

Legitimidad y discurso¹: apostillas a la historiografía jurídica peruana reciente (1978-1995)

Renzo Honores
Instituto Riva Agüero

La legitimidad intelectual podría considerarse una de las principales aspiraciones de las corrientes académicas. Así como en la vida social las agrupaciones humanas — sindicatos, partidos, asociaciones, estamentos profesionales— se disputan el reconocimiento público, los movimientos intelectuales persiguen la misma aceptación por sus pares del pensamiento. Muchos factores de evaluación entran aquí en juego: originalidad, rigurosidad y excelencia académica. La modernidad ha teñido también estos criterios de reconocimiento. En efecto, de la misma forma que los bienes (y servicios) ofertados en el mercado deben ser producidos obedeciendo *normas técnicas*², los libros, artículos e investigaciones deben cumplir ciertos requisitos mínimos de trabajo intelectual.

1. Para evitar equívocos y malentendidos quisiera precisar el significado que le atribuyo a ambos términos. *Legitimidad* es utilizado como sinónimo de reconocimiento y aceptación. Sus implicancias políticas — i.e.: gobiernos y leyes justas— pueden ser igualmente útiles; empero este trabajo no ha sido construido sobre ellas. De hecho, los académicos siguen sin ponerse de acuerdo sobre su significado. En la tradición weberiana, la legitimidad es principalmente, la creencia en un orden obligatorio y ejemplar. Hay muchas críticas a esta visión y a las corrientes que de ella se derivan (Hyde 1983: 382-387). *Discurso* alude aquí a las versiones que sobre el pasado legal han construido (o construyen) los historiadores del Derecho. Estas versiones no son gratuitas, pues responden a las ideologías, creencias y concepciones de los historiadores jurídicos. *Discurso* es también un concepto útil para rastrear las visiones que sobre la ley y el Derecho elaboran los actores históricos, tanto aquéllos que se desenvuelven dentro del Derecho formal — legisladores, litigantes, abogados y jueces— como aquéllos al margen del mismo (Toch 1986: 667-672).
2. Un símil con el Derecho industrial peruano puede ser provechoso para esta argumentación, aunque admito que es una analogía polémica. Dos conceptos son pertinentes: *normas técnicas* y *certificación*. Las

En 1987, Armando Guevara —en una tesis universitaria— demandaba a los historiadores un mayor interés por el Derecho. En su perspectiva el Derecho cumplía (y cumple) un rol importante en el devenir social. Citando varias publicaciones referidas a la historia agraria peruana, Guevara subrayaba el abusivo descuido de la dimensión jurídica en la mayoría de ellas. Así, decía que el Derecho había sido uno de los instrumentos fundantes de las relaciones sociales en los Andes —como arma de imposición, medio político y espacio de discusión conceptual— y resultaba sorprendente el escaso interés de la historiografía peruana/peruanista por sus repercusiones (Guevara 1987: I, 6-8; reiterados en 1993: xxvii-xxviii).

Es cierto que las palabras de Guevara perseguían enfatizar algunas limitaciones de la producción historiográfica hasta entonces escrita antes que la búsqueda de reconocimiento intelectual. Pero, inevitablemente, sus líneas de reflexión abrían paso a una pregunta inquietante: ¿Porqué el Derecho no había merecido la atención de los investigadores sociales?³. Las palabras de Guevara aparecían en una década de especial y progresivo florecimiento de la historia del Derecho. En efecto, en los años ochenta no sólo las tesis universitarias se ocuparon de la historia jurídica; también la producción académica en formato de libros y artículos dedicó al pasado jurídico sus energías.

Muchos elementos han contribuido al auge de este género de estudios en los últimos

primeras aluden a las especificaciones —prescripciones y regulaciones— sobre las calidades, requisitos y calificaciones de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Estos bienes/servicios deben sujetarse a dichos estándares. Las autoridades industriales verifican su cumplimiento a través de un proceso llamado *certificación* (véase una clara y didáctica exposición en Palacios 1994: 295-296). Idéntico proceso puede apreciarse en el mundo académico. Aunque no existe una entidad controladora, la crítica intelectual, en cierta forma, suple dicho papel. Los productos académicos —libros, artículos, investigaciones— son sometidos a un proceso de reconocimiento. Los académicos expresan su conformidad (o desacuerdo) en artículos, reseñas y balances bibliográficos. Implícita e inconcientemente utilizan un «patrón» de medición intelectual. ¿Es esto beneficioso para la vida intelectual? Es difícil emitir una afirmación categórica, sin duda, ensayar su respuesta merecería en sí mismo un artículo específico. Sin embargo, lo más importante es notar aquí la reproducción de nuestras categorías industriales de producción y excelencia en nuestras apreciaciones del mundo académico.

3. También otros historiadores del Derecho, como Fernando de Trazegnies, se han formulado la misma interrogante. Probablemente la visión positivista del Derecho —el sistema legal como un orden cerrado y coherente en sí mismo— ha sido uno de los factores que ha contribuido al desinterés de los historiadores. En efecto, el positivismo presenta al Derecho como una estructura formal alejada de consideraciones sociales. En la medida que los hombres hacen la historia, las «formas» no tienen mayor trascendencia, sino más bien el actuar humano. De allí que se prescindiera de las «leyes» y el esfuerzo académico se concentre en otros aspectos más relevantes (Cfr. Trazegnies 1993: 14-15, en Ramos 1993). Una visión más detallada del positivismo y sus repercusiones dentro de la historiografía peruanista en el tercer punto de este artículo.

años. La crisis de la legalidad estatal en los ochenta⁴, la depresión económica, la expansión de formas renovadoras de estudiar la ley y la labor fundante de algunos académicos, como Trazegnies y Pásara⁵, colaboraron decididamente a esta renovación (Pásara 1988: 235-249; Tapia 1991: i-ii). Esta saludable relectura de la historia del Derecho se inscribe dentro de un proceso de reorientación de la ciencia jurídica en el Perú. La dación de nuevos cuerpos normativos, como la constitución de 1979⁶ y el Código Civil de 1984, fueron los alicientes para un apasionante y acalorado debate jurídico en la década pasada (Arias-Schreiber 1991: I, 12-15; Landa 1989: 188-198; Yrigoyen 1994: 328-333). Decididamente la forma de concebir el Derecho en los últimos años, incluyendo las áreas más tradicionales del razonamiento jurídico, ha sido pasible de una importante y vigorosa transformación (para el caso del Derecho civil, véase como un ejemplo de la nueva literatura a Bullard *et al.* 1993). Es en este espacio burbujeante que la *nueva historia* del Derecho irrumpe en la escena académica y plantea nuevos desafíos intelectuales.

En las siguientes páginas ensayaremos un breve balance sobre las publicaciones referidas a la historia del Derecho peruano⁷. Un especial énfasis dedicaremos a lo que

4. Dos textos, provenientes de las ciencias sociales peruanas antes que el Derecho, fueron decisivos en esta crítica demoledora de la autoridad del Estado: *Desborde popular y crisis del estado* (1984) de José Matos Mar y *El otro sendero* (1986) de Hernando de Soto. Otros científicos sociales, como Hugo Neira, compartían el mismo diagnóstico y sugerían la existencia no sólo de un Estado en crisis, sino de una sociedad en sí misma sumida en un proceso de deterioro irreversible. El Perú era visto como un país sumido en la anomia, una sociedad sin reglas (Neira 1987). Los cambios políticos ocurridos en el Perú de los últimos años, empero, han revertido esta imagen escéptica sobre el Derecho estatal y sus posibilidades de contribuir al desarrollo, la estabilidad y el crecimiento económico. Como un ejemplo de «optimismo» legal de esta nueva literatura, véase Boza (1994, en especial las páginas 7-8). Por cierto, las visiones *pesimistas* sobre el Derecho contemporáneo pueden rastrearse también en los países industrializados, importantes comentarios en Ferrajoli (1994: 119-122.)
5. La dedicación de Pásara a la historia del Derecho no ha sido continua (a diferencia de Trazegnies). Empero, tuvo el enorme mérito de elaborar las primeras separatas sobre la materia—bajo nuevas perspectivas—y de utilizar el método crítico en sus aproximaciones. Además, Pásara contribuyó decididamente a la difusión de la historia jurídica. A finales de los años setenta constituyó CEDYS (*Centro de Estudios de Derecho y Sociedad*), institución que jugó un importante rol en la renovación de los estudios jurídico-sociales. Dos importantes títulos en historia del Derecho aparecieron bajo sus auspicios: Hurtado Pozo 1979; y Santistevan y Delgado 1980. A fines de los años ochenta, CEDYS cambió su rótulo por el de *Centro de Estudios de Democracia y Sociedad* y también la orientación de sus investigaciones.
6. La constitución de 1979 fue reemplazada por una nueva carta política aprobada por *referéndum popular* el 31 de octubre de 1993.
7. Me he restringido a las publicaciones en formato de libros y artículos. Las tesis que aparecen mencionadas—con la excepción de Tapia 1991—son citadas como los antecedentes de los libros discutidos a lo largo de este artículo. Un balance sobre las tesis universitarias sería indispensable, empero, sus orientaciones y metodologías demandarían un trabajo específico. Afortunadamente hay algunos balances en ese sentido, véase el estudio de Martín Noreña (1995) *Tesis de Historia del Derecho en San Marcos* (manuscrito).

hemos llamado la *nueva historia* jurídica, movimiento interesado en el cultivo de la historia social del Derecho (en oposición a los estudios formalistas del pasado). Aún cuando la producción de esta literatura ocupa una parte importante de nuestra exposición, también nos explayaremos en otras corrientes históricas dentro del Derecho. Hemos adjuntado en la parte final un breve consolidado bibliográfico que puede ser de utilidad a los interesados en títulos de libros y artículos concernientes a la historia legal peruana⁸.

Los inicios de la nueva historia del Derecho

*Nueva historia*⁹ es el término que puede emplearse para denominar a la producción académica de un sector de la historiografía jurídica reciente. No todos los trabajos escritos en los últimos veinte años pueden recibir esta denominación. Hay aún — como veremos más adelante — muchos trabajos, inspirados en una visión tradicional del fenómeno jurídico, básicamente descriptiva y normativista del Derecho. Sin embargo, este tipo de estudios tradicionales han sido sometidos a duras críticas en los últimos años. Aunque algunos de sus representantes — como Javier Vargas, por ejemplo — han escrito un número apreciable de títulos, es cada vez más evidente las limitaciones de sus modelos historiográficos (Moreno 1993: 33-34; Sánchez-Concha 1995; Honores 1994: 75-76).

Varios títulos integran la nueva historia del Derecho peruano. Así, pueden mencionarse los aportes de Pásara (1978); Hurtado Pozo (1978, 1979); Santistevan y Delgado (1980); Trazegnies (1980, 1980a, 1981, 1987, 1987a, 1991, 1992, 1994 y 1994a); Ortiz (1989, 1990, 1990a, 1992); Guevara (1987, 1993); Ramos (1993, 1994a, 1994b); Del Solar (1988 y 1993) y Basadre Ayulo (1994)¹⁰. Aunque estos autores se ocupan de

8. Por su evidente importancia, estudios sobre Derecho Romano —y Derechos medievales— han sido incluidos, a pesar que sobre ellos no hemos ensayado mayores comentarios. El Romanismo en el Perú es un campo de estudios que aún está por roturarse aunque hay importantes trabajos y balances (Cfr. García Belaunde 1976 y Méndez 1994).

9. Este término ha sido ensayado ya por algunos autores. Así, por ejemplo, Trazegnies subraya «los aires de la *nouvelle histoire*, con su perspectiva social tienen también que llegar a la historia del Derecho. Y la «nueva historia» jurídica tiene que revelar no sólo esa complejidad sino además la constante movilidad y cambio de sus elementos. En ese sentido la historia del Derecho no contribuye a estabilizar y a eternizar, sino a desestabilizar y relativizar» (1993: 15).

10. Probablemente los textos de Del Solar (1988 y 1993) y Basadre Ayulo (1994) sean los más difíciles de asimilar como ejemplos de la *nueva historia*. En cierta forma ambos yacen en un limbo entre la historia social y la tradicional historia del Derecho de carácter descriptivo. A pesar de ello, hemos optado por

diferentes etapas históricas, y con distintas orientaciones, tienen varios rasgos comunes. Estudios monográficos, delimitación de campos de estudio, referencias interdisciplinarias y aproximación a las ciencias sociales son sus principales características. Por cierto, dentro de estos trabajos hay diferencias sustanciales y desiguales aproximaciones. Empero, todos ellos comparten la premisa que el Derecho está más allá de la ley —o que es políticamente orientada— y que su estudio es fértil para una visión más comprensiva del pasado. El *pasado jurídico* no interesa sólo como antecedente remoto de las instituciones jurídicas de hoy, sino, sobre todo, es el andamiaje sobre el cual se ha construido nuestro presente.

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica ha sido el centro académico forjador de estos autores. Dicho claustro fue objeto de una importante renovación curricular y apertura a otras disciplinas a finales de los años sesenta. La relación entre Derecho y sociedad fue el principal objetivo de los programas de reforma impulsados por un conjunto de jóvenes profesores y autoridades. Gracias a ese énfasis, los estudios jurídicos empezaron progresivamente a distanciarse del clásico estudio exegético de la ley. Los intereses por el mundo «real» —aquél que los litigantes, jueces, abogados y usuarios de la ley edifican— fue lentamente apoderándose de una nueva pléyade de profesores y alumnos (Zolezzi 1971: 5-7; Zolezzi y Trazegnies 1975: 395-403). Esta forma de apreciar el sistema legal —no compartido por otras facultades de Derecho— fue el elemento distintivo de una seria reforma dentro de los estudios jurídicos en el Perú. MacLean 1987: 12-13; Hampe 1988a: 49-50; Pásara 1988: 235-249 y 291-292, Zolezzi 1991: 449-457.

Los trabajos de Luis Pásara (1978) y José Hurtado Pozo (1979) pueden mencionarse como los primeros intentos por una historia crítica del pasado legal. Amparándose virtualmente en un antiguo artículo suyo, Pásara explora las relaciones entre el Derecho y la situación de dependencia peruana del siglo pasado. Al focalizar su atención en los contratos guaneros y la explotación del recurso, Pásara subraya que el Derecho peruano sirvió principalmente para beneficiar al capital foráneo y a las potencias que actuaban detrás de dichos intereses (1978: 247-261). Pásara se inspiraba en una visión mecanicista de la historia jurídica (el Derecho refleja los intereses de los

incluirlos como ejemplares de esta nueva modalidad de estudios. Dos razones pueden esgrimirse: su búsqueda de la interdisciplinariedad y su interés en la producción intelectual más reciente. Ambos textos lucen interesados por la teoría y la metodología jurídica, un aspecto que los distancia de los trabajos más tradicionales, como por ejemplo, los estudios de Aguilar (1993) y Vargas (1993).

poderosos) y se apoyaba en los aportes teóricos del dependientismo¹¹, corriente intelectual que ha sido seriamente cuestionada por los historiadores del siglo XIX en los últimos años (Manrique 1991: 241-242 y especialmente los comentarios de Betford Betalleluz, en Estenssoro (*et al.* 1993: 117-118). A la inversa de lo que pensaba Pásara, las élites peruanas tendieron a proteger sus mercados y los juristas nacionales fueron reacios a asumir libremente las filosofías legales europeas decimonónicas. Trazegnies (1980) es un contraejemplo que ilustra cómo los juristas peruanos seleccionaron libremente la filosofía jurídica más acorde con sus convicciones «modernizadoras».

Lo más valioso de Pásara descansaba, sin embargo, en la calidad de sus preguntas y en su estilo cuestionador de la ley. De esa forma el Derecho no había operado con neutralidad, sino había servido a algunos grupos sociales. Pásara rompía con la visión sacralizada del Derecho —entendido como reflejo de la justicia— y proponía en su lugar una lectura política. Esta perspectiva marcó en el futuro su aproximación a la legalidad y a los servicios judiciales estatales (Pásara 1982: 13-15; 1988: 12). Hurtado Pozo concentró sus investigaciones en la expansión de sistemas jurídicos extranjeros en el Perú, en especial del Derecho Penal¹². A lo largo de sus dos trabajos, Hurtado Pozo muestra cómo los legisladores se apropiaron de otros diseños penales —español, italiano y suizo— y procuraron su aplicación en una sociedad multiétnica como la

11. Clásicos del dependientismo, como los trabajos de Fernando Cardoso y Enzo Faletto, aparecen citados en la bibliografía de Pásara (véase, por ejemplo, 1970: p. 11, nota 2 y p. 14, nota 17). Luis Pásara fue, además, autor de los primeros materiales de enseñanza de historia del Derecho en la Universidad Católica. Estos estuvieron inspirados en dichas corrientes teóricas. Así, sus materiales de 1969 llevaban como título «*Dependencia y dominación a través del Derecho*». La elaboración de materiales fue uno de los principales objetivos del proceso de renovación de los estudios legales en la Universidad Católica. Para mayores detalles sobre los primeros materiales, véase el artículo, sin firma, aparecido en *Derecho* 28 (1970), «La marcha del proyecto Ford», en especial la página 114.

12. Esta expansión puede ser vista negativamente, como un ejemplo explícito de colonialismo. En los hechos, el Derecho ha sido una de las marcas indelebles de toda empresa colonial. Sin embargo, esta expansión puede ser también apreciada positivamente, sobre todo si tomamos en cuenta el proceso de *globalización* de la humanidad a finales del siglo XX. Así, las normas legales tienden a ser supranacionales o al menos se aspira a uniformizar legislaciones y regulaciones. Reglas de Derecho comercial, Derechos humanos, reconocimiento de laudos arbitrales y exportación de doctrina jurídica son los mejores ejemplos de esa progresiva transnacionalización del Derecho moderno. Para una visión y crítica de este proceso: Merry 1992: 363-366; Shapiro 1993: 38-64 (este autor insiste en la «norteamericanización» del Derecho contemporáneo) y Santos 1991: 24-25.

peruana (Hurtado Pozo 1978 y 1979). El fracaso de esta legislación descansaba precisamente en su carácter enajenador y extranjero.

Tres textos publicados a comienzos de los ochenta serían la reafirmación de esta nueva modalidad de estudios: *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX y Ciriaco de Urtecho: litigante por amor* de Fernando de Trazegnies y *La huelga en el Perú* de Jorge Santistevan y Angel Delgado. El primero de ellos explora la idea qué sobre el Derecho y su rol tenían los juristas peruanos del siglo pasado. Apoyándose en los trabajos de Unger (1976: 224-231) Trazegnies considera que la modernización emprendida por las élites peruanas en el siglo XIX se inscribe dentro de la categoría tradicionalista. Es decir, un proceso de cambio «capitalista» salvo en aquellos espacios que afectasen directamente la estratificación social. Por esta razón, los juristas asumieron filosofías jurídicas tradicionales europeas como las de Johan Heinecke y Heinrich Ahrens (1980: 77-89). Lo importante aquí es la libertad que desplegaron los juristas peruanos —como José Silva Santisteban, Toribio Pacheco, Francisco García Calderón— en la elección de esas teorías legales.

El trabajo de Trazegnies se inspiraba a su vez en una visión interdisciplinaria. La parte introductoria de dicho libro es un vibrante y vivo alegato por una perspectiva amplia que reúna los aportes de la filosofía del Derecho, la sociología jurídica y el análisis dogmático (exegético) de la ciencia legal (1980: 13-23). Estas páginas sintetizaban una encendida defensa del nuevo modo de pensar la historia jurídica¹³. Además encerraba una valiosa apuesta por el «*Derecho vivo*», es decir el uso social del sistema legal por los agentes jurídicos.

El estudio de Santistevan y Delgado (1980) se concentraba en las luchas legales/sociales de las clases trabajadoras peruanas. A través del reconocimiento del derecho de huelga, estos autores muestran que las batallas jurídicas no sólo son desplegadas por los juristas sino por los propios actores históricos. Gracias a la presión sindical —

13. El mismo año de su aparición este trabajo mereció una elogiosa reseña de Pease —uno de los más destacados etnohistoriadores peruanos. Este libro, en opinión de Pease, era una buena muestra de las potencialidades que ofrecía la historia de las ideas. Además, un ejemplo vivo de una historiografía sofisticada en sus métodos de análisis (1980: 265). Otras reseñas han sido también escritas. Flores Galindo, por ejemplo, subraya la excesiva atención que Trazegnies le otorga a la élite (jurídica y política) en detrimento de otros actores sociales (Flores Galindo 1988a). Hay revisiones nacidas de historiadores del Derecho. Consúltese especialmente a Ramos (1994).

y a ciertas coyunturas políticas—el derecho de huelga fue reconocido y patrocinado por el ordenamiento jurídico. El Derecho no sólo fue un instrumento de opresión de una clase social sobre otra (patrones/obreros) sino más bien un arma al cual los débiles podían recurrir (Santistevan y Delgado 1980: 11-22). En cierta forma las consideraciones de justicia sobre las cuales se construye el Derecho occidental, permiten precisamente a los oprimidos oponerse a sus amos. Por cierto, no siempre vencen los débiles. Sin embargo, es la dinámica jurídica la que facilita ese juego permanente de intereses contrapuestos.

El tema del carácter «manipulable» del Derecho atrapó el interés de Fernando de Trazegnies en *Ciriaco de Urtecho* (1981). Este texto fue una apuesta importante para una comprensión teórica del orden jurídico. Ante una visión ortodoxa del marxismo que relativizaba la importancia del Derecho en la vida social, Trazegnies opuso una perspectiva dinámica de la ley. Concentrándose en un procedimiento judicial, Trazegnies exploraba las dimensiones argumentativas de la retórica jurídica¹⁴. El Derecho es un espacio de discusión conceptual. Por consiguiente, los abogados en los tribunales —y fuera de ellos— podían persuadir a los jueces sobre la bondad de sus pretensiones. Amparándose en instituciones fundamentales —la familia, la libertad, la dignidad humana— los abogados construyen discursos legales suficientemente coherentes que terminan siendo reconocidos por la judicatura¹⁵ (Trazegnies 1981: 195-207).

Esta perspectiva ha inspirado muchos trabajos de historia jurídica, en especial los más recientes. Aquí pueden mencionarse los estudios de Guevara (1993) y Aguirre

14. En sus trabajos de teoría jurídica Trazegnies ha enfatizado el carácter argumentativo y persuasivo del Derecho. Los abogados pueden —y de hecho lo hacen— orientar el sentido de las normas y sugerir a los jueces la construcción de nuevos discursos legales. Estas elaboraciones persiguen objetivos específicos, pues el Derecho es una construcción teórica para alcanzar fines socialmente deseables. La textura abierta de la norma jurídica permite precisamente sus múltiples interpretaciones y su uso «político» (o constructivo del Derecho). Para una detallada explicación por el propio autor: Trazegnies 1974: 277-289 y 1988, II: 531-537).

15. El uso del Derecho oficial por los «oprimidos» tiene en Steve J. Stern a uno de sus investigadores pioneros. En su estudio sobre Huamanga colonial, Stern explora con especial detalle las batallas jurídicas de la población andina. Gracias a ellas, los indígenas pudieron reorientar la explotación, aunque no pudieron desafiar abiertamente al colonialismo (1986: 189-216). El trabajo de Stern se inscribe dentro de una renovación (y florecimiento) de los estudios sobre la legalidad colonial y republicana en América Latina, véase, por ejemplo, Arrom 1994 para un brevísimo balance sobre la nueva historiografía norteamericana.

(1993). Este último, por ejemplo, focaliza su atención en los procedimientos judiciales emprendidos por los esclavos afroperuanos en el siglo XIX. A través del *Defensor de Menores*, representante judicial, los esclavos alcanzaron dos objetivos básicos: la obtención de su libertad y el reconocimiento de su dignidad humana. Las cortes, las normas y las argumentaciones fueron elementos centrales de su praxis política (1993: 181-210). Aguirre señala, además, un punto importante. No fueron juristas — miembros de la élite del pensamiento legal — los autores de estas argumentaciones antiesclavistas, sino los *Defensores de Menores* (1993: 209-210). Este silencio no es gratuito. Los juristas seleccionan también —por razones políticas, culturales y sociales— sus temas de interés académico. En el propio siglo XIX, por ejemplo, ningún jurista prestó mayor atención a la contratación china a pesar de su altísimo número (Trazegnies 1994: II, 334).

Estos estudios marcaron la primera etapa en este proceso de renovación intelectual. Su impronta gustaría una nueva literatura algunos años más tarde.

Consolidación y establecimiento: de los 80s a los 90s

Un largo silencio se apoderó de la historiografía jurídica, en formato de libros, una vez alejada la *vorágine* de publicaciones a comienzos de la década. No obstante, a finales de los ochenta hicieron su aparición nuevos libros que hurgaban en el pasado legal peruano: Del Solar (1988) y Ortiz (1989) son dos buenos ejemplos. El primero de ellos —en una obra concebida de largo aliento— se concentraba en el Derecho prehispánico. Del Solar recurre a la etnohistoria —lo cual es un rasgo saludable en una perspectiva interdisciplinaria— para la elaboración de su monografía. Empero, dos reparos pueden ensayársele. En primer lugar, la ausencia de ejemplos históricos —salvo los proporcionados por la literatura secundaria— y, en segundo lugar, la extrapolación del Derecho moderno para entender la sociedad del pasado. En efecto, contradiciendo su propia perspectiva teórica, Del Solar realiza una división tajante del Derecho prehispánico en Derecho Civil y Penal (1988: 80-85). Si bien esto puede facilitar la comprensión del lector contemporáneo, no hay duda que una clasificación así nubla un entendimiento histórico del Derecho. Una de las principales tareas de los historiadores jurídicos consiste, precisamente, en entender otras formas de crear Derecho por las sociedades del pasado.

Un año más tarde fue publicado el texto *Derecho y ruptura* de René Ortiz. En este libro, Ortiz sugiere una relectura de los textos legales y el cambio histórico. Para ello clasifica en cuatro modalidades a las transformaciones jurídicas: continuidad, retorno,

repetición y sustitución. Por el primero, entiende la vigencia de los elementos de un antiguo orden legal en el nuevo ordenamiento. El retorno, en cambio, es la reaparición de una institución derogada formalmente. Por su parte, la repetición alude a la creación de una institución legal que sin embargo existía ya en el orden anterior. Finalmente, la sustitución es el completo reemplazo de las figuras jurídicas del antiguo sistema (Ortiz 1989: 31-32). Todas estas transformaciones pueden operar simultáneamente y no son excluyentes entre sí. Para una mejor ilustración de sus premisas, Ortiz se concentra en el proceso de independencia peruano y rastrea acontecimientos que se adecúan a las modalidades enumeradas.

Un excesivo legalismo es, probablemente, la principal observación que se puede realizar al libro de Ortiz. En un texto anterior, Ortiz (1988) había reevaluado la importancia de la norma escrita como objeto de atención histórica. Esta reflexión es importante, sobre todo por la minusvaloración que ha sufrido como insumo histórico relevante para estudios de historia social del Derecho. En su línea de razonamiento, las leyes —en el sentido estricto de la expresión— son referentes privilegiados en nuestra exploración del pasado. Por su carácter visible —i.e.: normas promulgadas en un cuerpo legislativo— éstas nos denotan sobre sistemas jurídicos ya desaparecidos (Ortiz 1988: 123-124, 141-142). Debe indicarse, empero, que las leyes tienen también su propia historicidad. No sólo sus rasgos imperativos varían, sino también su significado social y sus métodos de interpretación (véase especialmente: Tau 1992a).

En los años noventa, la historia del Derecho fue un campo propicio para abogados y científicos sociales. Las publicaciones aparecidas a lo largo de estos años reflejan el creciente interés por la disciplina. Importantes libros han sido publicados en este periodo: Ramos (1993); Guevara (1993); Trzegnies (1994) y Basadre Ayulo (1994). La historia decimonónica y la colonial son los parajes de indagación jurídica. Carlos Ramos se ha concentrado en uno de los más importantes juristas peruanos del siglo XIX: Toribio Pacheco (1818-1868). Más allá del género biográfico, Ramos se interesó por ilustrar una época y un pensamiento¹⁶. El discurso de Pacheco es un ejemplo

16. Resta, además, hacer una historia social de las ideas jurídicas del siglo pasado. Áreas legales, como el Derecho Civil, el Derecho Penal y el Derecho Comercial, podrían ser los campos de atención para los especialistas. La síntesis de Trzegnies (1980) es un notable aporte, sin embargo, sería indispensable una revisión detallada de cada rama del Derecho. Muchas preguntas pueden ensayarse: ¿Por qué los juristas eligieron ciertos temas de trabajo, ¿forjaron un movimiento? ¿qué ideas fueron las predominantes? y ¿qué rol cumplieron en su sociedad?. Una historia que aborde las ideologías de los juristas, la realidad material y el contexto social sería un notable aporte para la comprensión histórica de nuestras tradiciones legales.

fidedigno de lo que Trazegnies ha llamado «modernización tradicionalista» (Ramos 1993: 21-22 y 91-115). Pero, por otra parte, Pacheco fue el forjador de los estudios de Derecho Civil en el Perú. Su *Tratado de Derecho Civil*, cuyos tres tomos fueron publicados entre 1860-1864, es el primer comentario orgánico del Código Civil de 1852 y una de las primeras aproximaciones doctrinarias a esta rama del Derecho. La investigación de Ramos abre nuevas pistas para los interesados en el pensamiento jurídico del siglo pasado. Como ha sido subrayado por Charles Walker, este trabajo demuestra las enormes ventajas de estudiar las ideas de los intelectuales peruanos del siglo pasado (Cfr. Walker 1994: 270; Gootenberg 1998 marca un renacimiento de este género).

El estudio de Guevara (1993)¹⁷ sobre la formación jurídica de la hacienda Santotis —Cuzco— es una de las contribuciones más renovadoras en la historia del Derecho peruano. Apoyándose en los títulos legales de la hacienda —una sucesión de transferencias, compras, donaciones y permutas—, Guevara explora la dinámica jurídica de los agentes que forjaron la hacienda. Conquistadores, como Pedro Alonso Carrasco, el viejo; curacas e indígenas, órdenes religiosas y particulares, hicieron uso del Derecho para consolidar sus prerrogativas sobre las tierras de Santotis. Inspirándose en el *derecho vivo* —sugerido por Trazegnies— Guevara detalla los mecanismos de concentración, defensa y disfrute jurídico de la hacienda. Así, muestra cómo los agentes utilizan el Derecho, pero también cómo el sistema legal determina sus opciones jurídicas. En efecto, como lo indica el autor, el presunto «apego irracional» de los actores coloniales por los documentos legales respondía básicamente al alto formalismo del Derecho español. La tenencia de documentos jurídicos era el mecanismo idóneo para afirmar sus derechos patrimoniales y oponerse a las pretensiones de terceros (Guevara 1993: 158-164).

La parte final reúne las reflexiones del autor sobre la importancia del Derecho en el devenir social. Aquí, se ensaya una apuesta sobre el significado cultural y político del orden jurídico. Las relaciones sociales en los Andes —considera Guevara— fueron organizadas sobre un discurso jurídico que hizo posible el colonialismo y la afirmación de los derechos de blancos e indios. La documentación jurídica, la retórica legal, los

17. La mayoría de los estudios de la *nueva historia* —editados en formato de libros— se inspiran y basan en las tesis universitarias de sus autores. El trabajo de Guevara (1993) no fue la excepción. Su tesis universitaria de 1987 —por su rigurosidad y originalidad— mereció un artículo en *El Comercio* y una nota en la revista *Thémis*. Consúltense de René Ortiz, «A propósito de una tesis universitaria» en *El Comercio*, A-2 (Lima, 27 de agosto de 1987) y la reseña del mismo autor en *Thémis* 10 (1988, pp. 87-88)

tribunales, la contratación y todos los referentes del Derecho europeo transformaron la conciencia y los hábitos de la sociedad indígena. Pero también, modificaron las actitudes de los colonizadores y en rigor de todos los estamentos de la sociedad colonial.

Con los libros de Basadre Ayulo (1994) y Trzegnies (1994) se cierra este capítulo de la *nueva historia*. El primero de ellos ha sido concebido como una guía de estudios. Basadre Ayulo aborda temas metodológicos, la historia de los Derechos europeos y la presencia del Derecho—español, indiano— en América. Este libro sintetiza los aportes de la literatura especializada y por esa razón tiene un marcado aire descriptivo. En ocasiones se detiene en los temas clásicos de la historiografía sobre el Derecho indiano—por ejemplo, la Recopilación de Leyes de Indias o el gobierno en las América hispana—, descuidando otras facetas de la vida jurídica colonial (Basadre Ayulo 1994: 253-273). Este trabajo oscila, conjuntamente con los estudios de Del Solar (1988 y 1993), entre las perspectivas renovadoras de la historia social y las visiones institucionales¹⁸ de la historia del Derecho (véase la nota 9). Algunos de los artículos de Basadre Ayulo, por ejemplo, se amparan en esta estela clásica (1989, 1991). Sin embargo, hay también una ruptura con el antiguo paradigma y un especial énfasis en la producción historiográfica más moderna.

Con el libro de Trzegnies (1994)¹⁹ finaliza nuestra excursión por el «Jardín de las delicias» de la *nueva historia*. Varios elementos convergen en este estudio: novela histórica,

18. Es importante precisar el significado del institucionalismo en estas páginas. Por lo general esta perspectiva de trabajo ha sido asumido como un estudio descriptivo y narrativo del Derecho. En ella se privilegian a las reglas jurídicas antes que a los actores sociales. La crítica historiográfica ha apelado, por lo general, a este sentido del institucionalismo (Pease 1992: 13-14). Este movimiento, sin embargo, comprende más ricos matices. De la misma forma que en la sociedad hay un *largo tiempo histórico*—en la acepción de Braudel— en el Derecho las instituciones jurídicas constituyen esa larga duración. No son las normas jurídicas—perecederas y finitas— las que interesan a esta corriente de estudios, sino los cimientos (o fundamentos) sobre los cuales se construye la ciencia jurídica. Instituciones como la propiedad, la familia, la división y clasificación de Derechos, capturan la atención de esta historiografía. En el Perú, Temple ha sido su principal cultivadora y no es gratuito que a sus cursos de historia del Derecho agregase el de instituciones (puede consultarse sus materiales de enseñanza: Temple 1966 y 1984). I say, al menos, otra acepción que proviene de la academia norteamericana. El institucionalismo es el estudio de las grandes organizaciones humanas y de las reglas de juego—como el Derecho— que éstas han creado. Esta corriente, que tiene en Douglass North a uno de sus principales exponentes, ha ensayado importantes aproximaciones entre el Derecho y la economía. Los estudios de Derechos de propiedad, la relación entre el Derecho y la revolución industrial y la contribución del tejido jurídico al crecimiento económico son sus principales temas. Todos estos trabajos han sido realizados desde una perspectiva histórica. Una presentación general de esta corriente—y sus derivaciones— en Fernández Baca 1994.

19. Este trabajo recibió merecidos elogios por historiadores y abogados. Diversas notas aparecieron en diarios y revistas peruanas. Como ejemplo puede mencionarse la nota a página entera en el diario *El*

historia popular y el rol del Derecho en una situación de opresión. Utilizando la ficción, un estilo pionero en la historia del Derecho peruano, Trazegnies recrea la vida de un inmigrante chino en el Perú. Al hacerlo, transporta al lector al escenario social sobre el cual se teje la trama jurídica que es explotada en el segundo tomo del libro²⁰. Aunque Trazegnies reitera sus puntos de vista sobre la modernidad y la tradición hay en este estudio novedosas perspectivas. Por un lado, su interés en la historia desde abajo. Trazegnies focaliza su atención no sólo en la regulación de la inmigración china, sino en la forma cómo los inmigrantes interactúan en dicho sistema. Seguidamente, sus comparaciones entre las regulaciones del tráfico con otras experiencias históricas, principalmente los contratos de servidumbre inglesas. Hay un interés en la doctrina legal, pero no basada en una exclusiva taxonomía jurídica. Así, utilizando andamiajes contractuales modernos, procura explicar las características de la contratación china (masiva y bajo fórmulas de adhesión) (Trazegnies 1994: II, 329-370). Sus páginas finales exploran la «ubicuidad» del Derecho—en la norma, la práctica y el pensamiento— y ensayan una sentida reflexión sobre las funciones morales de la historia. La explotación, el racismo y el clasismo forman parte del pasado humano, pero antes que ocultarlos, Trazegnies sugiere su estudio y comprensión. Esto permite el reconocimiento de nuestra libertad—y conciencia del bien y el mal— y a su vez, nos inocula el principio de la esperanza. Así, como años antes sugería Ernst Bloch, es sobre el porvenir que se proyectan nuestros ideales y aspiraciones (Trazegnies 1994: II, 779-784).

Mundo, «Colinas de oro y arena. Sueños y pesadillas de los primeros inmigrantes chinos en el Perú» (Lima, semana del 5 al 11 de junio de 1994, p. 8D). La excelencia académica del trabajo de Trazegnies ha sido reconocida por recientes distinciones. Así, en atención a su trayectoria académica e innovación en el pensamiento jurídico Trazegnies se hizo acreedor al premio *Cosapi a la Innovación 1994*. Esta fue la primera ocasión en que dicho galardón, habitualmente otorgado a científicos 'exactos', recaía en un humanista.

20. La *novela histórica* es un género que progresivamente ha capturado el interés de escritores e historiadores en la América latina. *El general en su laberinto* (Gabriel García Márquez), *Vigilia del almirante* (Augusto Roa Bastos) y *El arpa y la sombra* (Alejo Carpentier) pueden citarse como tres exponentes recientes de este discurso narrativo. Trascender—o modificar— la historia oficial y construir un relato alternativo ha sido el principal objetivo de estos autores (Torrijos 1993 y también la nota de Hampe «Sobre la novela histórica» en *El Comercio*, Lima jueves 11 de agosto de 1994, A-3). A su vez, la inclusión de «historias de vida» ha sido una característica de la prosa jurídica en los últimos años (sobre todo en los países anglosajones). De esta forma, consideran sus cultivadores, se introduce mayor realismo en la comprensión de las reglas y regulaciones. Estos autores rechazan las clásicas enseñanzas basadas en modelos abstractos. Es decir, aquellas que apelan a personajes ficticios y tipos ideales para explicar la naturaleza de las normas e instituciones fundamentales (propiedad, contratación y responsabilidad civil). Así, en la literatura clásica los autores utilizan y mencionan como partes de una relación jurídica a *primus* y *secundus* o A y B, y sobre ellos—al margen de sus sentimientos, valores y expectativas— se construye el tejido legal (O'Byrne 1991: 503-504). Apoyarse en la historia y recrearla es, por ello, una radical transformación de nuestra conciencia jurídica. Ambos elementos, de la narrativa latinoamericana y las historias de vida, ofrecen una sugerente perspectiva para el entendimiento del pasado jurídico.

* * *

No todas las publicaciones de los últimos años se han inspirado en estas premisas, aunque éstas han sido las más promisorias y renovadoras. Veremos seguidamente cómo otras formas de hacer historia del Derecho subsisten dentro de la producción historiográfica peruana.

Positivismos jurídicos del pasado

Como las ideas legales, la historia jurídica es una hija de su tiempo. Así, en muchos casos, nuestras modernas convicciones jurídicas se reflejan en monografías y artículos académicos. La impronta del positivismo ha sido decisiva en este proceso. Los rasgos del Derecho moderno —sistematicidad, organicidad y predictibilidad— son atribuidos, arbitrariamente, a los tejidos legales del pasado. También esto se reafirma en el análisis doctrinario. Las formas modernas de imaginar y concebir el Derecho son extrapolados arbitrariamente a otros arcos temporales (Millon 1989: 669-672). La contratación, la responsabilidad civil, los derechos de la persona —y cualquier otra figura patrocinada por nuestros modernos ordenamientos— son apreciados con las mismas características del mundo de hoy (para el caso del *Common Law* el lúcido estudio de Millon 1989 cita una vasta literatura; ejemplos peruanos en Trazegnies 1994: II, 329-370; Vargas 1993: 159-258; Del Solar 1988: 80-84; Basadre Ayulo 1989 y Hampe 1985: 358-359).

Una gama de estudios de historia del Derecho peruano tienden a apreciar con esos presupuestos los sistemas jurídicos ya desaparecidos. Como hemos indicado líneas arriba, los estudios de Javier Vargas (1979, 1981, 1987, 1988 y 1993) pueden ser citados como ejemplos paradigmáticos. En estos trabajos las categorías jurídicas del mundo moderno —la noción de lo «Civil» y lo «Penal», el Derecho «Público» y el «Privado»— son aplicadas libremente a la sociedad andina. Delitos reconocidos en nuestros ordenamientos aparecen como figuras penales del pasado andino. Aunque se busca orientar al lector moderno —como también lo intenta Del Solar (1988)— desafortunadamente este ejercicio no contribuye a la comprensión histórica del fenómeno jurídico. Es decir, a la forma como lo entendían y desarrollaban sus propios protagonistas. En esta misma orientación se encuentra el trabajo de Aguilar (1993). Con una vasta formación en el Derecho Internacional, la autora escudriña las manifestaciones de este Derecho en el mundo andino prehispánico. Nociones de «Estado», «relaciones exteriores», «tratados comerciales» forman el léxico de Aguilar. Inspirándose en Kelsen —el padre del positivismo en la tradición romano/germánica— reconoce en el ayllu la constitución de una unidad política (Aguilar 1993: 118-135).

Es evidente que hubieron relaciones interétnicas en el pasado prehispánico (véase Pease 1979: 97-106). Sin embargo, extrapolar las sofisticaciones jurídicas del Derecho internacional y su andamiaje teórico —concebido para los modernos Estados/nación— al mundo precolombino no resulta aconsejable. No hay duda que Aguilar —como Vargas— utilizan rigurosamente sus presupuestos científicos. No obstante, son precisamente éstos los que resultan menos oportunos para el análisis histórico. También en las investigaciones referidas al colonialismo se reproduce esta perspectiva. Citando los trabajos clásicos de Juan de Matienzo (1520-1579) —*Gobierno del Perú*—, cédulas reales y los comentarios de Juan de Solórzano (1575-1655), Nora Olivero (1988: 109-114) reconstruye el régimen de asignación de tierras coloniales. La pregunta que se puede ensayar es si dichos materiales resultan ser los insumos idóneos para la reconstrucción histórica. ¿No es acaso que estamos apelando a los materiales modernos de hoy: normas, regulaciones y doctrina jurídica? ¿eran ellos los insumos privilegiados en la sociedad colonial de los siglos XVI y XVII?. Además, ¿podemos reconstruir los infinitos matices del pensamiento legal apoyándonos solamente en los comentarios de algunos juristas, sin tomar en consideración su ubicación temporal²¹.

Los estudios clásicos de Derecho indiano se concentraron en una rigurosa depuración de material normativo. Reales Cédulas, ordenanzas, pragmáticas y los procesos de recopilación atraparon la atención de reconocidos eruditos —por ejemplo, Rafael Altamira y Ricardo Levene (entre los fundadores) o sus continuadores como: José María Ots, Antonio Muro Orejón y Alfonso García Gallo. Ellos crearon una disciplina y un método de análisis que hizo escuela en la América Latina. Muchos reputados investigadores latinoamericanos han sido sus discípulos y han diseminado en libros y artículos estos métodos de investigación (Bernal 1989: 25-30). Esta orientación obtuvo un amplio reconocimiento en el americanismo y ha sido ampliamente difundida (Sánchez Bella 1988)²¹. Algunos estudios peruanistas se han apoyado en estas coordenadas interpretativas: Basadre Ayulo (1989, 1990, 1991, 1992 y 1993); Del Solar (1992 y 1993); Díaz Rementería (1990); González de San Segundo (1982); Lohmann (1983); Hampe (1985); Núñez (1994); Ortiz (1990); Ruigómez (1988), Remy (1994) y Ugarte del Pino (1991). En estos trabajos se asume al tejido normativo, en ocasiones acriticamente, como el principal objeto de referencia histórica.

21. Hay visiones críticas a esta corriente de trabajo, véase a I Ianke 1978. En los últimos años, las tendencias sociológicas se han abierto paso dentro de los estudios de Derecho Indiano y han reformulado sus fundamentos teóricos (por ejemplo, Tau 1992: 3-7). Balances completos sobre metodologías, escuelas, influencias intelectuales y publicaciones en Sánchez Bella (1988) y Bernal (1989). Una ágil descripción de los presupuestos del Derecho indiano en Zorraquín (1987).