

LA DIVERSIDAD COMO PARADOJA.  
 LOS PUNTOS CIEGOS DEL DERECHO Y SU RECONSTRUCCIÓN  
 HISTÓRICA

[Diversity as Paradox. Legal History and the Blind Spots of Law]

Manuel BASTIAS SAAVEDRA\*

Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo, Alemania.

RESUMEN

En esta contribución se argumenta que, para evitar falacias culturales y esencialistas, la diversidad sólo puede entenderse como una paradoja. La diversidad debe construirse y, por lo tanto, está sujeta a variaciones temporales, regionales y funcionales, lo que la convierte en una categoría extremadamente fluida. Una manera de construir la diversidad es a través del derecho. Si bien la historia jurídica se ha ocupado tradicionalmente de la manera en que el derecho ha creado históricamente diferencias de estatus personal, entre categorías jurídicas y entre fuentes de derecho, los historiadores del mundo contemporáneo se enfrentan al problema de cómo observar tanto la diversidad cultural, étnica, funcional como otras formas de diversidad que no están necesariamente procesadas por el derecho. La forma en que los sistemas jurídicos del siglo XIX ignoraron la experiencia y las circunstancias particulares de

ABSTRACT

This contribution argues that, in order to avoid cultural and essentialist fallacies, diversity can only be understood as paradox. Diversity has to be constructed and is therefore subject to temporal, regional, and functional variations, which makes it an extremely fluid category. One manner in which diversity is constructed is through law. While legal history has traditionally been concerned with the manner in which law has historically created differences of personal status, among legal categories, and between sources of law, legal historians of the contemporary world are confronted with the problem of how to observe cultural, ethnic, functional, and other forms of diversity which are not necessarily processed by law. The manner in which nineteenth-century legal systems ignored the particular experience and circumstances of indigenous populations is a case in point: how can the legal

---

\*Doctor. Investigador del Instituto Max Planck de Historia y Teoría del Derecho. Hansaallee 41, 60323, Frankfurt am Main. Dirección electrónica: bastias@lhlt.mpg. <https://orcid.org/0000-0001-7643-1382>

las poblaciones indígenas es un ejemplo de ello: ¿cómo puede el historiador del derecho estudiar aquello que el derecho no observa? Entendiendo la diversidad como una paradoja, sostendré que una categoría constructivista de la diversidad permitirá al historiador del derecho moverse entre las fuentes legales y no-legales sin perder de vista la especificidad de la observación jurídica.

historian observe that which law does not? By understanding diversity as paradox, I will argue that a constructivist category of diversity will allow the legal historian to move between legal and non-legal sources without losing from sight the specificity of legal observation.

## PALABRAS CLAVE

Diversidad – Derecho – Historia del Derecho – Teoría de Sistemas.

## KEY WORDS

Diversity – Law – Legal History – Systems Theory.

RECIBIDO el 29 de julio de 2020 y ACEPTADO el 12 de abril de 2021

## INTRODUCCIÓN

El creciente reconocimiento de las interdependencias globales que ha caracterizado el ambiente intelectual desde fines del siglo XX, no sólo ha puesto en duda la autorrepresentación unitaria del Estado-nación y su infraestructura institucional<sup>1</sup>, sino también con unidades imaginadas más recientes, como Europa<sup>2</sup>. Muchos de los temas que han adquirido relevancia en el discurso político y jurídico en los últimos decenios, como el multiculturalismo, el pluralismo jurídico, el plurinacionalismo, pero también el ultranacionalismo y el fundamentalismo religioso, entre otros, apuntan al desenmascaramiento del acto imaginario<sup>3</sup>, artificial y necesariamente contingente de construir unidad a partir de la diversidad. Al igual que en el cuento del traje nuevo del emperador, no es posible sostener las representaciones unitarias de las comunidades nacionales o supranacionales una vez que se señalan las diferencias sobre las que se han construido. El paradigma identitario y centrípeto del Estado-nación está siendo erosionado por el paradigma de la diversidad de la sociedad mundial y su búsqueda de representaciones más verdaderas, fundadas en comunidades étnicas, raciales, nacionales o religiosas.

La investigación histórico-jurídica no ha estado ausente de estos debates. En los últimos decenios, los historiadores del derecho han comenzado a poner de relieve la “diversidad dentro de la unidad” que caracterizó la experiencia jurídica de la temprana modernidad<sup>4</sup>. La forma en que la cultura del antiguo régimen, por

<sup>1</sup> APPADURAI, Arjun, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization* (Minneapolis, MN, 1996).

<sup>2</sup> DUVE, Thomas, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in global-historischer Perspektive*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 20 (2012), pp. 18-71.

<sup>3</sup> En el sentido constructivista planteado por ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1983, London, 2006).

<sup>4</sup> GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval* (Madrid, 1995), p. 221.

ejemplo, construía la unidad y la diferencia se basaba en la unidad e indivisibilidad de Dios y del orden que dio a su Creación, mientras que la diferencia se sostenía a través de la imagen del cuerpo y la armonía lograda por la necesaria diversidad y autonomía de sus órganos<sup>5</sup>. Esta visión del mundo presuponía, pues, la existencia y necesidad de jerarquías y desigualdades, y la función del derecho era sostener esas diferencias a través del estatus y el privilegio, que correspondía al lugar que ocupaban las personas en el orden natural<sup>6</sup>.

Sin embargo, la importancia de la diversidad y el pluralismo durante la temprana modernidad no siempre fue evidente para los historiadores del derecho. A medida que la disciplina jurídica comenzó a reorganizarse en torno a la igualdad a inicios del siglo XIX, el pluralismo y la diversidad de la cultura jurídica del antiguo régimen fue perdiendo importancia tanto en la observación jurídica como en la historia del derecho<sup>7</sup>. Ha sido necesario un tipo particular de relectura antropológica de la tradición jurídica de la modernidad temprana para comprender su alteridad y volver a rescatar la importancia histórica de la autonomía jurisdiccional, del pluralismo jurídico, del estatus personal y los privilegios<sup>8</sup>. Pero cuanto más se acercan los historiadores del derecho a los problemas del derecho contemporáneo, más difícil parece considerar la diversidad y el pluralismo como algo más que una aspiración normativa de la sociedad contemporánea. Parece que la cuestión de cómo el derecho trata la diversidad dentro del marco sistemático y unitario de los sistemas jurídicos contemporáneos, basados en la igualdad, está aún por decidirse. Si la investigación histórico-jurídica ha logrado reconstruir la diversidad y la pluralidad dentro de un orden jurídico basado en la diferencia, ¿puede el historiador del derecho aspirar a reconstruir con éxito la diversidad y la pluralidad en un orden jurídico basado en la unidad y la igualdad? Y si es así, ¿cómo?

El problema radica en que, aunque en el mundo contemporáneo se suponga que la diversidad ya no juega un rol en un derecho basado en la igualdad, esta premisa se ve constantemente refutada por los hechos, donde la etnia, la raza, el género, la religión, la orientación sexual, y otras muchas formas de diferencia, juegan un rol determinante en cómo operan las leyes y los derechos fundamentales, y en cómo fallan los tribunales. Mirando hacia la historia constitucional chilena,

<sup>5</sup> HESPANHA, António M., *Fazer um império com palavras*, en XAVIER, Ângela Barreto; NOGUEIRA DA SILVA, Cristina (eds.), *O Governo dos outros: poder e diferença no Império Português* (Lisboa, 2016), p. 71.

<sup>6</sup> HESPANHA, António M., *Imbecilias: As bem-aventuras da inferiidade nas sociedades de antigo regime* (Belo Horizonte, 2008), pp. 26-28.

<sup>7</sup> DUVE, Thomas, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, en *Mitteilungen des Sonderforschungsbereichs „Pluralisierung und Autorität in der Frühen Neuzeit. 15.-17. en Jahrhundert, 1* (2007), pp. 37-40.

<sup>8</sup> CLAVERO, Bartolomé, *Tantas personas como Estados: por una antropología política de la historia europea* (Madrid, 1986); GARRIGA, Carlos, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en *Istor. Revista de Historia Internacional*, 16 (2004), pp. 3-44; HESPANHA, António M., *Early modern law and the anthropological imagination of old European culture*, en MARINO, John A. (ed.), *Early modern history and the social sciences: Testing the limits of Braudel's Mediterranean* (Kirksville, MO, 2002), pp. 191-204. Una síntesis de esta discusión se encuentra en BASTIAS SAAVEDRA, Manuel, *Jurisdictional Autonomy and the Autonomy of Law: End of Empire and the Functional Differentiation of Law in 19th-Century Latin America*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 26 (2018), pp. 325-337.

por ejemplo, es posible ver cómo muchas transformaciones constitucionales permitieron que el derecho diera cabida a mayor diversidad, pero también es posible observar que temas como el lugar de los pueblos originarios o temas de orientación sexual aún no encuentran expresión jurídica sustantiva<sup>9</sup>. Estas omisiones del derecho, por su importante relevancia social, no debieran convertirse en puntos ciegos para la historia del derecho.

En este artículo se sugiere que el desafío de la diversidad para la historia del derecho radica en una diferencia fundamental entre la observación del derecho y de la sociedad en el mundo contemporáneo. La reorganización del derecho en torno al principio de igualdad significó que el derecho ya no podía reconocer ninguna diferencia que no fuera producida por el propio derecho. Las categorizaciones sociales que hasta entonces se consideraban naturales y que, como tales, tenían sentido para el derecho, fueron sustituidas por el principio abstracto de igualdad ante la ley, creando así una fractura entre las diferencias social y jurídicamente relevantes. Esta fractura es, por ejemplo, la causa de la incomodidad que a menudo producen las primeras constituciones latinoamericanas y su silencio respecto de las circunstancias particulares de las poblaciones indígenas. Pero también está en la raíz de las demandas por reconocimiento de determinados grupos o categorías de personas que hasta ahora han estado ausentes de la observación jurídica. El creciente interés por el problema de la diversidad en el discurso jurídico contemporáneo es un reflejo de cómo la sociedad revela los puntos ciegos del sistema jurídico.

Entendido el problema de esta manera, podemos identificar dos cuestiones metodológicas centrales para entender la diversidad dentro de la historia del derecho. En primer lugar, ¿qué tipo de diversidad es objeto del derecho? Segundo, ¿qué tipo de diversidad, ignorada por el derecho, puede ser objeto de investigación histórico-jurídica?<sup>10</sup>. Ambas preguntas representan las dos caras de la misma moneda, pero creo que sólo la segunda pregunta tensiona los enfoques tradicionales de la historia del derecho. Mientras que la historia del derecho se ocupa tradicionalmente de las fuentes jurídicas y, por consiguiente, puede observar las diferencias sociales tal como están construidas por el derecho, el problema que plantea la segunda pregunta es cómo se ocupa el historiador del derecho de aquello que no necesariamente se encuentra en las fuentes jurídicas, es decir, cómo estudiar aquello que no es explícitamente un objeto del derecho. ¿El punto ciego del derecho se convierte necesariamente en un punto ciego para la historia del derecho? Y si no es así, ¿qué criterios utilizamos para decidir qué diferencias sociales que no son relevantes para el derecho deben ser consideradas en la investigación histórico-jurídica?

Si la pregunta se plantea de esta manera, el problema de la diversidad se convierte en un problema de observación, y no de identidad (cultura, raza, etnia,

---

<sup>9</sup> Ver BASTÍAS SAAVEDRA, Manuel, *Embedding Constitutional Differences: Chile (1810-1980)*, en COLLIN, Peter; CASAGRANDE, Agustín (eds.), *Law and Diversity. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective* (Frankfurt, en prensa) I.

<sup>10</sup> COLLIN, Peter, *Research Area 'Law and Diversity': State, Perspectives, and Fundamental Problems* (Frankfurt am Main, 2018).

género, etc.). El enfoque centrado en la identidad se justifica desde la perspectiva de la teoría del derecho que, como ha sostenido Marc Amstutz, cumple la función de tomar las expectativas que tiene la sociedad para con el derecho y ponerlas a disposición del sistema jurídico<sup>11</sup>. Las cuestiones de la identidad tienen así lugar en los debates políticos y sociales, y son elevadas como problemáticas por movimientos políticos y sociales, y como tales no son totalmente seleccionadas por el teórico. El desafío es cómo se puede utilizar este procedimiento en la historia del derecho, donde las demandas políticas y sociales contemporáneas no son necesariamente pertinentes, y donde tomar el atajo de seleccionar categorías contemporáneas para su uso en la investigación histórico-jurídica conlleva el problema de recrear los puntos ciegos del derecho de una manera diferente.

Entender el desafío de la diversidad como un problema de observación requiere entender la diversidad como paradoja. Este argumento implica dos ideas complementarias. En primer lugar, implica que la diversidad no puede definirse en abstracto, es decir, no puede pensarse como un concepto, porque las distinciones en las que se basa son históricamente contingentes. En este sentido, lo que podemos entender como diversidad es el resultado de distinciones que han sido significativas en diferentes momentos, pero que sometidas a una observación deconstructiva sólo revelan su carácter contingente y paradójico. Visto de esta manera, la diversidad sólo puede entenderse como la paradoja de la unidad entre identidad y diferencia. En segundo lugar, entender la diversidad como una paradoja requiere una metodología —y no un concepto— para encontrarla en las fuentes primarias. Sugiero que las fuentes deben ser tratadas de manera constructivista, pensándolas no tanto como diferentes formas de acceder a la realidad, sino más bien tratándolas como fragmentos que presuponen diferentes maneras de construir la realidad. Este artículo sigue esta estructura del argumento. En la siguiente sección, recurriendo a la teoría de sistemas, trato de concebir la diversidad como una paradoja para distinguir las observaciones del derecho de las del historiador del derecho. En la sección siguiente, examino tres enfoques metodológicos que pueden ayudar a reintroducir las diferencias socialmente relevantes en el campo de la observación del historiador del derecho.

## I. LA DIVERSIDAD COMO PARADOJA

En la literatura sobre la diversidad uno se enfrenta constantemente con categorías que, cuando se enfrentan críticamente, parecen no tener ninguna sustancia. Armando Guevara Gil, por ejemplo, siguiendo la reciente literatura antropológica, ha escrito sobre las deficiencias que supone la categoría de indígena: “El énfasis en el particularismo y localismo de las identidades andinas conduce al problema de la pertinencia del concepto de ‘indígena’ para referirse a ese sinnúmero de

---

<sup>11</sup> AMSTUTZ, Marc, *Der zweite Text: Für eine Kritische Systemtheorie des Rechts*, en AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (ed.s), *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie* (Berlin, Bielefeld, 2013), p. 400.

identidades locales tan diferenciadas y fragmentadas<sup>12</sup>. Visto desde la perspectiva de las identidades locales, la categoría de indígena tiende a crear una representación homogénea de lo que en realidad es bastante heterogéneo. Y si se lleva más allá la cuestión de la autoidentificación, continúa Guevara Gil, surgen problemas en los casos donde los antropólogos tienden a clasificar a las comunidades lingüísticas y étnicas como *indígenas*, aún cuando las propias comunidades rechazan explícitamente esta identificación. Aquí vemos como surge una paradoja: ¿son los pueblos indígenas pueblos indígenas?

Desenredar esta pregunta va más allá de los objetivos de esta contribución, pero proporciona un buen ejemplo de los problemas que surgen una vez que se sigue el camino de tratar de definir categorías operativas de diversidad. En los sistemas políticos caracterizados por nociones formales de derecho estatal puede tener sentido identificar a los indígenas para reconocer las diversas formas de vida e historias; pero esto suprime las diversas formas de vida e historias entre los pueblos indígenas; y podríamos entonces identificar cada comunidad indígena diferente sólo para descubrir que algunos de ellos se identifican más bien como ciudadanos y agricultores peruanos. Todas estas perspectivas proporcionan una respuesta diferente a la pregunta fundamental de “¿quiénes son los pueblos indígenas?”<sup>13</sup> con la cual se busca identificar una unidad que pueda sostener todas las diferencias, es decir, encontrar una categoría que no contenga ninguna paradoja.

La teoría de sistemas propone una forma diferente de encarar este problema al darle un carácter fundante a las paradojas: “Cuando los observadores continúan buscando una realidad última, una fórmula concluyente, una identidad final, se encontrarán con la paradoja. Tal paradoja no es simplemente una contradicción lógica [...] sino que una declaración fundacional: El mundo es observable *porque* es inobservable”<sup>14</sup>.

Luhmann concibe el mundo como una unidad inobservable que, sin embargo, puede ser observada de diferentes maneras<sup>15</sup>. Mientras el lugar de la *unidad inobservable* fue ocupado por Dios, y las diferencias que se podían observar en el mundo fueron vistas como el producto de su creación —la separación de la luz de las tinieblas; de la tierra de los mares; de las criaturas racionales de las irracionales; la secuencia de los días, etc.—, la semántica de unidad y diferencia del

<sup>12</sup> GUEVARA GIL, Jorge A., *Diversidad y complejidad legal: Aproximaciones a la antropología e historia del derecho* (Lima, 2009), p. 86.

<sup>13</sup> Es interesante observar cómo diferentes autores han abordado este problema, y cómo exponiendo los diferentes matices conduce a un crecimiento exponencial de distinciones. Ver e.g. CORNTASSSEL, Jeff, *Who is indigenous?: 'Peoplehood' and ethnonationalist approaches to rearticulating indigenous identity*, en *Nationalism and Ethnic Politics*, 9/1 (2010), pp. 75-100; FIELD, Les W., *Who are the Indians?: Reconceptualizing Indigenous Identity, Resistance, and the Role of Social Science in Latin America*, en *Latin American Research Review*, 29/3 (1994), pp. 237-248; REID, Lawrence A., *Who are the Indigenous? Origins and Transformations*, en *The Cordillera Review. Journal of Philippine Culture and Society*, 1/1 (2009), pp. 3-25; WEAVER, Hilary N., *Indigenous Identity: What Is It and Who Really Has It?*, en *The American Indian Quarterly*, 25/2 (2001), pp. 240-255.

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas, *The Paradox of Observing Systems*, en *Cultural Critique*, 31 (1995), p. 46. La traducción es del autor. Subrayado en el original.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (Frankfurt am Main, 1998), pp. 155-156.

antiguo régimen sirvió para ocultar las paradojas de la observación. El observador racional podía dar sentido a las cosas basándose en el supuesto epistemológico de “un observador-una naturaleza-un mundo”<sup>16</sup>. Sin embargo, si ya no es posible presuponer que las diferencias surgen de la Creación, sólo nos quedan las paradojas: el fundamento autorreferencial de las diferencias<sup>17</sup>. De acuerdo con la concepción de Luhmann, nos quedamos así con las diferencias como aquello que se puede observar en un mundo que, de otro modo, nunca (o ya no) puede ser observado bajo el prisma de la unidad.

La teoría de sistemas le da así a las paradojas un lugar fundacional porque son intrínsecas a la observación y, por lo tanto, están en la base de todo conocimiento y toda acción. Sin embargo, cuando se habla de observadores en términos de la teoría de sistemas, estamos muy lejos del paradigma sujeto-objeto de la filosofía de la conciencia. Luhmann habla de las observaciones como operaciones que utilizan distinciones para separar dos lados con la función de designar uno de esos lados<sup>18</sup>. Una observación es, por lo tanto, una unidad compuesta de tres elementos: la distinción, un lado indicado y un lado no-indicado. Es, como tal, la unidad de una diferencia. Para el observador, sin embargo, la unidad de la operación se vuelve inobservable, preocupándose sólo por el lado interno de la distinción, lo que, por supuesto, es necesario para construir estructuras más complejas. El lado interno de la indicación tiene valor conectivo, lo que permite que nuevas operaciones se basen en operaciones anteriores. La complejidad sólo puede aumentarse sobre indicaciones que se han hecho, y no sobre aquellas que no se han hecho.

Los sistemas sociales se entienden como observadores en el sentido anterior y son los observadores que, según Luhmann, deben ser observados por la sociología. Los sistemas son distinciones, a saber, la diferencia entre sistema y entorno. Como tales son tautológicos o paradójicos; se producen por las distinciones que utilizan para operar construyendo de este modo tanto el sistema como el entorno. En el lado interno de la distinción, el sistema puede funcionar, construir sus estructuras y aumentar su complejidad interna, mientras que el entorno permanece como un horizonte indeterminado de sentido. Los diferentes sistemas utilizan la distinción sistema/entorno de maneras diferentes, lo que significa que la respuesta a las preguntas “qué es el sistema” y “qué es el entorno” dependerá de la distinción utilizada por el observador. El sistema jurídico, por ejemplo, se basa en la distinción derecho/no-derecho; es la manera en que la operación recursiva de esta distinción ha creado estructuras para sostener y reproducir la distinción derecho/no-derecho. Pero, como todo sistema, el derecho se basa en una diferencia (derecho/no-derecho) y, por lo tanto, no puede observar su propia unidad: sólo puede funcionar como derecho, y no como no-derecho.

---

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas, *Deconstruction as Second-Order Observing*, en *New Literary History*, 24/4 (1993), p. 765.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft*, cit. (n. 15), p. 770.

<sup>18</sup> Esto quiere decir que no sólo los individuos, como sistemas psicológicos, observan. Los sistemas que observan pueden ser biológicos (el cuerpo, las células, etc.), neurofisiológicos (el cerebro), o sociales (familias, el sistema del derecho, los historiadores) e independientemente de su realidad material, se definen por las distinciones que usan. LUHMANN, Niklas, cit. (n. 15), p. 767.

Los elementos de la teoría de la diferencia de la teoría de sistemas pueden ser una forma de abordar el derecho y la diversidad. Para funcionar, el derecho tiene que ser un lado de la distinción, no puede ser la unidad de derecho y no-derecho; no puede ser paradójico. Por supuesto, como todo sistema —o toda distinción— el derecho se funda en una paradoja: la distinción inicial que separa el derecho del no-derecho. Pero como las paradojas no tienen valor conectivo, el sistema jurídico tiene que ocultar la paradoja para poder funcionar —tiene que desparadojizar la paradoja—. La desparadojización es el uso creativo de las paradojas: es la manera en que se introducen nuevas distinciones para ocultar la paradoja fundacional y neutralizar así el efecto de la paradoja, desplazándola hacia el futuro<sup>19</sup>. Las distinciones entre el derecho natural y el derecho humano, el origen mítico de la propiedad y la concepción de los derechos naturales como derechos anteriores al derecho, y más recientemente la distinción entre legislación y adjudicación o la distinción entre moralidad y legalidad, han sido técnicas de desparadojización —como formas en que el derecho deja de observar su propia contingencia—<sup>20</sup>.

La diversidad, sin embargo, no puede ser entendida de la misma manera. El problema de la diversidad es que, como tal, no permite operacionalización: las leyes no pueden abordar, y los historiadores no pueden investigar la diversidad sin seleccionar y generar exclusiones. Cuando las leyes o las investigaciones se centran en la diversidad étnica, por ejemplo, ello produce un lado interno, operativo, y un lado externo e indeterminado, que sin embargo incluye todas las demás formas de diversidad excluidas de la indicación. Para saber algo sobre la diversidad hay que hacer una selección: la diversidad tiene que ser sexual, o religiosa, o racial, o étnica, o lingüística, y así sucesivamente. Este tipo de selecciones son formas de desparadojizar la paradoja de la diversidad. La diversidad, sin embargo, debe ser una paradoja porque representa una unidad que, como tal, no puede ser observada. En otras palabras, la diversidad como paradoja es la unidad de identidad y diferencia, la unidad de lo diferente y lo mismo; y el desafío que plantea la diversidad es que no permite la fijación y, por lo tanto, no tiene valor conectivo.

La diversidad sólo puede hacerse visible como identidad o como diferencia<sup>21</sup>, y esta distinción debe ser hecha por un observador. Esto nos permite retomar el ejemplo proporcionado por la exposición de Guevara Gil sobre la dificultad de fijar la categoría de indígena. El debate que abrió esta sección mostró la dificultad de utilizar la misma categoría cuando es usada por distintos observadores. Cuando las comunidades indígenas locales veían diferencias (su comunidad en relación

<sup>19</sup> TEUBNER, Gunther, *Economics of Gift - Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann*, en *Theory, Culture & Society*, 18/1 (2001), p. 36.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, en *Journal of Law and Society*, 15/2 (1988), pp. 153-165.

<sup>21</sup> Véase una caracterización del problema en un artículo de difusión reciente: “Sin una definición unitaria, la diversidad representa un concepto relativamente abierto, que se puede distinguir por dos aproximaciones. La primera se concentra en la ‘otredad’ de los individuos basado en su pertenencia a grupos específicos, mientras que la segunda aproximación se concentra en las similitudes entre grupos y en la posibilidad de identidades diversas”. GRÖZINGER, Gerd; LANGHOLZ-KAISER, Marlene, *Bewusste Anerkennung von Unterschieden: Diversität in der Wissenschaft*, en *Forschung & Lehre*, 3/18 (2018), p. 199 Traducción del autor.

con otras), el antropólogo veía identidad (como todas ellas perteneciendo a una identidad indígena); y cuando el antropólogo veía diferencia (como la diferencia indígena/no-indígena), la autoidentificación de la comunidad veía identidad (como perteneciendo a una comunidad política peruana). Y más allá del ejemplo, hay ciertamente otros observadores: la constitución política, la OIT y su Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, los medios de comunicación, los jueces, y así sucesivamente. De esta manera, la categoría indígena no es problemática como una cuestión de sustancia (si acaso existen o no los pueblos indígenas), sino que por la inconmensurabilidad de las diferentes maneras en que distintos observadores asignan la distinción indígena/no-indígena.

Y, por supuesto, está el sistema del derecho como un observador que genera distinciones que son significativas para la conexión de sus propias operaciones (por ejemplo, pronunciar sentencias). Las múltiples distinciones utilizadas por la cultura jurídica de la temprana modernidad se basaban en la concepción de que lo que había en el mundo debía tener un correlato en la literatura jurídica. Las diferencias sociales presumidas como naturales se captaban a través de las *iura singularia* o *privilegia* mediante las cuales conjuntos de personas o circunstancias sociales encontraban un correlato en la esfera jurídica: nobles, pobres y miserables, ancianos, enfermos, comerciantes, etc. Más tarde, en el proceso de la conquista española, la cuestión de cómo clasificar a los habitantes originales del continente americano requería, por supuesto, una solución jurídica, que se encontró en la analogía de las *personae miserabiles*<sup>22</sup>. La apertura estructural del *ius commune* no podía no ver a los indios: “Los indios del Perú, como los demás de Occidente, son, y deben ser reputados entre las personas que el derecho llama miserables [...]”<sup>23</sup>. Ciertamente se podría cuestionar si ésta era una descripción *justa* de los pueblos que designaba, pero por ahora basta destacar el hecho de que cuando el derecho observaba a los indígenas era como miserables —el derecho reducía la complejidad de la realidad para servir a sus propias distinciones autorreferenciales—.

Viendo la forma en que el derecho observa el mundo en este contexto, los historiadores del derecho pueden vislumbrar la forma en que se construían diferencias sociales en la sociedad en general<sup>24</sup>. Pero con el comienzo de la era de las constituciones escritas, la creciente importancia del principio de igualdad erosionó la simetría relativa entre las diferencias sociales y las jurídicas. La fijación de las diferencias mediante privilegios fue sustituida en su mayor parte por distinciones jurídicas que ya no se correspondían necesariamente con las diferencias sociales construidas fuera del derecho. En las repúblicas latinoamericanas recién fundadas, para continuar con nuestro ejemplo, la condición indígena ya no era una diferencia que pudiera ser observada por el derecho. En otras palabras, los pueblos indígenas no fueron necesariamente asimilados —sosteniendo sus diferencias lingüísticas,

<sup>22</sup> DUVE, Thomas, *Sonderrecht*, cit. (n. 7), pp. 37-38.

<sup>23</sup> CAMPO Y DE LA RYNGA (1671) citado en: DUVE, Thomas, *Sonderrecht*, cit. (n. 7), p. 38.

<sup>24</sup> Ver e.g. HESPANHA, António M., *Sabios y rústicos: la dulce violencia de la razón jurídica*, en ÉL MISMO, *La gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna* (Madrid, 1993); HESPANHA, António M., *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações, e crimes* (Lisboa, 2015).

étnicas y culturales—pero cuando se enfrentaban al sistema jurídico tenían que ser tratados de acuerdo con las distinciones relevantes para el derecho (ciudadano/no-ciudadano; propietario/no-propietario; comprador/vendedor; casado/soltero; y así sucesivamente)<sup>25</sup>. La reorganización del derecho en torno al principio de igualdad significaba que el derecho ya no podía reconocer ninguna diferencia que no fuera producida por el propio derecho; una vez más, reducía la complejidad de la realidad al servicio de sus propias distinciones autorreferenciales.

Con esta representación del derecho, el problema de la diversidad se vuelve necesariamente más complejo porque la diversidad (identidad/diferencia) dentro del derecho ya no se corresponde con la diversidad en la sociedad<sup>26</sup>. Además, viendo como el derecho observa el mundo en este contexto, los historiadores del derecho ya no pueden ver la forma en que se construyen las diferencias sociales en la sociedad en general. Y si la identidad indígena ya no es relevante en las diversas fuentes jurídicas —la constitución, los códigos, la legislación— la historia del derecho puede ocuparse de distinciones legales, que afectan a las poblaciones indígenas como ciudadanos, compradores/vendedores, víctimas, demandantes, etc., pero para las cuales las particularidades de la condición indígena no tienen consecuencia jurídica alguna. Alternativamente, el historiador del derecho puede buscar fuentes jurídicas que afectan a las poblaciones indígenas en particular, es decir, como personas indígenas (lo que se encuentra fundamentalmente en la legislación), como la forma en que el derecho genera una diferencia jurídicamente relevante entre indígenas/no-indígenas<sup>27</sup>.

Este enfoque vincula las observaciones del historiador del derecho a las observaciones del derecho; pero la otra cara de la moneda es que restringe la historia del derecho a los puntos ciegos del derecho. ¿Se puede evitar esto? Esto nos lleva a la cuestión de cómo el historiador del derecho debe tratar aquello que no necesariamente se encuentra en las fuentes jurídicas, aquello que no es objeto del derecho. ¿Cómo se pueden reintroducir las representaciones sociales de la diversidad en la observación del historiador derecho? En mi opinión, hay dos alternativas. La primera, y la más común, es que el historiador introduzca la distinción. Pero esto implica una selección que, como hemos dicho, reconstruye

---

<sup>25</sup> La siguiente cita puede servir de ejemplo: “La independencia del Perú, como la de muchos otros países, hispanoamericanos, se vio fuertemente influida por el pensamiento liberal e individualista. Siguiendo sus doctrinas, se reclamó la igualdad legal de todos los peruanos, aboliendo las viejas repúblicas coloniales y las leyes discriminatorias. El resultado era bastante triste. A fuerza de reclamar la unidad del país, se ignoraron las verdaderas y hondas diferencias entre sus pobladores, como si se creyera que aboliendo las distinciones legales e implementando instituciones comunes se produciría, automáticamente, una igualdad”. HERZOG, Tamar, *Percebir el otro: El código penal de 1924 y la división de los peruanos en personas ‘civilizadas’, ‘semi-civilizadas’ y ‘salvajes’*, en SCHOLZ, Johannes-Michael; HERZOG, Tamar (eds.), *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World* (Frankfurt am Main, 1997), p. 403.

<sup>26</sup> A nivel teórico, esto se puede relacionar con lo que ha sido llamado *super-diversidad*, como la “diversificación de la diversidad”. Ver VERTOVEC, Steven, *Super-diversity and its implications*, en *Ethnic and Racial Studies*, 30/6 (2007), pp. 1024–1054.

<sup>27</sup> Ver, e.g., SILVA, Denise; HARRIS, Mark (eds.), *Indigenous peoples and the law: Critical concepts in law*, 4 vols (Abingdon Oxon, 2019); WATSON, Irene (ed.), *Indigenous peoples as subjects of international law* (Abingdon Oxon, 2018).

sus propias exclusiones. Esta es la razón teórica por la que la aplicación de distinciones contemporáneas, como la *d i v e r s i d a d c u l t u r a l*, a la investigación histórica puede ser simplemente una forma de transferir nuestros propios puntos ciegos al pasado, y tal vez incluso nos impida comprender mejor las inclusiones y exclusiones que fueron funcionales a otros contextos históricos. Para el historiador, por lo tanto, la diversidad debe sostenerse como paradoja: puede observarse como una selección, pero no puede ser la selección del historiador.

La distinción, por tanto, no debe centrarse en la diversidad sino en los niveles de observación. El historiador del derecho debe desvincular sus observaciones de la observación del derecho. Esta es la idea que subyace a la diferencia entre observación de primer y de segundo orden. El derecho, en este caso, es el observador de primer orden que opera a través de su propia distinción de derecho/no-derecho, ciego a su propia unidad y ciego a su entorno. En cambio, el historiador del derecho, como observador de segundo orden, está limitado a sus propias distinciones –y es, así, también un observador de primer orden– pero no a las del derecho. Como tal, la observación de segundo orden puede observar la unidad derecho/no-derecho, puede observar la manera en que se hicieron las distinciones y puede observar la contingencia de la indicación. Como observador de segundo orden, el historiador del derecho puede alternar entre derecho y no-derecho, puede revelar la contingencia de la distinción y puede observar cómo se produce la desaparadójización de la diversidad a ambos lados de la distinción. Si se toma la diversidad como una paradoja, el derecho será el lugar donde el historiador tendrá que buscar respuestas: el propio derecho tendrá que desenmarañarse y sus límites tendrán que volver a trazarse, las fuentes conocidas tendrán que volver a leerse y habrá que buscar nuevos tipos fuentes.

## II. DERECHO, DIVERSIDAD E HISTORIA DEL DERECHO

Como historiadores estamos acostumbrados a estudiar un tema a través de diferentes fuentes bajo el supuesto de que actúan como diferentes formas de mirar el mismo objeto. Sin embargo, el debate sobre la categoría indígena reveló que los problemas que supone la categoría no están relacionados con el significante que designa, sino que son una consecuencia de la inconmensurabilidad entre las diferentes formas en que la distinción es utilizada por distintos observadores. El enfoque diferencial explorado hasta ahora disuelve el supuesto de una realidad independiente que puede reconstruirse a través de diferentes fuentes y enfatiza la necesidad de adoptar una aproximación radicalmente constructivista a las fuentes primarias, bajo el argumento que las fuentes en realidad están construyendo los objetos que observan. Y para que esto sea operativo, el historiador del derecho debe tener en cuenta la pluralidad de fuentes producidas en y en torno a las comunicaciones jurídicas y leerlas unas *c o n t r a* otras. A continuación, propongo tres enfoques metodológicos que pueden utilizarse para revelar la forma en que el derecho trata la diversidad.

### 1. *Reconstruir la distinción entre derecho y no-derecho*

El límite que señala la distinción entre lo que pertenece al derecho y lo que

no, debe ser historizada y reconstruida inductivamente. Esta distinción puede reconstruirse como la diferencia entre lo que tiene valor normativo-legal y lo que tiene valor normativo fuera del derecho<sup>28</sup>, y cómo se producen los cruces en una u otra dirección. La forma en que se construye esta distinción puede utilizarse para explorar cómo el derecho reconstruye diferencias sociales como diferencias legalmente relevantes, pero también como una exploración de los argumentos y razones que se utilizan para la inclusión y exclusión del derecho.

Un ejemplo es el estudio de Peter Collin sobre los tribunales de honor en la Alemania de principios del siglo XX como lugar de interacción entre las normatividades legales y no-legales<sup>29</sup>. Collin sostiene que el tratamiento del honor profesional no era uniforme y variaba claramente según la forma en que las representaciones del honor interactuaban con los órganos jurídicos del Estado. Como recurso normativo que regulaba la conducta colectiva de determinadas profesiones, el honor se regulaba y aplicaba de diferentes maneras según el grupo respectivo. Con respecto a la forma en que se regulaba, podía ir desde nociones difusas de honor dentro del grupo hasta las regulaciones sancionadas por el Estado, pasando por los códigos de honor profesionales. La forma de sanción también podía variar desde las manifestaciones espontáneas de desaprobación hasta las sanciones a través de tribunales dentro de las asociaciones o a través de los tribunales de honor establecidos por el Estado. En este nivel superior de ejecución, se pueden observar las divergencias de racionalidad normativa entre las decisiones de los tribunales de primera instancia, basadas más en representaciones profesionales de honor, y los tribunales superiores en los que las concepciones jurídicas adquirirían mayor importancia.

Dado que las leyes que regulaban el honor profesional en los tribunales establecidos por el Estado (para las bolsas de valores, para los abogados y para los médicos) sólo proporcionaban directrices generales, los casos que podían considerarse faltas al honor profesional tenían que desarrollarse a través de la práctica jurisprudencial de los tribunales. Por consiguiente, las concepciones normativas que informaban las decisiones de los tribunales de honor no procedían de la ley, sino que tenían que *e n c o n t r a r s e* mediante el consenso de las partes afectadas. Dado que las leyes ordenaban que los tribunales castigaran las violaciones del honor, esta fue una forma en que la normatividad no-legal era introducida en el derecho<sup>30</sup>. Collin señala correctamente que el reconocimiento estatal de estos tribunales fue importante para el proceso de introducción en el derecho de normas generadas socialmente. Esto apunta a la manera en que la distinción derecho/no-derecho se estaba construyendo en dos niveles: primero, al seleccionar qué concepciones del honor podían llegar a ser consideradas legal-

---

<sup>28</sup> Esto incluye un aspecto del programa de investigación sobre multinormatividad, aunque no el énfasis en el conocimiento tácito sobre el que se basan la producción de normas. Ver DUVE, Thomas, *Was ist »Multinormativität«?: Einführende Bemerkungen*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 25 (2017), pp. 88-101.

<sup>29</sup> COLLIN, Peter, *Ehrengerichtliche Rechtsprechung im Kaiserreich und der Weimarer Republik*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 25 (2017), pp. 138-150.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, pp. 147-148.

mente relevantes, es decir, qué normas no-legales podían convertirse en normas legales; y, segundo, al seleccionar qué asociaciones profesionales adquirirían esta capacidad institucional: abogados, miembros de las bolsas de valores y médicos, y no miembros de otras profesiones.

Un segundo ejemplo de la construcción de la distinción entre derecho y no-derecho es la discusión de Cristina Nogueira da Silva sobre las representaciones jurídicas del Imperio Portugués a finales del siglo XIX<sup>31</sup>. En consonancia con la creciente importancia dogmática de la igualdad y la uniformidad en el curso del siglo XIX, el espacio imperial portugués empezaba a ser imaginado por los juristas contemporáneos como un espacio jurídico continuo y homogéneo en el que las diferentes partes del imperio —en Europa, en África y en Asia— participaban por igual. Un decreto de 1869 que ampliaba la aplicación del Código Civil portugués a los territorios de ultramar intentó corregir la discontinuidad percibida en el derecho civil que se había producido mediante su promulgación en 1867. Sin embargo, Nogueira destaca que la creciente importancia de la construcción de un espacio jurídico uniforme fue acompañada del reconocimiento de la pluralidad de los territorios de ultramar. Así, la introducción de los códigos metropolitanos tenía por objeto coexistir transitoriamente con, pero eventualmente superar, los diferentes órdenes normativos que existían en los distintos territorios del imperio portugués.

El estudio de Nogueira muestra, así, cómo la aplicación del Código Civil fue discontinua en todo el imperio portugués debido al reconocimiento simultáneo de los usos y costumbres nativos. Es particularmente relevante, sin embargo, que tanto la concepción unitaria como el reconocimiento de la diversidad se construyeron desde la perspectiva de la metrópoli. Desde el decenio de 1850 el imperio portugués había reconocido la validez jurídica de los usos y costumbres nativos en espacios donde su influencia era escasa, no sólo como una forma de reconocer la diversidad de las culturas locales sino también, mediante el nombramiento de jueces europeos, como una forma de alcanzar una *civilización* progresiva. La extensión del Código Civil hacia los territorios portugueses sostuvo así este reconocimiento del derecho local y requirió no sólo la aplicación de los usos y costumbres por parte de los europeos sino también su codificación. En última instancia, la ampliación del Código Civil portugués pretendía la reducción y eliminación gradual de la diversidad de los territorios de ultramar mediante el mantenimiento selectivo de su diversidad. El estudio de Nogueira es, pues, un buen ejemplo de los cruces entre el derecho y el no-derecho, al poner de relieve la forma en que los usos y costumbres se introdujeron (o se reconstruyeron) en el derecho portugués y cómo fueron gradualmente eliminados de la observación jurídica.

## 2. *Descomponiendo la representación homogénea del derecho*

Otra alternativa es descomponer la representación homogénea del derecho

---

<sup>31</sup> NOGUEIRA DA SILVA, Cristina, *A dimensão imperial do espaço jurídico português: Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e XX*, en *Rechtsgeschichte*, 23 (2015), pp. 187-205.

para ver cómo se representan las mismas cuestiones en diferentes ámbitos del derecho. António Manuel Hespanha, por ejemplo, ha sostenido recientemente que el derecho europeo de la modernidad temprana puede entenderse como un conjunto de sistemas comunicativos interrelacionados que comprenden una esfera de derecho oral, una esfera de derecho escritural y una esfera de derecho académico. Tomando sólo el dispositivo compartido de *decir el derecho*, Hespanha trata de volver a trazar los límites de la investigación histórico-jurídica: “Este enfoque hace que los supuestos establecidos sean problemáticos, como la separación entre *románica* y *germánica*, el carácter inclusivo de las leyes *nacionales* o estatales, y la unidad integral del derecho erudito (identificado con la doctrina jurídica académica). A la inversa, apoya los intereses de investigación emergentes sobre temas como la artificialidad y complejidad de las *naciones*, la coexistencia en el mismo territorio de diferentes comunidades jurídicas, separadas por la división oral/escritura o por prácticas peculiares de decir el derecho, y el impacto de las *materalidades* de la comunicación jurídica sobre el contenido de la ley. Este cambio metodológico sugerirá nuevas agregaciones y divisiones, lejos de las cultivadas por una historiografía orientada por conceptos como *nación*, *estado*, corrientes de pensamiento jurídico y credos religiosos o filosóficos”<sup>32</sup>.

Esto subraya la importancia de entender al historiador del derecho como un observador de segundo orden: la manera en que el derecho se describe a sí mismo puede considerarse como contingente y, por consiguiente, no tiene que informar la manera en que el historiador construye sus propias unidades de observación.

En cierto sentido, esta aproximación puede utilizarse también para resaltar la diferenciación interna del derecho, por ejemplo, en la forma en que las diferentes áreas del derecho siguen lógicas diferentes. El artículo de Tamar Herzog sobre el Código Penal peruano de 1924, por ejemplo, muestra cómo el derecho penal se movilizó para construir diferencias en la asignación de la responsabilidad penal para cumplir las aspiraciones de uniformidad social consagradas en la constitución y en el código civil de Perú. La introducción de la diferencia entre *civilizados*, *semi-civilizados* y *salvajes* para asignar la responsabilidad penal fue una forma de construir diferencias dentro del derecho en respuesta a las deficiencias percibidas en la constitución y los códigos del siglo XIX que presumían una igualdad abstracta en condiciones de evidente diferencia cultural. El Código Penal de 1924 se convirtió así en una forma de crear la deseada homogeneidad de la población sometiendo a los individuos *semi-civilizados* y *salvajes* a colonias agrícolas donde podían recibir *civilización*, a diferencia de los delincuentes que eran *educados* en las prisiones. Además, los *salvajes* podían ser enviados a estas colonias por un período de hasta 20 años y la pena no se determinaba en función de la gravedad del delito. Herzog también sostiene que, aunque el Código Penal de 1991 (que derogó el de 1924) eliminó las distinciones más racistas del código anterior, reintrodujo nuevas dife-

---

<sup>32</sup> HESPANHA, António M., *Southern Europe (Italy, Iberian Peninsula, France)*, en PIHLAJAMÄKI, Heikki; DUBBER, Markus D.; GODFREY, Mark (eds.), *The Oxford handbook of European legal history* (Oxford, 2018), p. 333.

rencias en la asignación de la responsabilidad penal mediante la figura del “error de comprensión culturalmente condicionada”<sup>33</sup>.

Lamentablemente, el artículo no aborda la cuestión más interesante de si y cómo los jueces aplicaron estas distinciones. Dado que el Código Penal no indicaba definiciones de personas *civilizadas*, *semi-civilizadas* y *salvajes*, esto se dejó al sentido común “de los que tenían que aplicar los textos y, presumiblemente, totalmente evidentes y de fácil deducción”<sup>34</sup>. Tal vez, como sostiene Herzog, la falta de una definición jurídica de esas categorías de personas se debió a que, entre otras cosas, era *evidente* para los legisladores. No obstante, habría sido interesante analizar cómo los jueces aplicaban esta diferencia, ya que revelaría si la falta de definición jurídica conducía a una falta de aplicación o si, por el contrario, algún tipo de preconcepción racista se abría camino en el razonamiento jurídico y en la adjudicación de manera análoga a lo que Peter Collin describió para los tribunales de honor en Alemania. En cualquier caso, este tipo de casos revela que incluso la presunta unidad del derecho penal puede suspenderse para observar discrepancias y diferentes maneras de construir la diferencia entre el texto legal y su aplicación.

### 3. *Distinguir los puntos de observación dentro y fuera del derecho*

Esto nos lleva al enfoque metodológico final: decidir qué comunicaciones están dentro y cuáles están fuera del derecho. Los teóricos de sistemas argumentan, por ejemplo, que la legislación pertenece al sistema político y que la ciencia jurídica pertenece al sistema científico. Utilizando esta distinción se puede entender la inconmensurabilidad de las observaciones hechas desde diferentes posiciones.

Un ejemplo de ello puede verse en la forma en que la esclavitud moderna es tratada por el poder judicial brasileño, y en cómo la reconstrucción *científica* de la esclavitud por parte del historiador no influye necesariamente en la descripción *jurídica* de los tribunales. En su estudio de la jurisprudencia contemporánea sobre la aplicación del artículo 149 del Código Penal del Brasil, Mariana Dias Paes argumenta cómo muchos casos de esclavitud moderna no están siendo reconocidos como delitos por el poder judicial brasileño sobre la base de nociones simplistas de lo que fue la esclavitud histórica. La muestra de 107 casos relativos a la aplicación del artículo 149 entre 2006 y 2015 demuestra que más de la mitad (57) de las decisiones han dado lugar a exoneraciones. A pesar de encontrar las condiciones que se especifican en la ley, los casos se absuelven en función a concepciones estereotipadas de la esclavitud —restricciones absolutas a la libertad de circulación, el sometimiento completo de la víctima o la negación completa de la libre voluntad de la víctima—. Mediante estas decisiones, el poder judicial brasileño ha introducido un umbral elevado para reconocer la “condición análoga a la esclavitud”<sup>35</sup>.

Dias, especialista en la historia de la esclavitud en el Brasil, observa cómo

<sup>33</sup> HERZOG, Tamar, cit. (n. 25), p. 413.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>35</sup> DIAS PAES, Mariana, *L'histoire devant les tribunaux: La notion d'esclavage contemporain dans les décisions judiciaires brésiliennes*, en *Brésil(s)*, 11 (2017), pp. 1-25.

la imagen de la esclavitud que dan los jueces, a veces informada por la doctrina jurídica contemporánea, contradice los resultados de las investigaciones históricas realizadas en los últimos decenios. Las representaciones históricas simplistas de la esclavitud informan la jurisprudencia en la aplicación del artículo 149 del Código Penal brasileño y, por lo tanto, se convierten en un obstáculo para combatir la esclavitud moderna. El artículo de Dias muestra muy claramente cómo la condición de la esclavitud no puede derivarse simplemente de condiciones de hecho, sino que debe ser reconstruida por diferentes observadores y cómo esto puede conducir a caracterizaciones incongruentes. También es importante porque muestra que, aunque los jueces presuman basarse en conocimiento histórico, este puede no ser el caso. Lo que este tipo de incongruencias muestra en última instancia es que los procesos de traducción no pueden limitarse a situaciones de contacto intercultural, sino que también ocurren cuando se trata de diferentes lugares de observación estructurada: el conocimiento histórico no se introduce de forma inmediata en la observación jurídica, sino que debe reconstruirse.

Un problema similar se observa en la discrepante caracterización de los indígenas entre la legislación y el Código Civil en Chile. Entre 1850 y 1910, el Estado chileno, preocupado por la pérdida de tierras públicas, trató de limitar las capacidades jurídicas de los habitantes indígenas del sur. Una serie de decretos (1853, 1855, 1856) sometieron las ventas de tierras indígenas a la supervisión de los intendentes; otros (1856, 1857) restringieron las condiciones en las que los indígenas podían otorgar poderes; y, otro grupo de decretos (1874, 1883, 1893) finalmente prohibieron todas las ventas de tierras indígenas<sup>36</sup>. Aunque su objetivo principal era ser un instrumento para salvaguardar los intereses del Estado, estos decretos también tenían por objeto evitar que se desposeyera a los pueblos indígenas en una época en que la tierra había adquirido un importante valor especulativo. Los decretos, en última instancia, no cumplieron los objetivos previstos.

Una de las principales conclusiones de la Comisión Parlamentaria de Colonización de 1912, creada para abordar “los abusos cometidos con ocupantes de tierras y colonos nacionales en algunas zonas de colonización”<sup>37</sup>, fue que los esfuerzos por limitar la venta de tierras indígenas habían fracasado debido a la forma en que el poder judicial aplicaba (o no aplicaba) las leyes específicas para el territorio. En su informe para la Comisión, Carlos Ibarra, el Protector de Indígenas de Valdivia, examinó la forma en que se utilizaban los instrumentos del derecho privado para despojar a las poblaciones indígenas locales de sus tierras. Muchos de estos abusos se debieron, según Ibarra, a las cuestiones teóricas que los decretos no habían abordado: “¿Pueden los indígenas renunciar a su condición de tales?”; “¿Quiénes son indígenas?”; “¿Puede enajenar su propiedad raíz un indígena que la ha adquirido con su peculio, por herencia o donación?”<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> BASTIAS SAAVEDRA, Manuel, *Weltgesellschaft, Functional Differentiation, and the Legal System: Modernisation of Law in the Chilean Frontier (1790-1850)*, en *Archiv für Sozialgeschichte*, 57 (2017), pp. 187-210.

<sup>37</sup> Congreso Nacional, *Comisión Parlamentaria de Colonización: Informe, Proyectos de Ley, Actas de las Sesiones y otros antecedentes* (Santiago, 1912), p. v.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 189-190.

Por supuesto, el juez tiene que decidir —y una forma de evitar los problemas que plantean estas preguntas es simplemente no considerar la condición de indígena, y aplicar el Código Civil—. La situación aquí descrita puede ser reformulada como un ejemplo de cómo las diferencias tienen que ser construidas y no pueden ser simplemente derivadas de hechos naturales o culturales dados, y cómo el Estado buscó introducir una diferencia que el derecho civil, a través de su propia lógica de agencia individual abstracta, no pudo observar.

#### CONCLUSIONES

En esta contribución se ha sostenido que el desafío de la diversidad debe tratarse como un problema de observaciones incongruentes entre el derecho y la sociedad. Esta diferencia en las observaciones se percibe especialmente a partir del siglo XIX. La reorganización del derecho en torno al principio de igualdad significó que el derecho ya no podía reconocer ninguna diferencia que no fuera producida por el propio derecho, creando así una fractura entre las diferencias social y jurídicamente relevantes. Esta forma de entender el problema plantea retos particulares al historiador del derecho interesado en estudiar la diversidad: ¿podemos estudiar sólo la forma en que la diversidad se construye dentro del derecho? La solución propuesta por este artículo ha sido evitar caer en los problemas de definición que implica la categoría de diversidad. En su lugar, sugiero que pensar la diversidad como una paradoja permite al historiador del derecho asumir la posición de un observador de segundo orden y estudiar la manera en que identidad y diferencia son construidas por diferentes observadores tanto dentro como fuera del derecho —teniendo siempre en cuenta la contingencia de esta y otras distinciones—. En última instancia, alternando de esta manera entre el derecho y sus puntos ciegos, seremos capaces de mejorar nuestra comprensión de lo que ha sido la historia del derecho.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AMSTUTZ, Marc, *Der zweite Text: Für eine Kritische Systemtheorie des Rechts*, en AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (eds.), *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie* (Berlin, Bielefeld, 2013).
- ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1983, London, 2006).
- APPADURAI, Arjun, *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization* (Minneapolis, MN, 1996).
- BASTIAS SAAVEDRA, Manuel, *Weltgesellschaft, Functional Differentiation, and the Legal System: Modernisation of Law in the Chilean Frontier (1790-1850)*, en *Archiv für Sozialgeschichte*, 57 (2017), pp. 187-210.
- Jurisdictional Autonomy and the Autonomy of Law: End of Empire and the Functional Differentiation of Law in 19th-Century Latin America*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 26 (2018), pp. 325-337.
- Embedding Constitutional Differences: Chile (1810-1980)*, en COLLIN, Peter; Casagrande,

- Agustín (eds.), *Law and Diversity. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective* (Frankfurt am Main, en prensa) I.
- CLAVERO, Bartolomé, *Tantas personas como Estados: Por una antropología política de la historia europea* (Madrid, 1986).
- COLLIN, Peter, *Ebrengerichtliche Rechtsprechung im Kaiserreich und der Weimarer Republik*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 25 (2017), pp.138-150.
- Research Area 'Law and Diversity': State, Perspectives, and Fundamental Problems* (Frankfurt am Main, 2018).
- CONGRESO NACIONAL, *Comisión Parlamentaria de Colonización: Informe, Proyectos de Ley, Actas de las Sesiones y otros antecedentes* (Santiago, 1912).
- CORNATSEL, Jeff, *Who is indigenous?: 'Peoplehood' and ethnonationalist approaches to rearticulating indigenous identity*, en *Nationalism and Ethnic Politics*, 9/1 (2010), pp. 75-100.
- DIAS PAES, Mariana, *L'histoire devant les tribunaux: La notion d'esclavage contemporain dans les décisions judiciaires brésiliennes*, en *Brésil(s)*, 11 (2017), pp. 1-25.
- DUVE, Thomas, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit*, en *Mitteilungen des Sonderforschungsbereichs „Pluralisierung und Autorität in der Frühen Neuzeit. 15.-17. Jahrhundert*, 1 (2007), pp. 37-40.
- Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 20 (2012), pp. 18-71.
- Was ist "Multinormativität"? Einführende Bemerkungen*, en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 25 (2017), pp. 88-101.
- FIELD, Les W., *Who are the Indians?: Reconceptualizing Indigenous Identity, Resistance, and the Role of Social Science in Latin America*, en *Latin American Research Review*, 29/3 (1994), pp. 237-248.
- GARRIGA, Carlos, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en *Istor. Revista de Historia Internacional*, 16 (2004), pp. 3-44.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval* (Madrid, 1995).
- GRÖZINGER, Gerd; LANGHOLZ-KAISER, Marlene, *Benusste Anerkennung von Unterschieden: Diversität in der Wissenschaft*, en *Forschung & Lehre* 3/18 (2018), pp. 199-200.
- GUEVARA GIL, Jorge A., *Diversidad y complejidad legal: Aproximaciones a la antropología e historia del derecho* (Lima, 2009).
- HERZOG, Tamar, *Percebir el otro: El código penal de 1924 y la división de los peruanos en personas 'civilizadas', 'semi-civilizadas' y 'salvajes'*, en SCHOLZ, Johannes-Michael; HERZOG, Tamar (eds.), *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World* (Frankfurt am Main, 1997).
- HESPANHA, António M., *Sabios y rústicos: La dulce violencia de la razón jurídica*, en ÉL MISMO, *La gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna* (Madrid, 1993).
- Early modern law and the anthropological imagination of old European culture*, en MARINO, John A. (ed.), *Early modern history and the social sciences: Testing the limits of Braudel's Mediterranean* (Kirksville, MO, 2002).
- Imbecilatas: As bem-aventuras da inferidade nas sociedades de antigo regime* (Belo Horizonte, 2008).
- Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações, e crimes* (Lisboa, 2015).
- Fazer um império com palavras*, en XAVIER, Ângela Barreto; NOGUEIRA DA SILVA, Cristina (eds.), *O Governo dos outros: poder e diferença no Império Português* (Lisboa, 2016).
- Southern Europe (Italy, Iberian Peninsula, France)*, en PIHLAJAMÄKI, Heikki; DUBBER,

- Markus D; GODFREY, Mark (eds.), *The Oxford handbook of European legal history* (Oxford, 2018).
- LUHMANN, Niklas, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, en *Journal of Law and Society*, 15/2 (1988), pp. 153-165.
- Deconstruction as Second-Order Observing*, en *New Literary History*, 24/4 (1993), pp. 763-782.
- The Paradox of Observing Systems*, en *Cultural Critique*, 31 (1995), pp. 37-55.
- Die Gesellschaft der Gesellschaft* (Frankfurt am Main, 1998).
- NOGUEIRA DA SILVA, Cristina, *A dimensão imperial do espaço jurídico português: Formas de imaginar a pluralidade nos espaços ultramarinos, séculos XIX e XX*, en *Rechtsgeschichte*, 23 (2015), pp. 187-205.
- REID, Lawrence A., *Who are the Indigenous? Origins and Transformations*, en *The Cordillera Review. Journal of Philippine Culture and Society*, 1/1 (2009), pp. 3-25.
- SILVA, Denise; HARRIS, Mark (eds.), *Indigenous peoples and the law: Critical concepts in law*, 4 vols (Abingdon Oxon, 2019).
- TEUBNER, Gunther, *Economics of Gift - Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann*, en *Theory, Culture & Society*, 18/1 (2001), pp. 29-47.
- VERTOVEC, Steven, *Super-diversity and its implications*, en *Ethnic and Racial Studies*, 30/6 (2007), pp. 1024-1054.
- WATSON, Irene (ed.), *Indigenous peoples as subjects of international law* (Abingdon Oxon, 2018).
- WEAVER, Hilary N., *Indigenous Identity: What Is It and Who Really Has It?*, en *The American Indian Quarterly*, 25/2 (2001), pp. 240-255.