemplo, en discusiones sobre el desarrollo, sobre la diversidad cultural o sobre la existencia de una o varias historias del derecho. Este argumento permitiría mostrar que no solo Occidente ha tenido derecho. Asimismo, sería relevante para describir con precisión situaciones de pluralismo jurídico fuerte en donde el derecho del Estado coexiste con el 'derecho' de otras fuerzas que le compiten tanto por el control territorial como por la legitimidad, por ejemplo, Estados-nación con movimientos guerrilleros que dominan una parte del territorio estatal. El historiador del derecho, de esta forma, podría legítimamente comparar el derecho occidental con los equivalentes funcionales que existen en otras sociedades o en áreas no centrales de las sociedades occidentales.

Por otro lado, la propuesta de Duve enfatiza con razón en que el derecho es solo uno de los órdenes normativos que existe en las sociedades humanas y reivindica la importancia de esos otros órdenes normativos. En consecuencia, acentúa la diferencia entre los órdenes normativos (que incluirían ya al derecho como uno más de ellos). Duve sólo menciona la interlegalidad cuando alude a las sociedades coloniales o postcoloniales (Duve, 2022, pp. 27-28). No obstante, creo que la interlegalidad es la regla antes que la excepción tanto en el Norte como en el Sur Globales. Los órdenes normativos no existen aislados de otros órdenes normativos; no son mónadas que se ignoran mutuamente. Más bien, los órdenes

normativos, aunque tengan distintos niveles de importancia social, interactúan, se irritan y se transforman unos a otros. El orden normativo de la familia se ve influenciado y transforma a los órdenes normativos de las iglesias; el orden normativo estatal y los órdenes normativos indígenas chocan y se modifican recíprocamente; el orden normativo de las mafias o las pandillas transnacionales y el orden normativo estatal se irritan, nutren y alteran entre sí. La historia de los saberes normativos debe incluir la interlegalidad no como una excepción, sino como la regla si quiere comprender con precisión la complejidad de las estructuras y el devenir de los órdenes normativos humanos.

IV. EL DERECHO COMPARADO

El derecho comparado ha usado una serie de metáforas para nombrar los procesos de intercambio jurídico, entre otras, trasplante, préstamo, transferencia y migración. El derecho comparado, además, usa estas metáforas para describir y analizar el cambio jurídico. Las transformaciones del derecho se pueden explicar, al menos en parte, por los trasplantes legales. El debate sobre las ventajas comparativas que tiene cada una de estas metáforas para nombrar los procesos de intercambio de normas, instituciones, teorías y prácticas ha sido largo e interesante. Las distintas teorías del cambio jurídico se alinean con una u otra metáfora para ofrecer relaciones causales que den cuenta de las continuas mutaciones que experimenta el derecho. Una metáfora ilumina aspectos de estos procesos que las otras oscurecen o no son capaces de explicitar. En "Historia del derecho como historia del saber normativo", Duve entra en esta discusión y argumenta que los procesos de intercambio jurídico que explican los cambios del derecho pueden nombrarse con mayor precisión si se usa la metáfora de la traducción.

Para Duve (2022), la principal ventaja comparativa de la metáfora con la que se compromete es la siguiente,

> Un valor especial de la perspectiva de la traducción cultural radica en el hecho de que prácticamente obliga a no asumir un cambio 'en cuanto a algo' (de manera potencialmente esencialista), sino más bien (de manera procedimental) a partir de una cadena de actos siempre nuevos de creación de saber normativo. Dado que en aquel acto de creación del saber normativo se activa como tal la totalidad del saber normativo preexistente, en cuanto que las prácticas de creación normativa forman parte de este saber normativo, se trata de un proceso que es en sí mismo

> performativo: en el acto de creación de saber normativo, este mismo está expuesto al cambio. (pp. 33-34)

No estoy seguro que su crítica a las metáforas rivales dé en el blanco. Si interpretamos la metáfora del trasplante jurídico como un proceso análogo al del trasplante médico o al trasplante agrícola, el argumento crítico de Duve tendría una tracción notable. Los trasplantes legales no son procesos en donde los espacios importadores o exportadores sean siempre claros o fácilmente delimitables; los agentes que envían o reciben no siempre son identificables o no existen unos agentes particulares que trasplanten los productos jurídicos de un sistema a otro; y los productos jurídicos trasplantados son siempre interpretados y, por tanto, transformados por los agentes importadores. Asimismo, típicamente, el ordenamiento jurídico importador adapta y se apropia de los productos trasplantados (Choudhry, 2004). No obstante, hoy en día, habría pocos comparatistas comprometidos con la noción simple de los trasplantes o las transferencias legales.

Las mejores versiones del funcionalismo reconocen que los trasplantes jurídicos son procesos complejos, no un único hecho que empieza y termina en momentos precisos, y aceptan que estos procesos generalmente implican transformaciones continuas por parte del sistema importador (Michaels, 2006, 2013). Los comparatistas críticos y los culturalistas enfatizan en que lo que viaja de un sistema a otro no es el producto legal del sistema exportador, sino una estructura vacía que se llena de contenido en el sistema importador (Frankenberg, 2021; Legrand, 1997). La cultura del sistema jurídico que está ineludiblemente unida al producto exportado no puede viajar al sistema receptor. El producto importado, por tanto, es ya uno distinto cuando arriba al ordenamiento receptor. Esta diferencia se agudiza, además, cuando el producto entra en contacto con los otros componentes del sistema importador y cuando sus agentes lo aplican para los fines que consideran convenientes, fines que no necesariamente tienen que ver con los que cumplía en el ordenamiento emisor.

El concepto de traducción ciertamente es útil para enfatizar en los procesos de interpretación y cambio continuos que experimentan los productos jurídicos que se intercambian. No obstante, cuando usamos el concepto de traducción usualmente lo hacemos para nombrar un proceso en donde 'algo' es traducido, un texto, una práctica, una teoría. En consecuencia, el riesgo de esencializar lo que se traduce también está presente cuando se usa la noción de traducción. Discusiones típicas en el campo de la traducción así lo muestran: ¿se debe hacer una traducción tan literal como sea posible o se debe traducir el sentido de lo que se dice?; ¿qué opción respeta mejor el texto que se traduce?; ¿se debe buscar la intención del autor para traducirla o la intención está en las palabras mismas que el autor escogió?; ¿la traducción traicionó el texto o lo respetó? La discusión central, por ende, no creo que deba ya

girar sobre las ventajas comparativas de una u otra metáfora. No habrá ninguna que pueda nombrar con precisión todas las dimensiones que componen los procesos de intercambio jurídico. Más bien, el debate central debe girar sobre los elementos múltiples que componen estos procesos, así como sobre la variedad de intercambios jurídicos que pueden darse en el globo, que no necesariamente tienen las mismas características.

Finalmente, quisiera comentar el argumento normativo que Duve ofrece para adelantar apropiadamente las traducciones de saber normativo. Duve señala que,

> Esta "conceptualidad propia", muy apreciada por la investigación histórico-jurídica es, por tanto, tan importante y significativa para la comunidad observada, como inadecuada para una comparación. Porque no ayuda al análisis de otras formas de creación de normas. Para ello se requiere de un lenguaje que tenga la menor cantidad de presupuestos posibles, cuyos conceptos no contengan preferencias implícitas por ciertos sistemas culturales y categorías relacionadas como derecho y no derecho, o por dinámicas como la modernización concebida desde la autoimagen de Occidente. Más bien, ellos deben estar abiertos a diferentes sistemas culturales -como lo está, en efecto, la idea de una traducción cultural del saber normativo. (Duve, 2022, pp. 35-36)

El argumento me parece que confunde tres asuntos que deben distinguirse: la intención del historiador-comparatista cuando se acerca al 'otro', la evaluación que este investigador hace de las categorías de análisis con las que está comprometido y el contenido de su identidad cuando se acerca al 'otro', que Duve plantea que debe vaciarse tanto como se pueda para poder acercarse apropiadamente a la diferencia. Comparto plenamente el ánimo antietnocentrista de su propuesta. En consecuencia, con Duve, creo que el historiador-comparatista que se acerca al 'otro' buscando solo una versión de sí mismo nunca podrá describir o comprender la diferencia que su interlocutor encarna. Cuando el historiador-comparatista cree que sus categorías son las únicas que podrían revelar los órdenes normativos del 'otro', porque son las únicas verdaderas (derecho es solo el derecho occidental, por ejemplo), no podrá encontrar en el 'otro', sino versiones pobres de sí mismo o la no presencia de lo jurídico. El historiador-comparatista que usa tales lentes conceptuales para describir, comprender y evaluar al 'otro' nunca podrá conocer las categorías que este utiliza para crear, aplicar y transformar sus órdenes normativos.

Sin embargo, no creo que sea productivo proponer, como Duve lo hace, que el investigador deba quitarle densidad a su 'yo' para acercarse apropiadamente al

'otro'. El 'yo' siempre aparece en su totalidad cuando se acerca al 'otro'. No puede ser un poco menos, no puede dejar al lado algunos de los componentes que lo identifican cuando quiere acercarse a la diferencia. El historiador-comparatista europeo no podrá dejar de serlo cuando se acerque a los órdenes normativos de pueblos indígenas en Asia; sus presupuestos, convicciones, métodos o creencias sobre los órdenes normativos no pueden reducirse, adelgazarse, para el diálogo con estos pueblos. El investigador no puede dejar en la puerta del poblado indígena la idea de que el derecho europeo es un sistema relativamente autónomo de reglas y principios que se construyó por medio de un proceso complejo de secularización, profesionalización y racionalización.

No obstante, si puede (y debe) tomar distancia de sí mismo de manera que pueda reconocer el carácter perspectivo de las categorías, convicciones y creencias, que lo conforman (Frankenberg, 2021). La distancia que el sujeto toma frente a sí mismo, claro, no es nunca total. No hay un lugar fuera de nosotros desde el cual podamos, vacíos, observarnos de manera completa. Esta distancia, siempre parcial, permite además reconocer aquello que nos compone, así como su no universalidad. La distancia permite que nos comprendamos, aunque nunca sea una comprensión total, y, por ende, que tengamos alguna conciencia de las cargas que llevamos al encuentro con el 'otro'. Asimismo, el historiador debe abrirse a la diferencia, debe reconocer que es posible que el 'otro' tenga categorías distintas a las propias para darle sentido al mundo normativo (Frankenberg, 2021). Debe, en consecuencia, permitir que el 'otro' emerja en su diferencia. El investigador debe suspender el juicio parcialmente para intentar entender las categorías, conceptos, normas, que el 'otro' usa para describirse y para describir la comunidad a la que pertenece. Debe tratar, con empatía, de ponerse en los zapatos de su interlocutor. Con estas herramientas, y una continua reflexión crítica sobre el encuentro y diálogo con el 'otro', el historiador-comparatista aumentará las probabilidades de entender el horizonte de perspectivas en el que el 'otro' está inmerso, y que lo constituye. Este proceso, finalmente, le permitirá al historiador-comparatista ampliar sus horizontes de comprensión (Gadamer, 1993). No significa esto que el investigador debe convertirse en el 'otro' o que sea deseable que lo haga. Más bien, significa que mediante el encuentro con el 'otro' puede ampliar el número de herramientas discursivas y prácticas para acercarse complejamente al mundo.

En conclusión, considero que la propuesta de que la historia del derecho se convierta una historia de los órdenes normativos es poderosa e innovadora. Creo que es fundamental que la historia del derecho tome distancia frente al etnocentrismo, el legocentrismo, la juristocracia y el estatocentrismo que ha caracterizado a sus formas dominantes. Sin embargo, para que esta propuesta normativa rinda tantos frutos analíticos y prácticos como sea posible debería afinar o desarrollar algunos de sus conceptos, reconocer explícitamente algunos de sus límites, así como aceptar sus costos o diseñar estrategias para contener sus efectos negativos, y dialogar más

intensa y precisamente con las áreas de las que se nutre: los estudios culturales del derecho, el pluralismo jurídico y el derecho comparado. Esta tarea, no obstante, debe ser desarrollada colectivamente. Thomas Duve nos ofrece un texto fundacional que debe ser desarrollado, usado, apropiado o ampliado por todos aquellos comprometidos con sus objetivos generales. La lucha por renovar la historia del derecho continúa.

* Doctor en Derecho, Universidad de Yale (Estados Unidos). Profesor Titular, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Dirección postal: Carrera 1ª No. 18ª - 10, Bogotá, D.C. (Colombia). E-mail: dbonilla@uniandes.edu.co

Este texto fue escrito gracias al generoso apoyo del Instituto Max Planck para la Historia y la Teoría del Derecho (Fráncfort del Meno, Alemania).

Original recibido: 21/11/22. Original aceptado: 21/12/22.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Choudhry, S. (Ed.) (2011). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge University Press.

Duve, T. (2022). Historia del derecho como historia del saber normativo. *Revista de historia del derecho*, (63), 1-60. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842022000100001&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Frankenberg, G. (2021). Comparaciones críticas: Repensar el derecho comparado. En *Derecho comparado crítico* (pp. 77–176). Siglo del Hombre Editores.

Gadamer, H.-G. (1993). *Verdad y método II*. Ediciones Sígueme.

Legrand, P. (1997). The impossibility of 'legal transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(2), 111–124. https://doi.org/10.1177/1023263x9700400202

Michaels, R. (2006). *The functional method of comparative law*. Oxford University Press.

Michaels, R. (2021). "Talla única": algunas ideas heréticas sobre la producción masiva de trasplantes jurídicos. En *Derecho comparado crítico* (pp. 211–258). Siglo del Hombre Editores.

VI. NOTAS

[1] Duve (2022) define régimen histórico, régimen histórico de normatividad y su relación de la siguiente manera: "Si una determinada configuración histórica de discursos, prácticas, reglas, normas y principios muestra cierta estabilidad en el tiempo, ella puede también denominarse como régimen histórico (...). Dado que estos regímenes tienen como objetivo la producción normativa para un determinado campo de acción, este puede también denominarse un régimen histórico de normatividad, respectivamente referido a un área temática específica" (p. 7). Este pasaje permite interpretar tanto que el régimen histórico es la causa del régimen histórico de normatividad como que las dos categorías tienen una relación de género y especie. El régimen histórico es ya normativo. Lo único que lo diferenciaría del

régimen histórico normativo es que este controla un campo de acción más específico. Del mismo modo, Duve (2022) define la relación entre saber y saber normativo de la siguiente manera: "pero el concepto del saber es mucho más amplio: abarca también otras formas de saber, de muchísima relevancia para la producción del saber normativo, porque en la producción de enunciados normativos se movilizan múltiples tipos de saber diferentes -como el saber fáctico, el saber de consecuencias, el saber contextual, el saber espacial, etc." (p. 27). En este pasaje, el conjunto de saberes que constituye el concepto de saber parece ser la causa del saber normativo. Asimismo, parece que las dos categorías tienen una relación de género y especie: el saber es general y el saber normativo es más preciso, aunque ambos son 'saberes'.

[2] Las nociones de saber y saber normativo que utiliza Duve aparecen de manera clara en los siguientes tres pasajes del texto. Los dos primeros muestran la identificación de saber o saber normativo con cultura o cultura jurídica. La tercera muestra la identificación entre saber y saber normativo con los conceptos de estructura y superestructura. Citando a Neuman (y haciendo un paralelo entre historia de la ciencia e historia del derecho) Duve (2022) indica que "(...) El saber así entendido y ligado a determinadas culturas puede abarcar tanto los saberes explícitos como implícitos y **puede extenderse tanto a hechos considerados fácticamente ciertos, a constructos conceptuales y teóricos, así como a patrones culturales de pensamiento, de acción y orientación**" [Énfasis añadido] (p. 29). Igualmente, define el saber normativo de la siguiente forma: "Esto, siempre y cuando se analice tal proceso de apropiación con base en **el saber normativo -esto es, prácticas culturales, visiones del mundo, normas**, etc.- del cual disponían los actores locales" [Énfasis añadido] (pp. 28-29). Duve (2022), sin embargo, también articula la relación entre saber normativo, sociedad y cultura de la siguiente manera: "Una historia del derecho como historia del saber normativo parte de la convicción elemental de que los **órdenes normativos** -ordenes sociales, morales, jurídicos, políticos etc.- **son el resultado de una continua construcción social** y cultural**"** [Énfasis añadido] (p. 5). "**Los fundamentos socioeconómicos, las relaciones de poder**, las categorías estéticas, los patrones sociales de interpretación y mucho más, **forman parte de este proceso** [de creación de saber normativo mediante la traducción de saber]" [Énfasis añadido] (Duve, 2022, p. 6).

[3] Estructuralmente, esta misma ambigüedad se presenta en el artículo de Duve cuando este usa la categoría 'historia del derecho' para nombrar su propuesta, aunque desde el inicio ha dicho que lo que sugiere es estudiar los órdenes normativos que crean las comunidades epistémicas. Para ser coherente, Duve debería haber dejado a un lado la categoría tradicional; su propuesta no puede llamarse historia del derecho como historia de los saberes normativos. Sin embargo, Duve, hasta el final del artículo, habla de su proyecto como uno que es al mismo tiempo historia del derecho e historia de los órdenes normativos.