

Editorial

Tomarse en serio la historia en los estudios jurídicos

*Tania Luna Blanco**
*Jorge González Jácome***

Desde finales del siglo XV los indígenas emplearon el derecho creado por el *amo* como un instrumento de lucha y resistencia que les permitió *maldecirlo en su propia lengua*, empleando las reglas de juego que les fueron impuestas.¹ El problema social de los hombres *criminosos, forajidos y emperezados* dio vida a una discusión alrededor de la política penal durante el Virreinato de la Nueva Granada, mostrando la relación entre delito y justicia.² El tratamiento a los delitos sexuales y la criminalización a la seducción, desde tiempos de la construcción de la República, se convirtió en un diseño normativo que perpetuó a su vez un diseño social que extendería en el tiempo las desigualdades y jerarquías entre hombres y mujeres.³ Una locomotora de la Empresa del Ferrocarril del Norte generó un incendio sobre una casa y desató un debate jurídico entre los jueces de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad por actividades peligrosas en 1897⁴. Las lesiones personales o las muertes ocasionadas por accidentes tienen una historia en el foro penal -no sólo en el civil- que puede interrogarse a partir de la

* Profesora asistente del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: lunatm@javeriana.edu.co. ORCID: 0000-0001-8102-0721

** Profesor asociado de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: j.gonzalez@uniandes.edu.co. ORCID: 0000-0001-8453-8980

1 Ver en este número: "Maldecir en la lengua del amo. Razones de la utilización del derecho por parte de los indígenas durante la dominación hispánica colonial".

2 Ver en este número: Respuestas normativas al problema delincriminal en Santa Fe, Virreinato de la Nueva Granada. Aproximación a los orígenes de la cuestión penal en Colombia.

3 Ver en este número: "De la honra de las vírgenes al honor sexual de las demandantes: el tratamiento del estupro en la Nueva Granada y en la República de Colombia".

4 Ver en este número: Los ferrocarriles y las actividades peligrosas en el siglo XIX. Una historia escondida sobre la responsabilidad civil en Colombia.

pregunta por la transformación judicial del derecho colombiano y la aplicación de normas por parte de operadores jurídicos que permiten cuestionar la aparente inamovilidad de las soluciones normativas.⁵

En éste número especial de la **Revista Estudios de Derecho** el derecho se narra de formas distintas y aparece en archivos diversos, permitiéndose jugar con las temporalidades. Las autoras y autores participantes aportan con sus textos diferentes visiones sobre lo que el derecho es y representa al interior del mundo social, poniendo el énfasis en la producción normativa, en la aplicación o interpretación de las disposiciones jurídicas, en las simbologías que trae consigo el derecho, así como en sus permanentes transformaciones. Los artículos se alejan de un escenario de evolución lineal-progresiva de la historia del derecho y parecen identificarse más con la interacción entre derecho y contexto, las rupturas y las discontinuidades, la negociación y la batalla, la imposición y las agencias diversas de los actores que producen y reproducen los mundos jurídicos que nos presentan las narraciones.

En esta editorial resaltamos el valor de dedicar un número especial a la **historia del derecho** como una oportunidad para preguntarnos sobre la importancia de **tomarnos en serio la historia en los estudios jurídicos**; un objetivo al que cada vez más académicos y académicas⁶ pueden interesarse asumiendo con rigor las consecuencias. Quienes deseen internarse en esta empresa, algunas veces solitaria⁷, verán dentro del derecho posibilidades abiertas a la narración, temporalidades sujetas a reflexión, archivos para interrogar y horizontes que abren a preguntas sobre el porqué de la historia del derecho o el para qué comprometerse con ella.

El presente texto sugiere tan solo algunas pistas que podrían orientar el quehacer serio de los historiadores e historiadoras del derecho, así como la

5 Ver en este número: Cuando la responsabilidad civil era una cuestión penal: Transformaciones de la reparación del daño en Colombia, 1887-1939.

6 Solo uno de los artículos que se postularon al dossier fue elaborado por autoras. La historia del derecho en Colombia continúa siendo un campo tradicionalmente masculino, aunque cada vez más mujeres se adscriben a la tarea de trabajar en la relación derecho y tiempo. Desde este lugar, es de vital importancia que las mujeres reflexionen sobre la historia del derecho como posibilidad de reescribir narrativas tradicionales, ofrecer nuevas interpretaciones e incluso nuevas historias, no solo aportando su visión como mujeres, sino trayendo también el género a la construcción e interrogación de la historia legal. Sobre estas reflexiones, ver: Batlan, Felice. "Engendering Legal History." *Law & Social Inquiry* 30.4 (2005): 823-851. Ver también: Thomas, Tracy A., and Tracey Jean Boisseau. «Law, History, and Feminism.» (2011): 12-05. Vita, Leticia, y Pamela Cacciavillani. «Aportes de la teoría feminista para la Historia del Derecho: Reflexiones desde América Latina.» *CÁLAMO Revista de Estudios Jurídicos. Quito-Ecuador* 19 (2023): 113.

7 Caroni, Pio. *La soledad del historiador del derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

lectura vital de quienes emprendan el viaje de descubrimiento por los artículos que se presentan. Después de todo, siempre vale la pena preguntarse qué hacemos cuando hacemos historia del derecho y qué nos diferencia del trabajo que sobre el pasado del derecho realizan los historiadores, los estudiosos de la memoria o los literatos fascinados con ficcionalizar el recuerdo y las imágenes jurídicas. Por ello, sin ánimo de dar respuestas, pero reconociendo que de seguro compartimos inquietudes con los lectores alrededor de la exploración del *tiempo y el derecho*, destacamos la importancia de la historia del derecho para revitalizar los estudios jurídicos en Colombia y el mundo, atreviéndonos a dar algunas claves de lectura para los artículos que se presentan en el número.

Narración y temporalidades sujetas a reflexión

Una de las consecuencias de tomarse en serio la historia en los estudios jurídicos envuelve **considerar el tiempo como una categoría sobre la cual es posible reflexionar**. Esto puede verse desde dos perspectivas. En primer lugar, analizar los fenómenos jurídicos en el tiempo permite cuestionar la naturalización con la cual pensamos las instituciones del presente. Esto tiene que ver con la reflexión sobre los contextos en los cuales se producen los fenómenos jurídicos, lo cual puede producir la sensación de contingencia. Un fenómeno jurídico se justifica y se comprende de mejor manera si se tiene en cuenta el momento en el cual surge, se transforma o funciona de forma específica. Así, nuestra situación del presente es contingente, depende de muchos factores, y el hecho de que existan ciertos fenómenos, al menos nominalmente, no quiere decir que sean los mismos del pasado. Cada tiempo histórico, y todo lo que trae, es irreplicable y habrá que analizarlo en su momento en el marco de sus contextos.⁸

Los contextos que traen los tiempos son de múltiples estilos y texturas. Cuando señalamos que el derecho es contextual no resolvemos el problema, sino que abrimos uno y quizás más complejo. Así, por ejemplo, puede pensarse que el mejor contexto que explica el desarrollo de un fenómeno jurídico puede ser el económico, pero puede ser el intelectual, el cultural o social. En ese sentido, reconocer que en cada tiempo se producen nuevos desarrollos implica abrir una pregunta gruesa sobre qué es lo que cambia en un momento determinado para que logre explicar el fenómeno que se está analizando.

8 Cfr. Thomas Andrews & Flannery Burke, "What does it mean to think historically?", *Perspectives on History* (Enero de 2007). Disponible en: <https://www.historians.org/publications-and-directories/perspectives-on-history/january-2007/what-does-it-mean-to-think-historically?fbclid=IwAR12llktmcEvZNud0BcKg4ozbnSp4gWubzI1jSI7lfhfqBAoefNnA13xz0>

Pero hay otra perspectiva para pensar en las temporalidades y es tener en cuenta **cómo los actores en un determinado momento experimentan el tiempo**. La historia de la modernidad pretende unificar el tiempo y, si pensamos en la historia constitucional, el fenómeno se hace más evidente, esto es, la idea de una única línea de evolución y progreso en la historia de las comunidades políticas. Esto implica que cada miembro de las comunidades políticas experimenta la transformación, constitucional por ejemplo, del mismo modo. Así, en el caso colombiano, diríamos que la historia constitucional muestra que la Constitución de 1991 representó para todos el pacto de inclusión por excelencia donde se puede perfeccionar la construcción del estado nación a partir de los derechos y la diversidad. Una mirada, por ejemplo, desde los pueblos indígenas, o incluso desde textos literarios como *La Virgen de los Sicarios*, muestra que hay grupos poblacionales que interpretan el paso del tiempo desde diferentes perspectivas, razón por la cual los estudios históricos apuntan a la aceptación de diversas temporalidades.⁹ Lo anterior ha sido particularmente notorio en la interacción entre memorias e historia, en el entendido de que cada memoria particular “se traslapa y entrelaza” en nudos de tiempo que escapan a un momento único, así como a la progresiva y estable periodización con la cual se miran” los estados y el derecho moderno.¹⁰

La conciencia sobre las temporalidades puede ayudar como un antídoto a una denuncia que hacía Eric Hobsbawm en la introducción a su libro sobre la historia del siglo XX: “los jóvenes, hombres y mujeres, de este final de siglo crecen en una suerte de presente permanente sin relación orgánica alguna con el pasado del tiempo en el que viven. Esto otorga a los historiadores, cuya tarea consiste en recordar lo que otros olvidan, mayor trascendencia que la que han tenido nunca [...] Pero [...] deben ser algo más que simples cronistas, recordadores y compiladores”.¹¹ La conciencia de que habitamos en temporalidades nos plantea la manera como nos asociamos con otros actores históricos con los que compartimos nuestra existencia en el presente. Pero además nos ancla a que no vivimos en eternos presentes, como denuncia el historiador inglés, sino en un devenir de los tiempos que hace posible nuestra existencia particular. Por ello, la invitación al lector de este número, es que encuentre en los artículos publicados no sólo al historiador cronista sino que se posicione en un ejercicio de lectura creativa y que construya el significado de cada uno de estos textos conectándolo con su propia existencia vital, con la percepción propia de sus tiempos.

9 Fernando Vallejo, *La virgen de los sicarios* (Bogotá: Penguin Random House, 2002).

10 Ponciano del Pino, “How Recent is Recent History?”, *Public History Weekly* No. 9 (2021) disponible en: <https://public-history-weekly.degruyter.com/9-2021-8/memory-studies/>

11 Eric Hobsbawm, *Historia del Siglo XX* (Barcelona: Crítica, 2001), 13.

Archivos para interrogar y horizontes que abren a preguntas sobre el para qué de la historia del derecho

Otra las consecuencias de tomarse en serio la historia en los estudios jurídicos envuelve la conciencia del *archivo* que respalda la investigación, la importancia de su identificación y una interrogación adecuada y sopesada de las fuentes primarias que soportan las afirmaciones que sostienen la narrativa. Michel De Certeau se preguntaba sobre las salas de los archivos en la *Operación Historiográfica*:

¿Qué fabrica el historiador cuando «hace historia»? ¿En qué trabaja? ¿Qué produce? Interrumpiendo su deambulación erudita por las salas de los archivos, se aleja un momento del estudio monumental que lo clasificará entre sus pares, y saliendo a la calle, se pregunta: ¿De qué se trata este oficio? Me hago preguntas sobre la relación enigmática que mantengo con la sociedad presente y con la muerte, a través de actividades técnicas.¹²

Pero, ¿dónde está el archivo de los historiadores del derecho? Aunque tradicionalmente asociado a las actas detrás de las leyes o asambleas constituyentes, así como a los archivos judiciales, hoy en día existe una riqueza gigante para quien, con imaginación y determinación, se enfrente a la tarea de pensar el derecho en distintas temporalidades y desde diversas experiencias, empleando la misma creatividad que los historiadores han buscado desde tiempos de la historia social.¹³ El archivo del derecho, visto de esta manera, no se encuentra exclusivamente en un solo lugar sino que, por el contrario, es un espacio imaginado en el que, fuente primarias diversas en interacción con fuentes secundarias, nos permiten cuestionarnos sobre ideas complejas relacionadas con el derecho y con los sujetos y contextos en los que se produce, aplica, participa o se relaciona.

Desde esta visión emergen fuentes distintas, no sólo testamentos, registros civiles, contratos matrimoniales (fuentes formales y auxiliares del derecho); sino también biografías, memorias, canciones, obras literarias, fotografías, objetos y en general cualquier vestigio del tiempo que nos permita acercarnos a las conciencias jurídicas y a las experiencias que el derecho despliega

12 De Certeau, Michel. La operación historiográfica (capítulo II) En: La escritura de la historia, 2a. Ed. Universidad Iberoamericana. México: 1993, p. 67.

13 *“Pero también puede hacerse, debe hacerse sin documentos escritos si estos no existen. Con todo lo que el ingenio del historiador pueda permitirle utilizar para fabricar su miel, a falta de flores usuales (...) ¿No consiste toda una parte y, sin duda, la más apasionante de nuestro trabajo como historiadores en un constante esfuerzo por hacer hablar a las cosas mudas”*. En: Febvre, Lucien. “Hacia otra historia” En: Combates por la historia. Barcelona: Ariel, 1974 [1949] p., 233.

o detiene¹⁴, como desgarros en el tejido del tiempo que nos ofrecen vistazos imprevistos a acontecimientos inesperados.¹⁵ Natalie Zemon Davis abordó esta idea en *El regreso de Martín Guerre*, una investigación en la que los documentos oficiales, en su mayoría jurídicos, decían muy poco sobre la vida de los campesinos del siglo XVI, pero, a la vez, eran fuente valiosa para acercarse a sus experiencias vitales en conjunto con otras fuentes que pudieran dar mayor cuenta de los sentimientos y las expectativas humanas en el tiempo¹⁶, una apuesta que Zemon Davis agradece también a Emmanuel Le Roy Ladurie y Carlo Ginzburg, trabajadores incansables de archivos provenientes de los anales judiciales.

Muchos historiadores reflexionan de manera permanente sobre cómo entienden la historia y sobre cómo construyen su archivo en un acto de lealtad y ética en la investigación que le permite al lector entender dónde se encontraron las fuentes que sostienen sus narrativas y cómo se sitúan teóricamente frente a la historia. La historia del derecho debería empezar a asumir esta práctica crítica con mucha más responsabilidad, incorporando los aprendizajes de la historia, la antropología, la filosofía y la literatura; teniendo en cuenta que el archivo no es solo un repositorio de fuentes que se asocia con la verdad, sino, principalmente, un espacio en disputa. Por ello, es una lástima la poca reflexión que existe en la materia, aun cuando, como han sostenido académicas como Renisa Mawani: “el derecho es el archivo”¹⁷, pudiendo ser leído más allá de su validez, legitimidad y eficacia simbólica o material, al entenderse también como documento y documentación.¹⁸

La tarea es desafiante y por ello hablamos de consecuencias al tomarnos en serio la historia en los estudios jurídicos. Abandonamos la idea del *historiador del derecho erudito* que grita ¡eureka! cada vez que tropieza con una fuente normativa que había permanecido oculta en el tiempo y corre a publicar un artículo académico sobre su hallazgo. En su lugar, abrimos paso a la visión del *historiador*

14 Para una aproximación crítica al archivo legal, ver: Birla, Ritu. *Stages of capital: Law, culture, and market governance in late colonial India*. Duke University Press, 2009; Sekula, Allan. “Reading an archive: photography between labour and capital.” *The photography reader* (2003): 443-452.

15 Farge, Arlette. *The allure of the archives*. Yale University Press, 2013, p. 6.

16 “(...) y para ello utilicé hasta el último papel que el pasado había dejado llegar hasta mí”. En: Davis, Natalie Zemon. *El regreso de Martín Guerre*. Madrid: Akal, 2013, p.19.

17 Mawani, Renisa. “Law’s archive.” *Annual Review of Law and Social Science* 8 (2012): 337-365 disponible en: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-lawsocsci-102811-173900>

18 “El archivo de la ley es un lugar del que la ley deriva sus significados, autoridad y legitimidad, una proliferación de documentos que oscurece su violencia originaria y su fuerza continua, y un rastro que tiene el potencial de revelar sus fundamentos como (il)legítimos”. [traducción libre] *Ibidem*, p.337.

o historiadora del derecho comprometido con la reflexión teórica sobre el derecho mismo y sobre sus posibilidades de indagación en el tiempo, vulnerable ante la rebeldía con la que suele revelarse el archivo, honesto sobre sus posibilidades y límites a la hora de proponer narrativas y de lo que su historia puede o no generar en el presente en el que se produce, no necesariamente un portador de respuestas pero sí de incertidumbres y de numerosas preguntas.

¿Qué nos puede decir el derecho sobre el tiempo y las experiencias de quienes se relacionan con él buscando finalidades diversas? ¿Puede contarnos algo más allá de la letra de su texto? ¿Podría ayudarnos en el propósito de explorar identidades o cuestionar políticamente el mundo normativo que nos rodea y al que cotidianamente naturalizamos creyéndolo producto irreflexivo de la historia? La respuesta a estas preguntas dependerá sin duda de otra que atraviesa también estas páginas: ¿por qué la historia del derecho importa?

Como lo anunció E.P. Thompson el derecho no es una máscara que oculta la realidad, si así lo fuera, no merecería nuestro esfuerzo e importaría poco, pues todas las normas serían parecidas entre sí como productos de la dominación y la arbitrariedad. Por el contrario, es porque el derecho importa, por lo que nos tomamos en serio el trabajo de darle una historia.¹⁹ Así, entendemos que el derecho no existe en el vacío, que se manifiesta en las vidas cotidianas de los sujetos que lo crean, lo aplican, lo resisten o lo desafían y que historizarlo contribuye a descongelar sus poderes cristalizados en narrativas dominantes, a devolvernos las opciones que creímos perdidas en el tiempo para reclamar reconocimiento y redistribución a los constructores de formas jurídicas y a sus aplicadores, así como la capacidad creativa que imaginamos ausente para pensar en otros escenarios posibles.

En este sentido, la historia del derecho importa porque sigue importando el derecho, desplegando su autoridad a través de pasados que merecemos conocer y entender mejor en el presente, permitiéndonos anhelar futuros posibles que nacen de pasados inciertos, pero, en definitiva, ayudándonos a cuestionar los mundos que nos habitan, inexorablemente atravesados por un derecho que experimentamos en el tiempo como presencia o ausencia.

La invitación final no es otra que a disfrutar el presente número de la Revista interrogando cada artículo desde las claves propuestas o desde la propuesta de nuevas claves. Esperamos que este sea el inicio de nuevas historias del derecho producidas por la academia jurídica colombiana y de muchos diálogos y reflexiones alrededor de la historia del derecho.

19 Thompson, Edward. *Los orígenes de la ley negra: un episodio de la historia criminal inglesa*. Siglo XXI Editores, 2010, p.290.