

Reseña de la “História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX” (Lopes, 2017)

Book review of “História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX” (Lopes, 2017)

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.50.0001>

Andrés Botero Bernal*

* Abogado y licenciado en filosofía y letras. Doctor en historia del derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Doctor en derecho, Universidad de Huelva, España. Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. botero39@gmail.com

REVISTA DE DERECHO

N° 50, Barranquilla, 2018

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Desde hace un buen tiempo seguimos la producción iushistórica de José Reinaldo de Lima Lopes (en especial, Lopes, 2004), no solo por ser uno de los pioneros de esta disciplina en Brasil, sino también porque apunta, agudamente, a cuestiones que me interesan sobremanera, esto es, la *historia de los jueces y la justicia* (no como valor, sino como institución cultural dedicada a la aplicación del derecho y la resolución de conflictos).

Su último trabajo, *“História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX”* (Lopes, 2017), que en cierta manera es un recuento de una investigación de largo aliento empezada varios años antes, me ha llamado mucho la atención por los buenos efectos que puede traer para la iushistoria, en general, y para la iushistoria de los jueces y la justicia, en particular.

Empiezo con sus reflexiones iniciales (contenidas en *“Introducao a uma histórica da justiça e do proceso no Brasil Imperial”* (Lopes, 2017, pp. 9-15)). Allí el autor hace consciente la importancia de la iushistoria “de la *justicia*” (olvida decir “de los *jueces*”, puesto que en su libro, sin duda alguna, también hace esto, especialmente pp.138-146). Parecería que el autor llega a este campo específico fruto de una elección racional, dadas las ventajas que reporta para la historia general, para el derecho y para la iushistoria misma.

En mi caso, mi acceso a este campo fue más por casualidades que por una elección epistémica; sin embargo, coincidí con el autor en que este tema (el judicial) ha sido, en alguna medida, relegado en los estudios iushistóricos y que, a pesar de no ser el más trabajado, es claramente uno muy importante. No obstante, siempre me he cuestionado en este punto: ¿quién diría que su campo de trabajo no es importante para todo y para todos? Las dudas sobre mi supuesta objetividad, fruto de verme tan complaciente ante las buenas palabras justificativas de Lopes, me llevan de nuevo al silencio y el escepticismo. ¿Si es tan importante como queremos creer?

Pero sigamos con nuestro autor. Él señala que esta falta de atención en la iushistoria de la *justicia* (nuevamente agrego: y de los *jueces*) se debe a tres motivos. El primero, que la historia se ha centrado más en la política que en las mismas instituciones normativas, creyendo que la política es el núcleo duro de las organizaciones sociales y el derecho el entramado suave y periférico que refleja dicho núcleo (una especie de rezago marxista que sigue considerando el derecho como una superestructura dependiente de la política y/o la economía). Además, cuando la historia centra sus atenciones en lo jurídico, generalmente se ha quedado con una visión legalista y codificatoria, es decir, una mera historia institucional, donde se deja de lado la cultura judicial que materializa, en las relaciones sociales, la ley y el código. Sin embargo, no puede colegirse del texto reseñado una crítica a la historia generalista, por un lado, y la institucional, por el otro. Todas son necesarias, pero no son completas por sí mismas. Reconocer esto es la puerta de entrada a una historia de la cultura judicial.

El segundo motivo indica que la historia, por sus hitos epistémicos, apunta a la comprensión, es decir, a la generalización y la articulación de las relaciones (sociales, políticas, económicas, jurídicas, etc.) en el pasado, lo que hace que su tránsito por el derecho suele ser amplio, vago si se quiere, pues el interés no es explicar un campo en concreto, sino articular lo jurídico con otros procesos. Así, el derecho, como disciplina, y la justicia, como institución, son observadas como meras especificidades o simples elementos que solo adquieren valor si se articulan para una comprensión del conjunto, visión que suele ser interpretada en clave política y/o económica. Dicho con otras palabras, la justicia y los jueces solo adquieren sentido en la narración histórica, ora porque se les cree consecuencias de momentos políticos y/o económicos, ora porque se les puede relacionar con dichos momentos políticos y/o económicos que son los que más interesan. En conclusión, para la tradición histórica, lo judicial toma relieve solo si es una pieza en la comprensión hermenéutica de un conjunto mayor o paralelo.

El tercer motivo obedece a una razón más pragmática. La historia, si desea entender el campo judicial, requiere un dominio terminológico (tanto desde el derecho de hoy, como desde el derecho del pasado que

se investiga) que no es fácil de aprehender. Esta incapacidad de hacer lecturas desde el propio campo jurídico ha hecho que muchos historiadores prefieran una mirada generalista de la justicia y los jueces, que deja de soslayo este campo en su especificidad. A esto debo agregar, para ser justos, que similar problema se produce en el ambiente de los juristas, quienes una vez se enteran de cómo es el “taller del historiador” (en clara alusión a la metáfora de Curtis (1975) y Petit (1992)), es decir, el archivo, se alejan raudos a sus espacios más naturales: el juzgado, el despacho, la biblioteca, etc. Esto permite entender, entre otras razones, que la distancia que separa al historiador profesional del iushistoriador, es la misma que separa a este último del jurista profesional¹.

Ahora bien, una vez explicado por qué se trabaja poco la historia judicial, el autor nos enseña la importancia de este campo. El derecho es más que “normas en el papel” (Pound, 1910), cosa que ya sabía la filosofía del derecho, gracias al *realismo*, pero que a la historia (general e institucional) le suele pasar por alto. El derecho logra volverse cultura en tanto es *actuado* por los jueces. Es decir, la justicia no solo logra transformar el “papel” en acciones sociales, sino que incluso es la que posibilita transformaciones institucionales (legales y políticas) de mayor escala. Pensemos en dos casos. El primero es cómo se logró el paso del Antiguo Régimen al estatalismo-legicentrista en Francia (Botero, 2012). Este paso no se dio por la mera expedición de los *cinq codes* franceses (el civil de 1804, el de comercio de 1806, el de Procedimientos Civiles de 1807, el de Instrucción Criminal de 1808 y el Penal de 1810). Estos códigos no hubieran sido nada sin las políticas napoleónicas que dieron lugar a (a la vez que fueron efecto de) transformaciones en dos ámbitos que suelen ser desapercibidos por la historia general e institucional: el sistema de formación de nuevos abogados, por un lado, y la cultura judicial, por el otro. La transformación del derecho en Francia a finales del siglo XVIII y principios del XIX se debió más al cambio de

¹ Parafraseando aquí la ya afirmación de Thieme (1986, p. 25): “El historiador del derecho es, por lo general, entre los juristas un buen historiador, y entre los historiadores un buen abogado. No le es fácil satisfacer a ambos. Él es un ciudadano con doble nacionalidad, un sujeto mixto, en dos Facultades en las que se siente como fuera de casa, por así decirlo en dos zonas, y la carga que implica ser una frontera la sabemos nosotros hoy mejor que nunca” (Traducción propia).

la mentalidad judicial y de las facultades de derecho, que a la acción de legisladores y comentaristas, sin dejar de reconocer la injerencia de estos últimos en el asunto. El otro ejemplo lo pone el propio Lopes cuando expone cómo los sistemas de reproducción de la política imperial, luego de la Independencia con Portugal, pasaron por la vida judicial (pp. 171-176); por dar un caso muy concreto, grandes políticos brasileños fueron primero jueces, y en tal condición judicial se legitimaron a sí mismos para la defensa de la modernización del Imperio, inicialmente, y de la República, más adelante (pp. 14-15).

En consecuencia, el gran error de aquella mirada que pasa rápidamente por lo judicial, está en creer que la justicia y los jueces son los efectos de fuerzas previas que los determinan, de un lado, o creer que la justicia y los jueces obedecen a lecturas pre o supra jurídicas, del otro. ¿Y por qué esto es un error? Siguiendo a nuestro autor, el derecho y lo judicial son entramados culturales que intervienen en otros sistemas, a la vez que son intervenidos simultáneamente, de manera tal que el estatismo-legicentrista (francés y brasileño) determinó las transformaciones de la cultura judicial, y viceversa; de la misma manera que el derecho (incluyendo aquí lo judicial y la normativa) determinó las transformaciones sociales, políticas y económicas, y viceversa. Además, considerar que el campo judicial es el resultado de exigencias extrasistémicas supone ignorar el poder de las lógicas y del lenguaje internos al actuar de los jueces. Es evidente que la lógica y el lenguaje de los jueces obedecen, en muchos casos, a reclamos externos², pero no se puede reducir a ello, pues los jueces suelen seguir también la lógica y el lenguaje internos al momento de llevar un caso o de decidirlo, pues siguen siendo una corporación más o menos autorreferente y, por tanto, en cierta medida, predecibles por un agente interno (v. gr. otro juez) o externo (v. gr. un ciudadano o un académico). Entonces, es tan absurdo creer que las decisiones judiciales obedecen únicamente a ideologías personales, políticas y/o económicas, como considerar que estas decisiones solo responden a los conceptos y los reclamos propios del campo judicial. Nos ahorraríamos muchos problemas si entendiésemos, de una vez

² Por dar un caso, Cajas (2008) pone en evidencia cómo la doctrina judicial colombiana en torno al *judicial review* ha dependido de coyunturas políticas determinadas.

por todas, que los jueces, en la modernidad jurídica, no son esclavos de sus pasiones e ideologías, pero tampoco de las doctrinas internas de su oficio. La respuesta está, como suele suceder, en los puntos medios.

Y esta interesante reflexión del autor, precede a un buen trabajo sobre tópicos variados de la iushistoria judicial brasilera. Es así como entran, por la puerta abierta por Lopes, tres capítulos más o menos autónomos entre sí: el primero está dedicado al jurado, el segundo a la jurisdicción mercantil y el tercero al proceso civil.

El primer capítulo, denominado “*As primeiras vicissitudes – jurados, supremo tribunal e juízos privilegiados*” (pp. 17-50) narra la experiencia del juicio por jurados en diferentes momentos: 1) “1823-1828”: los jurados en la constituyente y la creación del Supremo Tribunal de Justicia (pp. 21-35); 2) “1829-1832”: la abolición de los juicios privilegiados (pp. 35-46); y, finalmente, 3) “O ideal realizado?” (pp. 46-50) que concluye sobre los conflictos entre el derecho y su eficacia, entre jueces abogados y jurados legos, entre el centro (grandes ciudades) y la periferia, que llevó a la crisis de esta institución liberal (que, hasta la fecha, está más rodeada de mitos políticos que de realidades sociales; para Estados Unidos ver (Bruner, 1997); para Inglaterra (Thomas, 2011)).

El siguiente capítulo, denominado “*Os tribunais de comércio no Império*” (pp. 51-99), analiza la jurisdicción mercantil al final del Antiguo Régimen (pp. 54-63), el período de la Independencia y la llegada del código de comercio (pp. 63-68), la disputa sobre los tribunales de comercio (pp. 68-81), el funcionamiento -hasta su extinción- de la jurisdicción mercantil (pp. 81-93) y las respectivas conclusiones, que dejan en claro el afán modernizante y estatalista detrás de la instauración del código de comercio y la jurisdicción mercantil, así como la alta influencia de los comerciantes en el sistema jurídico y político que, sumado al éxito del código mercantil, explican en alguna medida el retardo de la codificación civil brasilera.

Continúa el capítulo denominado “*A administração da justiça e o processo civil no Brasil do século XIX*” (pp. 101-177), el más extenso del libro. Allí se analiza la administración judicial durante la Independencia (pp.

101-111), siempre dejando en claro el contexto social y político del proceso judicial civil (pp. 105-107). Sigue una narración, necesaria para el cabal entendimiento del caso, de la legislación y las reformas jurídicas al proceso civil (pp. 111-122). Es pertinente recordar que la base del proceso civil brasileiro se centró en las "*Ordenações Filipinas*" (1603), especialmente el Libro III, por lo que el autor dedica varias páginas a explicar su herencia romanística y canónica, esto es, darle un sitio a dichas *Ordenações*, que unen la tradición romanista tardo-medieval (tanto del *ius commune* como del derecho canónico) con las prédicas protomodernas, siendo así la cuna del derecho propio luso-americano. Con este buen sustento, ya procede a explicar la organización judicial brasileira (pp. 122-138), empezando por enunciar las reformas liberales (o mejor dicho, liberal-conservadoras) que se instauraron al proceso judicial tradicional (pp. 125-128), las controversias sobre la parte civil a partir del código de proceso criminal (pp. 128-134), las dudas sobre los jueces legos en la justicia civil (pp. 134-136), los debates del Senado en torno al respeto del orden del proceso y al complejo sistema de recursos existente (pp. 136-138) y la instauración de la carrera judicial o "*Carreira da Magistratura*" (pp. 138-146).

Pasamos así al análisis de la reforma de 1871 (pp. 146-155). En este contexto, Lopes narra las voces liberales a favor de un código procesal civil (pp. 155-157) como una forma de solucionar, de raíz, los problemas mal manejados por el legislativo al intentar armonizar la tradición portuguesa con el marco constitucional brasileiro. Sigue un trabajo sobre la enseñanza del derecho procesal civil (pp. 157-160), una exposición de los géneros literarios y la producción bibliográfica en torno al proceso civil (pp. 161-171) y, finalmente, relaciona el proceso civil con el ideario político de la época (pp. 171-176), en especial sobre cómo, durante el Imperio brasileño, lo antiguo y lo moderno se mezclaron para dar lugar a un sistema político-judicial híbrido que, dada la profunda relación entre jueces, abogados y hombres de Estado, centró las reformas al proceso civil más en los aspectos organizativos del poder judicial y en el tema de los recursos (que en el fondo permite un disciplinamiento de los jueces inferiores), que en el orden mismo del proceso, el cual siguió, en buena medida, bajo la mentalidad de las *Ordenações*.

De esta manera, con estas cortas páginas, espero incentivar al lector para que acceda a este importante trabajo, el cual, en lo que atañe al mundo hispano, permitirá buenos ejercicios comparativos, dado que, gracias al libro, he ratificado una vez más una idea que ha gravitado alrededor mío gracias a la fuerza que impone mi trayectoria en las historias conectadas: es más lo que nos une que lo que nos separa, de manera tal que concebir cada derecho nacional como un “mundo aparte” no es más que un mito fruto de la mundialización atlántica que se vivió en los siglos XVIII y XIX.

REFERENCIAS

- Botero, A. (2012). Argumentación, cultura jurídica y reforma de las facultades de derecho: reflexiones generales sobre las condiciones de posibilidad de la argumentación en la cultura jurídica latinoamericana contemporánea. En G. Lara y H. Olano (Coords.). *Estudios de derecho público* (pp. 10-37). Cartagena: Universidad del Sinú.
- Bruner, S. (1997). Racismo en los veredictos de jurados en Estados Unidos. En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La problemática del racismo en los umbrales del siglo XXI*, VI Jornadas Lascasianas (pp. 191-201). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cajas, M. (2008). *El control judicial a la reforma constitucional*. Colombia, 1910-2007. Cali: Icesi.
- Curtis, L. P. Jr. (Comp.) (1975). *El taller del historiador*. (Juan José Utrilla, Trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Lopes, J. R. (2004). *As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Direito GV-Editora 34.
- Lopes, J. R. (2017). *História da Justiça e do Processo no Brasil do Século XIX*. Curitiba: Juruá.
- Petit, C. (1992). Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador. *Historia, instituciones, documentos*, 19, 327-379.
- Pound, R. (1910). Law in books and Law in Action. *American Law Review*, 44, 12-36.
- Thieme, H. (1986). *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*. I Band. Köln-Wien: Böhlau Verlag.
- Thomas, C. (2011). Cuando se desenmascaran los mitos del jurado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 12(1), 171-190.