

JORGE BASADRE, HISTORIADOR DEL DERECHO

Fernando de Trazegnies

Pontificia Universidad Católica del Perú

Quizá es poco conocido para muchos que una de las primeras cátedras que desempeñó el gran historiador de la República fue la de Historia del Derecho Peruano y siguió ocupándose de la Historia del Derecho durante muchos años. Quizá nunca abandonó el tema porque incluso sus obras más generales de cuando ya había dejado la cátedra tras una larga docencia, siguen impregnadas de reflexiones sobre el Derecho.

Jorge Basadre ingresa en 1928 como profesor en la Universidad de San Marcos para enseñar Historia del Perú. Pero percibe inmediatamente la importancia de la perspectiva jurídica para comprender todo proceso social y muy particularmente la formación de nuestra nacionalidad. Y esta percepción no lo abandonará nunca en su tarea de historiador del Perú. En 1931 es nombrado profesor de Historia del Derecho en esa misma Universidad; y, salvo el período en que viaja a hacer estudios al extranjero, Basadre será el profesor de este curso hasta el año de 1945. Dedicar tantos años de la vida de una persona a enseñar algo tan particular como es la Historia del Derecho nos reafirma en la idea de que este tema no era circunstancial en Basadre. De esa época es su libro *Historia del Derecho Peruano* publicado en 1937.

Pero, ¿qué lleva a Basadre al estudio de la perspectiva jurídica a través de la Historia del Perú? ¿Qué lo motivó a interesarse en el Derecho?

La causa eficiente, como diría Aristóteles, fue quizá su contacto con Manuel Vicente Villarán, a quien el propio Basadre atribuye su acercamiento al Derecho. Villarán era eminente jurista, historiador y educador. Basadre asistió a su curso de Derecho Constitucional y fue además alumno de San Marcos cuando Villarán era Rector. El futuro historiador quedaría prendado de su inteligencia, de su rigor intelectual y de su sencillez humana. Es en ese entonces que comienza una amistad que lo acompañaría hasta la muerte del maestro. Probablemente a través de las clases de Villarán o también en sus conversaciones personales,

advirtió que el Derecho tiene una enorme relevancia en el desarrollo de los procesos histórico-sociales de los pueblos. En un homenaje que le rinde Basadre a Villarán con motivo de sus cincuenta años de vida profesional, lo elogia con una frase que no solamente es extraordinariamente elocuente respecto de la persona de Villarán sino que además expresa toda una visión de la sociedad en general, del papel del Derecho y del Perú en particular. Dice: "En países de mentalidad sísmica, es fácil hallar poetas, políticos, oradores. La aparición de grandes juristas es un fenómeno de sedimentación ulterior. El Perú, país contradictorio, los ha tenido a pesar de todo. Riqueza de subsuelo sin el abono de calores multitudinarios ni belleza ornamental, Manuel Vicente Villarán es hoy, entre muy pocos, uno de esos juristas"¹.

Pero si bien Villarán puede haber constituido su canal de contacto con el Derecho, la causa formal y material –para seguir hablando en términos aristotélicos– de su interés por el tema jurídico fue el descubrimiento de esta vía como puerta de acceso y como parte esencial del proceso histórico-social. Y es quizá también debido a esa comprensión que la aproximación de Basadre a la Historia del Derecho fue en su momento muy original y tuvo el efecto de abrir las ventanas que encerraban a esta disciplina dentro de un formalismo castrante y la asfixiaban dentro de la pura normatividad jurídica, como una Historia de la mal llamada Dogmática Jurídica.

Basadre no es un jurista que va en busca de la Historia sino un historiador que va en busca del Derecho. Y es quizá este camino inverso al seguido por quienes lo precedieron, que le permite liberarse del positivismo jurídico imperante en el estudio de la Ciencia Jurídica y reencontrar así el Derecho efectivamente vivido, el Derecho que rige verdaderamente a un pueblo y que no puede ser comprendido en forma independiente a la praxis social.

Desde esa perspectiva, Basadre comienza por advertirnos que en el Perú no ha habido propiamente Historia del Derecho. Durante la primera mitad del S. XIX no hay ninguna inquietud por el tema: no interesaba la historia del Derecho sino su racionalidad². Es sólo después de 1850 que aparecen algunos artículos que intentan recuperar aspectos de la historia jurídica peruana. Pero los pocos ensayos del S. XIX y comienzos del XX, muchas veces insertos dentro de trabajos de otra naturaleza, no tienen un valor destacado porque los métodos han cambiado y los datos históricos presentan ahora otras facetas al mostrarse desde otra luz y al haberse

¹ Basadre, Jorge. *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Dedicatoria a Manuel Vicente Villarán. Librería Internacional del Perú. Lima, 1956, p. VII a IX.

² Basadre, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Editorial Antena. Lima, 1937, p. 39-40.

realizado una labor más amplia de investigación. Hay mentes frescas y precursoras, que se adelantan a su tiempo al comprender la importancia de la Historia del Derecho. Este es el caso de Román Alzamora a quien se le debe agradecer la creación de la cátedra correspondiente en la Universidad de San Marcos en el año de 1875³. Pero sus lecciones, que publicó en forma de libro, si bien perduraron prácticamente como el único trabajo de carácter general sobre el tema, no tienen ahora mayor interés, dice Basadre, porque hoy se conoce mucho más de la historia inca y, sobre todo, se conocen bastante mejor las civilizaciones pre-incas que en esa época eran ignoradas⁴. En cuanto a la historia del Derecho virreinal y republicano, comenta Basadre, ahora se cree conveniente estudiarlos en otra forma⁵. En las primeras décadas del siglo XX, si bien hay trabajos afines a la Historia del Derecho como los de Romero, Oliveira, Benavides, Osorio, Núñez, Castro Pozo, Leguía y otros, se trata en muchos casos de historia política o económica o sociológica del Perú antes que de propiamente investigaciones histórico-jurídicas⁶.

La objeción fundamental de Basadre a los trabajos anteriores concuerda con lo antes señalado sobre su particular aproximación a la materia: la Historia del Derecho, reitera, debe ser una perspectiva integrada, donde se combina la Historia y el Derecho. Pero curiosamente, comenta, esta integración no se ha producido en los trabajos anteriores por razones que son opuestas en el Derecho Privado y en el Derecho Público pero que conducen a la misma desarticulación. En el campo del Derecho Privado, nada de lo que se ha escrito tiene sentido histórico sino solamente jurídico; en el campo del Derecho Público, lo que se ha producido tiene sentido histórico pero adolece de falta de visión jurídica⁷.

Es por ello que Basadre es un verdadero pionero no sólo de la Historia del Derecho en el Perú sino, particularmente, de la Historia Social del Derecho Peruano. Quizá deberíamos calificarlo simplemente como pionero de la Historia del Derecho a secas; porque para Basadre no hay otra Historia del Derecho posible que su historia desde una perspectiva social.

No debe olvidarse que Basadre se vincula con la Historia del Derecho en la década anterior a la Segunda Guerra Mundial, precisamente cuando se desarrolla en Francia ese movimiento tan fecundo para el estudio de la Historia, liderado por Marc Bloch y por Lucien Febvre que, a través de la revista *Annales*, expresó una nueva manera de conocer y reconocer el

³ Ibidem, p. 45.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibid, p. 46-48.

⁷ Ibid, Advertencia, p. 7.

pasado estudiándolo no desde el punto de vista de una historia individual y formada por una sucesión de acontecimientos vinculados por algo poco más que el azar sino como el movimiento en el tiempo de los grupos, de las ideas, de los procesos económicos, de las fuerzas políticas. Como dice Fernand Braudel, una historia que trata de la manera cómo el mar de fondo agita el conjunto de la vida⁸.

Frente a opiniones, como la del profesor portugués Cabral de Moncada, que postulan una historia jurídica "pura", libre de aspectos sociales, políticos y económicos, para concretarse en los conceptos constructivos y de los sistemas jurídicos del pasado entendidos como datos dogmáticos, Basadre afirma vigorosamente que el historiador del Derecho tiene que invadir inevitablemente el terreno de la historia social y económica si quiere entender lo que pretende explicar. No puede aceptarse la división entre una Historia del Derecho reducida al origen y contenido de las leyes y una Historia de la Civilización que estudiaría todos los demás aspectos de la praxis social⁹. Podríamos así decir, siguiendo a Basadre, que los hombres vivimos una sola vida y las sociedades viven una sola historia, por más compleja que ésta sea. En consecuencia, la segmentación de la Historia por especialidades no puede legitimar una división del territorio de la Historia en monopolios académicos sino una diferenciación de perspectivas de acceso a la materia común que constituye la Historia de la Civilización.

Un tema muy importante, en el que Basadre manifiesta gran interés, es el de la personalidad del Derecho peruano. ¿Podemos hablar de un Derecho peruano y, consiguientemente de una Historia del Derecho peruano? ¿Es el Derecho peruano un pensamiento y sistema jurídico con rasgos propios que permitan diferenciarlo de otros Derechos y justificar el adjetivo de "peruano"? ¿O es que el llamado Derecho Peruano no es sino un capítulo de la historia del Derecho Occidental?

Basadre señala que se ha sostenido muchas veces y por personalidades importantes que el Derecho peruano no es sino "una serie sucesiva o simultánea de transcripciones o imitaciones foráneas"; y que el Derecho Indiano, que revela mayor creatividad, no es sino un Derecho colonial¹⁰. De esta manera, el Perú no aportaría nada nuevo en materia de Derecho y, en vez de perder el tiempo estudiando el Derecho peruano, deberíamos dedicarnos a la historia del Derecho Occidental. Pero Basadre sostiene que

⁸ Braudel, Fernand. *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo de la época de Felipe II* [1949]. Fondo de Cultura Económica. México, 1976. Prólogo a la primera edición francesa, t. I, p. 17.

⁹ Basadre, Jorge. *Historia del Derecho...*, ed. cit. Advertencia, p. 7 y 8.

¹⁰ Basadre, Jorge. "La personalidad histórica del Derecho peruano". Artículo publicado en el diario "El Comercio".

esas afirmaciones no son correctas y que podemos hablar con toda propiedad de un Derecho peruano. ¿Por qué?

Quizá para comprender mejor la propuesta de Basadre deberíamos recurrir a un autor posterior, Lawrence Friedmann¹¹, quien se pregunta si el Derecho cambia de acuerdo a la historia de los pueblos o si permanece como una plataforma relativamente inamovible sobre la cual suceden históricamente muchas cosas. Y su respuesta es bastante radical: esa cuestión, nos dice, es un falso dilema; o cuando menos, una cuestión mal planteada.

En realidad, el Derecho puede ser visto como un conjunto de leyes o como un proceso. En el primer caso, nos interesará solamente el Derecho en el papel; en el segundo caso, nos interesará el Derecho actuando en la sociedad, acogiendo los problemas sociales que ésta le plantea, procesándolos con ayuda de las técnicas del Derecho pero también con los valores y creencias propias de una determinada cultura, y luego presentando soluciones sociales a esa sociedad que sometió el problema a la consideración jurídica.

Si admitimos esta doble perspectiva, diremos que el Derecho como un conjunto de leyes escritas en un papel y de principios técnicos de construcción, si bien no es universal al menos se soporta efectivamente en grandes zócalos que unifican los sistemas. Es así como puede decirse que el Derecho Civil peruano del S. XIX era una variante del Código Napoleón y del antiguo Derecho español; que el Derecho Civil de mediados del S. XX tiene que ser estudiado como parte de las tendencias creadas por el Código Civil alemán y por el Código Civil suizo; y que el Derecho Civil llamado peruano de fines del S. XX es en cierta manera un capítulo especial del Derecho italiano.

Friedmann acepta que, en un cierto sentido interesante, el Derecho americano "desciende" del Derecho inglés, salvo el Derecho del Estado de Louisiana que "desciende" del Derecho civil de Francia y España. Sin embargo, se pregunta, ¿acaso esta comprobación puramente jurídica –en el sentido más estrecho y limitado del término– explican algo más que las fuentes formales de esos Derechos sin permitirnos conocer cómo funcionan efectivamente en la realidad? El Código Napoleón se impuso en Francia, un país rico, urbano, bastante sofisticado; y se impuso también en el Haití rural y atrasado. ¿Significa ello que estamos ante el mismo Derecho? Tanto Eduardo I como Isabel II reinaron sobre un país que aplicaba el "common

¹¹ Friedman, M., Lawrence. "Legal Culture and Social Development", en Friedman, L. M. and Macaulay S.: *Law and the Behavioral Sciences*. Bobbs-Merrill, USA, 1969, p. 1000-1008

law". Pero, ¿podemos pensar que el Derecho inglés del S. XIII era el mismo que el Derecho inglés actual después de la enorme transformación social que ha pasado la sociedad inglesa durante ese lapso?

En la mayor parte de África y en buena parte de Asia, prosigue Friedmann, las potencias coloniales introdujeron el Derecho del país madre; y este Derecho tuvo algún efecto, al menos en las clases altas de la Capital colonial. Sin embargo, las nuevas naciones no han sido menos ávidas en buscar por sí mismas modelos jurídicos fuera del marco de su propia experiencia. ¿Estamos en todos estos casos ante derechos iguales sólo porque los textos normativos son los mismos? Parecería que la respuesta obvia es no.

Ahora bien, si adoptamos la perspectiva de proceso y entendemos el Derecho actuando en una sociedad determinada, entonces, aunque las leyes puedan ser parecidas, los Derechos son distintos; porque el Derecho es esa ley en acción, nutriéndose de la cultura y circunstancias del lugar en que se aplica y resolviendo los problemas no de cualquier sociedad, no de la sociedad occidental en general, sino de una determinada sociedad que tiene características propias y que es la sociedad histórica peruana.

Basadre, dada su aproximación a la Historia del Derecho como Historia social, comprendió muy bien que la identidad del Derecho peruano no estaba en las normas legales ni en los conceptos técnicos sino en la dialéctica entre esas normas y conceptos y la realidad social, política, cultural y económica.

En ese sentido, Basadre dice tajantemente (y cito sus palabras) que "Si la historia de un pueblo es la historia de la vida, la historia del Derecho es la historia del funcionamiento de ese Derecho"¹². Y explica esta afirmación de la siguiente manera: "En resumen, pues, el Derecho de un Estado y de un pueblo consiste, desde cierto punto de vista, en el producto de las integraciones de ingredientes diversos; y el Derecho peruano es así un Derecho "derivado y compuesto". Porque, "aparte de sus aspectos genealógicos, una historia jurídica alberga la vida del Derecho dentro de su ámbito temporal y espacial propio, o sea el proceso de la transformación interna de las ideas y de las instituciones; su adecuación mayor o menos a la realidad, el movimiento de los distintos factores que las preservan, reviven, exaltan o hacen caducar. Se trata entonces" –sigue Basadre– "de la realidad jurídica que viven los ciudadanos o residentes de ese país en su vida diaria, a través de las generaciones, ignorando, sin duda, de dónde partieron o cómo llegaron las distintas modalidades del sistema que los

¹² Basadre, Jorge. Artículo periodístico citado.

rige. El examen de orígenes y antecedentes, influencias y relaciones, tiene una gran importancia. Pero no es incompatible con el estudio mismo del Derecho del Estado, de los juristas o del pueblo y de su perenne espíritu creador¹³."

Por consiguiente, ¿cómo no hablar de Derecho peruano si el Perú es una sociedad con una historia social propia? Basadre reitera esta tesis en diversas ocasiones. En el primer capítulo de su "Historia del Derecho peruano" nos dice que "No hay, como creyeron los juristas clásicos, arquetipos de un Derecho absoluto, invariables y universales"¹⁴: la historia del Derecho es "la prueba de la variabilidad de las cosas humanas"¹⁵. Por eso, sigue Basadre, "Una realidad histórica determinada" –leamos, un Derecho en particular– "vale solamente en la medida que es efectiva para su propósito y en que ese propósito satisface un máximo de demandas humanas"¹⁶. De ahí que "La formación histórica como, en su esfera, la formación filosófica o principista, contribuyen a la aparición de una efectiva consciencia jurídica y a una integración entre el pensamiento, la vida real y la ciencia del Derecho"¹⁷.

Lamentablemente, Jorge Basadre solo pudo escribir dos libros propiamente sobre Historia del Derecho. De un lado, su inconclusa "Historia del Derecho Peruano"¹⁸ que comprende el llamado Derecho prehispánico y las fuentes del Derecho virreinal. De otro lado, su obra en materia de teoría denominada "Los fundamentos de la Historia del Derecho"¹⁹.

Pero toda su obra histórica trashuma una perspectiva jurídica. Su formación como historiador del Derecho lo lleva a recurrir continuamente al Derecho. Y es así como su "Historia de la República" es un auxiliar valiosísimo para quien quiera hacer Historia del Derecho de este período confuso, caótico pero extraordinariamente aleccionador, de nuestra Historia patria.

Me gustaría terminar estas pocas palabras de homenaje a quien devolvió a la Historia del Derecho peruano su propia alma histórica, con una lección fundamental que Basadre quiso impartir y que siempre es bueno recordar.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Basadre, Jorge. *Historia del Derecho...*, ed. cit., p. 22.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Basadre, Jorge. *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima, 1956.

Es así como nos advierte que si bien son muy importantes las investigaciones de detalle, también lo es la búsqueda de una interpretación general, de una visión de conjunto del proceso histórico. Y por eso nos invita a ser audaces, a tener una cierta osadía responsable, para no quedarnos en el dato erudito sino realizar ese recorrido más amplio que nos permita cuando menos establecer un boceto general de la región bajo estudio.

Claro está que muchas veces no se tienen los elementos necesarios; claro está también que si somos demasiado exigentes con nosotros mismos nunca tendremos los elementos necesarios. Pero, con palabras del propio Basadre, "muchas veces sin desconocer la fragilidad o la incipiente de los vehículos usados", tenemos la obligación de intentar la ruta de una visión de síntesis. Y es tan insistente en este punto que agrega una metáfora en apoyo de su propuesta: hay que hacer el intento, dice, "Por la misma razón por la cual si existe el deber de un viaje indispensable a un lugar donde todavía no funciona el tráfico aéreo, hay que realizarlo sin esperar a que se extiendan hasta ese lugar los servicios de las compañías de aeronavegación"²⁰.

Los epígrafes que un autor coloca en sus libros son muy importantes para conocer sus sentimientos, sus intenciones, el ideal que persiguen con su trabajo, la forma como quieren ser vistos por sus lectores. Los epígrafes son muchas veces algo así como pistas que deja el autor para que los lectores puedan orientarse hacia el camino que él hubiera querido que sigan en la lectura. Y, a veces, son claves no solamente de la lectura de un libro en particular sino de la lectura de la obra global, quizá podríamos decir de la vida misma del autor.

En este sentido, yo quisiera terminar diciendo de Jorge Basadre la frase de Escalona Agüero con la que Basadre comienza su *Historia del Derecho*. Dice: "Héle cultivado largos años con arado de zelo, con riego de sudor estudioso, más necesitado que meritorio y más emulado que presumido. Embidiado han muchos la gloria, no el trabajo; encarecido el asunto, no la suficiencia"²¹.

²⁰ Basadre, Jorge. *Historia del Derecho...*, p. 7.

²¹ Ibid, p. 5.