

JORGE BASADRE FRENTE A LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

José Francisco Gálvez

Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

La enseñanza del derecho estuvo acorde con la manera como se percibía este durante el siglo XIX. Era entonces que se colocaba en vigencia el modelo sistemático que ubicaba a la ley como primera fuente del Derecho, garantía frente a los excesos de poder y cuya creación se debió a la difusión del liberalismo. Ello demandaba una nueva manera de acercamiento entre las normas y el individuo, donde la manera como se regulaban las relaciones se hacía principalmente por lo que representan las normas en sí, dejando en segundo lugar a la costumbre y a la interpretación (fuese extensiva o restrictiva). En Lima, pese a cambiar de régimen político después de 1821, la cultura jurídica siguió teniendo una gran influencia hispana en tal forma que continuaban reproduciéndose textos hispanos del derecho vigente durante el virreinato y tan solo modificados por algunas normas provenientes del Estado en sus diferentes regímenes. Ello nos permite sostener que más allá de los esfuerzos individuales, como los de Manuel Lorenzo Vidaurre, la voluntad por transformar el derecho en Perú se produjo en 1852 con la dación del primer código civil. Conforme pasaban los años, se fue asentando este cambio, mientras tanto en Europa en la Escuela francesa del Derecho también se producían transformaciones y la Escuela Histórica alemana cedía su lugar a la antropología con las disquisiciones de Richard Thurnwald y Bronislaw Malinowski, este último difundió el argumento que el derecho era un aporte más que formaba parte de una estructura, la cual se generaba un conjunto de obligaciones.

1. Estado del ámbito jurídico peruano con la influencia del liberalismo

Desde los primeros años de vida independiente y al tenor del impulso del liberalismo se propició en el país el proceso para modificar la visión jurídica: "ART. 121°.- Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se

opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio¹". Es de notar, que el Estado peruano adoptó el modelo francés, lo que fue perceptible no solo por la preocupación por redactar una constitución sino por llevar adelante el espíritu de esta: "Estatuto Provisional, 8 de octubre de 1821, dado por el Protector de la Libertad del Perú, para el mejor régimen de los departamentos libres, ínterin se establece la Constitución permanente del Estado²". Lo que no ocurrió de inmediato con el fenómeno de la codificación, propio de otros ámbitos como el del derecho civil. Si nos atenemos al desarrollo de los códigos en Francia, donde se impuso la característica de los Estados Modernos de darle impulso a su Derecho nacional por parte de la burguesía ¿entonces qué sucedió en el Perú? Para Carlos Ramos esto se traducía como la oposición de la elite criolla a la promulgación de los códigos:

"La carencia de una mentalidad burguesa no [la] impulsaba a contar con un cuerpo legislativo que ofreciera *seguridad* en la aplicación del Derecho, pese a la creación de un nuevo Estado. Su poder estamental se habría visto en serios aprietos ante un código moderno que eliminase privilegios disolviéndolos en la generalidad" [Ramos, 1993: 99]

Si con el liberalismo llegaba el fenómeno del constitucionalismo y la codificación, motivados por el racionalismo, podemos constatar por el artículo de Edgar Carpio Marcos que, la formación legal además de continuar siendo hispana, lo era incluso en materias innovadoras como la de derecho público constitucional, que se ceñía a los parámetros de un curso similar y cuyo texto base era *Lecciones de Derecho Público Constitucional* de Ramón Salas y Cortés, profesor de la Universidad de Salamanca, impreso para las escuelas de España³

Mas allá de la intención de una visión sistemática, la preocupación por la estabilidad política que identificó al siglo XIX nos permite sostener que hubo un orden de prioridad por sentar las bases de la organización del Estado más que persistir en los cambios epistemológicos de una nueva concepción de la Teoría General del Derecho de entonces. Como ha hecho saber Carlos Ramos en sus recientes trabajos sobre la *Historia del Derecho Civil Peruano*⁴, existieron matices en el fenómeno de la codificación que confluyeron en opciones de técnica legislativa las que se daban entre

¹ Constitución Política de la República Peruana, 12 de noviembre de 1823.

² Estatuto Provisional. Lima, 8 de octubre de 1821.

³ Libro que apareció reimpresso en 1826 en Lima en el taller de José María Concha.

⁴ Me refiero a la colección que ha publicado Carlos Ramos Nuñez: *El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo Vidaurre* (PUCP 2000); *La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852* (PUCP 2001), *Los jurisconsultos: El murciélago y Francisco García Calderón* (PUCP 2002) y *Legislación, abogados y exégetas* (PUCP 2003).

encargar a un letrado como Manuel Lorenzo Vidaurre la redacción de un código o a una comisión de juristas la misma tarea y más adelante establecer otra para su revisión. Sea cual fuere la alternativa elegida, el Congreso terminaba por sancionar o promulgar como ley dicho código.

Luego de producido esto, la *Novísima Recopilación de Leyes de Indias*, el *Fuero Juzgo* y *Las Siete Partidas*⁵, quedaban sin vigencia legal, lo que no significaba su exclusión definitiva, pues a partir de ese momento pasaban a integrar el conjunto de obras o tratados de la doctrina legal, cuya referencia terminaba siendo de uso obligatoria ya que no bastaba la redacción del artículo pertinente sin abordar la norma madre de donde se había gestado y que requería además de una explicación fáctica, propia de un derecho casuístico que iba cediendo su lugar.

Hacia la década de los 60, la visión orgánica y sistematizada impulsada por el Estado se vio acompañada de las opiniones de juristas como Manuel Atanasio Fuentes o Francisco García Calderón, cuyo basamento intelectual se hallaba vinculado a la escuela gala, que encarnaba para ellos el criterio de modernidad. Así, tenemos por ejemplo la contribución de Fuentes que se orientó a la divulgación del conocimiento jurídico positivo francés y a la crítica de las instituciones jurídicas existentes. Sus escritos, como los presenta Ramos, podrían considerarse como temas de Derecho, pues abordaban diversas áreas: la de índole civil (el cuestionamiento al proceso de abolición de la esclavitud, la necesidad de los registros de estado civil, el derecho de familia, el divorcio, los hijos naturales, la herencia, la propiedad), la del derecho penal (el cuestionamiento a la pena de muerte que fomentara su reimplantación en 1860), la de materia constitucional, internacional, la medicina legal (influencia francesa en las aplicaciones de la medicina forense), y la llamada teoría general del Derecho (el imperio de la ley y la vigencia de la costumbre). Francisco García Calderón Landa, influenciado por el alemán Enrique Ahrens y su obra *Curso de Derecho Natural*⁶ o *Filosofía del Derecho*, cuya contribución académica no excluyó la normativa hispana ni su espíritu. De la tesis de Ahrens se desprendía la necesidad de mantener el pasado no solo como presupuesto del futuro sino como la base de la modernidad, donde la costumbre fuese el vehículo que permitiera la continuidad histórica: "En esa medida, el pensamiento de Ahrens se adecuaba inmejorablemente a la condición de la sociedad como la peruana del siglo XIX, escindida con profundas diferencias que aspira a

⁵ Véase Gálvez M., José Francisco: "Aproximación al estudio de la pervivencia de las Partidas en el Derecho Peruano". En: *Revista del Magister en Derecho Civil* (Lima) Vol. II y III/ 67-88. 1998-1999.

⁶ Curso que formaba parte del programa de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de San Marcos en Lima a mediados del siglo XIX.

cambios graduales que no impliquen la ruptura violenta del orden establecido" (Mesías, 1997:40). Un hecho muy singular fue la preocupación por una comunidad ilustrada, como condición básica para la eficacia de las normas jurídicas, postura proveniente del racionalismo del siglo XVII y XVIII, compartida además por sus paisanos Toribio Pacheco, José María Quimper, entre otros y que crearía la igualdad intelectual de la que se beneficiarían todos los sectores sociales. Fuentes, rescatando la impronta cultural de Emmanuel Kant, consideraba que la razón era una y por lo tanto el Derecho sería semejante en todos los lugares del orbe: "no hay dos Derechos, así como no hay dos lógicas ni dos geometrías. La razón de los alemanes, de los franceses y de los negros es la misma; su Derecho también el mismo⁷" (Fuentes, 1876:I, 62). Frente a esta corriente legal que ganaba más adeptos se hizo necesaria la postulación que el Derecho en tanto norma requería de un análisis institucional que se basaba en el contraste entre esta y las otras fuentes jurídicas. Contraste que era inherente a la enseñanza del Derecho Romano donde el aporte histórico revelaba el origen de la institución y que en palabras de Román Alzamora: "...no es más que un medio para llegar al Derecho Peruano, y que estudiarlo aisladamente, sin enlazarlo a la Historia del Derecho Nacional, es quedarse en el punto de partida, y dejar entre él y las instituciones vigentes, un vacío de más de tres siglos" (Alzamora 1949:9). Inquietud que fue tomada en cuenta por el gobierno de Manuel Pardo y Lavalle en el decreto de 1876 que creó el Reglamento de Instrucción Pública, el mismo que dio inicio al dictado del curso de Historia del Derecho Peruano en la Universidad de San Marcos bajo la dirección del propio Alzamora⁸, el 18 de marzo de dicho año.

2. La Historia del Derecho en la Universidad de San Marcos

Fue Román Alzamora, abogado litigante, primer catedrático del curso de Historia del Derecho Peruano y Decano de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad de San Marcos o Universidad de Lima. Anteriormente se había desempeñado como profesor en los cursos de Derecho Romano, Legislación Comparada y Derecho Civil. El esquema del manual que acompañó a la nueva asignatura adoptó el criterio de periodificación de: Imperio, relacionado con los Incas, Virreinato, el que se iniciaba con una introducción relacionada con el Derecho Romano en las Hispanias y finalmente la tercera parte la Independencia, orientada al estudio de las constituciones que formaron parte de la República Peruana. Era síntesis

⁷ Mayores elementos de interpretación respecto a la trayectoria académica de Manuel Atanasio Fuentes ha sido desarrollada por Carlos Ramos en su obra *Los jurisconsultos: El murciélago y Francisco García Calderón*. Lima: PUCP 2002.

⁸ Así, el Perú inauguraba la enseñanza de esta materia de manera orgánica en América y que fuera puesto de relevancia más tarde por Ella Dunbar Temple y Alfonso García-Gallo.

del esquema establecido hacia 1844 en *Las 3 épocas del Perú o compendio de su historia* establecido por José María Córdoba y Urrutia. Clasificación que se vería transformada conforme avanzaran los estudios históricos y arqueológicos respecto a la etapa precolombina y que la ciencia jurídica de entonces no había considerado. Del mismo modo, la denominación Imperio (aportada por los españoles en alusión al Imperio Romano), fue tema de discusión en la década de los cincuenta del siglo XX, cuando se demostró que la información de las crónicas no era infalible en su interpretación de la realidad.

Como señalara Lizardo Alzamora en 1949 refiriéndose a la segunda edición de *Historia del Derecho Peruano*: "Se hacía gala de retórica y se exhibía un lenguaje pulido, pero no sólidamente robustecido por el estudio y el análisis" (Alzamora, 1949: 4). El segundo catedrático fue Eleodoro Romero Salcedo⁹, quien orientó su estudio temporal desde una perspectiva de carácter institucional abordando temas como el estado civil, la propiedad y las sucesiones, con el propósito de demostrar como se habían desarrollado por los individuos en momentos pretéritos. Estudio que innovó el programa del curso de Historia del Derecho Peruano que en adelante tendría otra orientación. Pese a ello, el análisis se resumió a uno de carácter dogmático pues no complementó lo dispuesto en los textos legales como *Las Siete Partidas*, *La Recopilación de Leyes de Indias*, *Las Leyes de Toro* y el *Fuero Juzgo* o *Libro de los Jueces*.

Como señalan Honores y Ramos, el nivel de análisis bajo una visión más legal y resumido a la aplicación de los textos jurídicos representaría la constante en trabajos posteriores, siendo: "...por un período sumamente extenso el principal insumo que los investigadores utilizarían en desmedro de la doctrina, la literatura legal, la documentación archivística, entre otras" (Honores y Ramos, 1997: 13). Mientras tanto en el ámbito mundial no solo estaba vigente la Escuela Histórica del Derecho, de naturaleza alemana, sino que desde las últimas décadas del siglo XIX, a través del Derecho Comparado se estaba llevando a cabo el estudio de los derechos de las culturas no occidentales para luego recrear dichas observaciones con la tradición jurídica occidental. Así se daba inicio a estudios que se centraban en la visión del hombre frente a su contexto. Henry Summer Maine, J. Kohler, H.E. Post, Richard Thurnwald y Bronislaw Malinowski volcaron su interés en dar a conocer, a su modo, la forma de comportamiento de los

⁹ Luego de Romero y hasta 1949 la cátedra de Historia del Derecho Peruano tuvo como titulares a: Alfredo Solf y Muro, Manuel Augusto Olaechea, Ricardo Aranda, Pedro M. Oliveira, Luis J. Menéndez, Víctor Maúrtua, Arturo García Salazar, Edilberto Boza, Jorge Basadre Grohmann, Luis Alayza Paz Soldán, Jorge Eugenio Castañeda, Javier Vargas y el propio Lizardo Alzamora.

pueblos primitivos frente a una concepción jurídica, distinta a las sociedades europeas y norteamericana:

“...el derecho y los fenómenos jurídicos tal como los hemos descubierto, descrito y definido en una parte de Melanesia, no constituyen instituciones independientes. El derecho no estriba en un sistema especial de decretos que prevén y definen cualquier forma de su incumplimiento... sino que es el resultado específico de la configuración de obligaciones que hacen imposible al nativo eludir sus responsabilidades sin sufrir por ello en el futuro” (Malinowski, 1981:74).

Malinowski, considerado el primer antropólogo moderno, se dirigió a la Melanesia para investigar el modo de vida de los naturales de las islas Trobiand y Mailu. Rechazó la vigencia de la tesis evolucionista unilineal, pues no necesariamente el desarrollo de cualquier sociedad debía alcanzar un nivel similar al de una occidental, en su proceso de transformación. De ahí que lejos de insistir en la superioridad de las culturas occidentales, había que buscar la causa de la noción de progreso: “La función fundamental del derecho es contener ciertas propensiones naturales, canalizar y dirigir los instintos humanos e imponer una conducta obligatoria no espontánea, en otras palabras, asegurar un tipo de cooperación basado en concesiones mutuas y en sacrificios orientados hacia un fin común” (Malinowski, 1981:79), reflexiones académicas que también servirían para entender el análisis institucional del pasado peruano.

3. El aporte de Jorge Basadre Grohman a la Historia del Derecho

Nacido en Tacna en 1903 y ex alumno de la Universidad de San Marcos, Basadre se convirtió en profesor de Historia del Derecho Peruano. Su llegada a la cátedra se vio enriquecida con los nuevos enfoques que estaban aconteciendo, de ahí que marcara distancia de las visiones anteriores por una postura más amplia en la comprensión del pasado jurídico del país. Durante su estadía en Alemania entre los años 1931 y 1932 asistió a las clases de Richard Thurnwald y Frederick Meinecke. El primero, representante de antropología jurídica alemana y el segundo “... quien le ayudó a ampliar sus perspectivas en lo referente al problema del Estado.” (Sánchez-Concha, 1995:320).

Thurnwald representaba la nueva visión en la interpretación de las llamadas sociedades primitivas que si bien estaban desprovistas de leyes escritas: “...el Derecho aparece más permeable y sus relaciones con el ritmo de otras funciones de cultura son quizá más estrechas”. (Basadre, 1937^a:355).

Influencia que le llevó a pensar que el Derecho estaba vinculado con la concepción de mundo, la cual luego se traslada a los modelos de conducta a seguir y que garantizan la continuidad de la comunidad o sociedad. Tesis que afirma que el derecho era un elemento de la cultura, es decir que se integraba a un pensamiento desarrollado históricamente¹⁰. En su periplo europeo, Basadre tuvo además la ocasión de conocer las nuevas corrientes que influyeron en una mejor comprensión sobre la Historia del Derecho. Su estadía en España le permitió conocer a Claudio Sánchez-Albornoz y al maestro José María Ots Capdequí. De regreso a Lima, podemos percibir la influencia intelectual entre los años de 1936 y 1937 en los artículos publicados en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, la *Revista de Economía y Finanzas* y la *Revista de la Universidad Católica* reflexiones desde el punto de vista institucional de la norma jurídica, la propiedad, el ayllu, el Estado y la familia así como la ley del Inca.

En lo que respecta a la norma jurídica, Basadre inicia el debate proponiendo el tema de si existe un origen histórico de la misma. Para ello, discrepa de aquella afirmación que sostenía que solo se producía derecho cuando se daban formulaciones escritas o surgía la defensa de intereses individuales, a través de letrados o abogados. Haciendo alusión a la famosa frase de Aristóteles *zoon politikon*, admite que el hombre es un ser social, lo que además nos trae a colación a la mente la famosa proposición romana *ubi societas, ubi ius* (donde existe sociedad, existe derecho), pues no se trata de individuos en particular sino de la convivencia de grupo. Así, percibimos que el aspecto jurídico no es excluyente de una serie de fenómenos geográficos, económicos, sociales o ideológicos; que son plausibles de actuar en su transformación, sean factores determinantes o meramente concurrentes. Lo que se deriva también de la aplicación de la teoría de los círculos culturales (en vigencia durante los años 20 del siglo pasado) de Schmidt y Koopers:

“A la luz del método histórico cultural se aclaran muchas de las facetas de la vida económica y social de nuestra colectividad indígena: matriarcado y patriarcado, endogamia y exogamia, propiedad colectiva y propiedad individual, creencias religiosas y elaboraciones artísticas” (Basadre, 1936: 131)

¹⁰ Línea de investigación que mantiene Jan M. Broekman desde los años setenta. Así, en el caso del derecho legalista o sistematizado su modo de racionalización va ligado a “...la formalización del derecho, el proceso de abstracción y un énfasis en lo normativo y en la selección de significados. Pero este proceso no es más que el resultado de una evolución y más exactamente de la transformación de una totalidad cultural en segmentos de cultura” (Broekman, 1993:145).

La convivencia social requería de una serie de normas que no escapan a la existencia de preceptos ético religiosos (como el concepto de verdad y de justicia) y que en su versión extrema podrían llegar a constituir un tabú¹¹. Argumento que podemos aplicarlo a cualquier sociedad o cultura, pues aún la de carácter occidental también atravesó por momentos donde primó el aspecto axiológico y fue determinante en la construcción del derecho de ese momento, siendo la Alta Edad Media uno de los ejemplos más cercanos a esta afirmación. Al respecto, Francisco Tomás y Valiente propuso características para identificar al Derecho Altomedieval, producido entre los siglos VII al XII: Una manifestación consuetudinaria donde la sociedad señorial de economía agraria tendía a ser estática, careciendo de grandes focos de poder político. Con ello el derecho terminaba por ser vinculado a la costumbre. Un segundo elemento, la sacralización, dado su fundamento en un ser supremo (*Dieu et mon droit*) y bajo cuya autoría se creó la naturaleza, proporcionándole un orden. Así cada cosa y cada hombre tenía su lugar en el *ordo naturae*: El conjunto de normas se manifestaba penetrando en todo tipo de relaciones con cierto grado de responsabilidad. En tercer lugar, el derecho en tanto privilegio: Las diferencias sociales se legitimaban en cuanto eran plasmadas en normas jurídicas por la misma razón que la sociedad terminaba siendo (y como era hasta entonces) de naturaleza estamental. En cuarto lugar, el Derecho como mecanismo regulador de la paz y de la violencia, pues ante la ausencia de una autoridad fuerte y dominante esta cedía a la sociedad la atribución que cada cual tomase la justicia por propia mano. Así, por costumbre al señalarse treguas en días domingos y festivos, o en determinados lugares, se garantizaba un nivel mínimo de convivencia. Sin embargo, el elemento que más llamó la atención fue el carácter atécnico: "La costumbre jurídica alcanzó un uso elevado como categoría de norma, siendo obligatoria. Su justificación fue más por antigüedad (prestigio o tradición) que por racionalidad". (Tomás y Valiente, 1997: 133 y ss.)

Influido por el modelo teórico de Thurnwald, representante de la antropología jurídica occidental, disciplina que estuvo acompañada por los trabajos de Bronislaw Malinowski, Basadre fue introduciendo este marco metodológico a la interpretación de las llamadas sociedades primitivas, en tanto no influenciadas por la tradición occidental, llegando a sostener que "...en las pequeñas comunidades como en las de los pueblos primitivos desprovistos de leyes escritas, el Derecho aparece más permeable y sus relaciones con el ritmo de otras funciones de cultura son quizá más

¹¹ "Por ello, el delito se concibe mucho más como lesión a la sociedad que como a los intereses particulares(...) las penas tienden a lograr la reintegración de ese orden natural" (Pérez-Prendes, 1996:162)

estrechas". (Basadre 1937^a: 355). Afirmación que nos remite al comentario de si la incidencia en la escritura puede ser considerada como sinónimo de un mayor desarrollo. Hasta entonces se manejaba la tesis de fray Martín de Murúa: "Las leyes que tenían ellos no eran escritas, porque el uso de las letras o auia llegado a ellos, no las conosian. Todos los delitos y negocios administraban y castigauan de memoria, por buena razon natural, haciendo luego executar lo que mandauan, sin remision ningu(n)a" (Murúa, 1962: II, 38). Argumento que por muchos años cuestionó la producción cultural prehispánica como inferior y que no tomaron una perspectiva comparativa que revelase también usos similares en Europa, si bien no contemporáneos a lo acontecido en las Indias. Pues aun existiendo la modalidad escrita en la cultura romana existieron leyes orales. Por otro lado, la escritura permite una memorización superior a la oralidad, siendo solo un sustituto de la palabra: "Aquí se prueba que las culturas antiguas o lejanas no son necesariamente las menos inventivas, menos inteligentes porque ellas no recurren a la escritura"¹² (Rouland, 1992: 35).

Entonces la percepción de contexto debía orientarse a la comprensión de la racionalidad que empleaban los individuos en sociedades no occidentales en su medio donde confluían aspectos económicos, sociales, políticos e institucionales, donde la gran interrogante era distinguir aquellas prácticas consideradas como usos sociales de aquellas más elaboradas e integradas que eran sinónimo de derecho, el que no dejaba de ser singular por las circunstancias en las cuales se originaba. Así, el derecho terminaba por ser un producto cultural. Basadre confesaría años después en *La vida y la historia* (1975) que los estudios de Thurnwald le permitieron familiarizarse con la disciplina desarrollada por este y plantear su posible utilización para el estudio del derecho prehispánico y organizar la sección sobre derecho inca. Manteniendo el perfil clasificatorio de la historia peruana del siglo XIX hizo uso de testimonios y del aspecto consuetudinario para recrear la parte prehispánica y colonial. Reflexiones que se incorporaron de manera orgánica a su obra *Historia del Derecho Peruano*, textos como los de Juan de Matienzo, Juan de Solórzano y Antonio León Pinelo formaron parte de su asidero. De este modo, se ampliaba el carácter de lo que se conocía como fuente jurídica. Por último, para la sección republicana se orientó a contemplar el desarrollo del proceso de codificación y el aporte de letrados como Manuel Lorenzo Vidaurre.

El tema sobre el período prehispánico también fue de interés de Hermann Trimborn (1901-1986), intelectual alemán que en su tesis doctoral *El colectivismo de los Incas en el Perú* (Berlín, 1922), se propuso indagar por el modo de

¹² Ce qui prouve que les cultures anciennes ou lointaines ne sont pas nécessairement moins inventives, moins intelligentes parce qu'elles ne recourent pas à l'écriture.

organización política y económica del Incario, pues sirvió de punto de partida para abordar la importancia del derecho en la sociedad e investigar sobre los criterios axiológicos que eran tomados en cuenta para considerar el delito.

Los trabajos de Basadre fueron pioneros en el mundo académico nacional pues marcaron una línea de investigación que ha sido continuada por catedráticos de su alma mater como Javier Vargas Vargas en su obra: *Historia del Derecho Peruano. Parte general y Derecho Inca* (Lima, 1993); Ella Dumbar Temple en su curso *Instituciones* (Lima, 1965), Juan Vicente Ugarte del Pino, Rafael Jaeger Requejo y Jorge Basadre Ayulo en el dictado del curso *Historia del Derecho* (Lima 1993). Un enfoque que aunque avanzó en la incorporación de instrumentos antropológicos no dejaba de lado el modelo del Derecho histórico occidental: Derecho civil, Derecho procesal, Derecho penal. Andamiaje que limita un grado de observación más concienzudo de lo que podríamos entender por esta disciplina jurídica y que a su modo hoy se insertaría en la llamada antropología jurídica.

La posterior publicación de los *Fundamentos de la Historia del Derecho Peruano* nos dirige a abordar el estudio del Derecho, dejando de lado el positivismo que lo restringía a los estudios sobre la legislación para ofrecer una visión de conjunto, entendiendo que el desarrollo de la ciencia jurídica contempla además la expresión legal como parte del fenómeno social. Ello nos deriva a buscar dentro las fuentes directas o indirectas, mediatas o inmediatas el acopio de información que nos permita una mejor comprensión del entorno legal y por ende a afinar nuestra interpretación de la manera como se lleva a cabo la regulación y la convivencia social. No podemos dejar de mencionar que esta obra de Basadre estuvo influenciada por el espíritu del "...período de renovación crítica y metodológica de la segunda mitad de los cincuenta, época de auge e impulso de las ciencias sociales en Latinoamérica" (Mannarelli, 1982: 94). Actitud metodológica mantenida hasta el día de hoy y expresada en los cursos de Teoría General del Derecho, Historia del Derecho, Sociología del Derecho y Antropología Jurídica.

4. Conclusión:

El siglo XIX nos presenta la manera gradual con que el racionalismo propició la vigencia del derecho legalista durante la vida independiente y que hizo uso de diferentes doctrinas para desplazar a la visión recopilatoria o casuística. Al producirse ya la codificación, se vio la necesidad de establecer disciplinas que ampliaran la visión legalista. Originalmente la doctrina se halló enriquecida con nuevas interpretaciones sobre todo francesas y alemanas, lo que no excluyó que la Historia del Derecho tuviese acogida para analizar las regulaciones jurídicas a través de un estudio institucional. Una historia cuya perspectiva y desarrollo, al inicio, poseyó limitaciones por su contexto,

las circunstancias y la formación académica de quienes tuvieron a su cargo el desarrollo de esta disciplina. El aporte de Basadre frente al Derecho y a la Historia del Derecho fue más allá de los modos de aproximación dogmáticos y legalistas. Quiso imprimir una nueva manera de percibir al Derecho en tanto producto de una cultura, lo que no significó que fuese una labor netamente empírica pues sus nociones metodológicas de Teoría General del Derecho armonizadas con los cuestionamientos occidentales de la tesis legalista le permitieron hacer uso de instrumentos que más tarde aplicó a la explicación e interpretación de nuestro pasado. Los primeros trabajos conservan algunos elementos de presunción en dicha explicación pretérita, lo que también debe señalarse que estaba acorde con el conocimiento cultural de ese entonces. El Derecho prehispánico consuetudinario y que históricamente se manifestó como un cúmulo de obligaciones sociales y de prácticas, que más allá de los intereses particulares también aseguraban la pervivencia de la sociedad en su conjunto. Normas de las que tenemos nociones por versión escrita en tanto fueron asimiladas bajo el criterio de repugnancia al Derecho Indiano que se construía con la sociedad hispánica, para lo cual era necesario que pasase por ciertos filtros (acatamiento a la autoridad regia y de acuerdo con la moral cristiana), de ahí que no todas las costumbres estarían recogidas en el Derecho mencionado. La otra vía que permitió un acercamiento fue la oralidad, pero que por su característica termina sujeta a cambios de estructuras mentales que la pueden mezclar con otros elementos o abstraerla.

Otro elemento recogido por Basadre fue la presencia de los llamados preceptos ético-religiosos (actos que eran proyección externa del hombre valorados éticamente) que dominaron ese derecho consuetudinario y que también Europa experimentaría durante el apogeo de la Edad Media a través de la vigencia del derecho canónico. Contexto en el que también resultó difícil distinguir los límites de lo jurídico, más aún cuando es propio del hombre llevar su conducta por reglas que la sociedad establece donde los usos sociales constituyen realidades análogas a las legales que participan en grado diverso de caracteres comunes. Tanto estos como el Derecho en su conjunto terminan por estar sujetos a un constante devenir que los transforma en el contenido y en forma.

Basadre no solo recogió la información vigente sino intentó ir hacia ese derecho pretérito, en una visión de conjunto influida por los soportes metodológicos de Thurnwald, Timborn y Malinowski. Quiso analizar la realidad del hecho social-jurídico de las relaciones humanas con la finalidad de descubrir su planteamiento y desarrollo, comprobar su vigencia real e inquirir en el cambio o mutación de aquellas experiencias en el curso de su devenir histórico. Para ello partió de la idea de considerar también al

derecho en su versión más sencilla, como costumbre, hecho o insumo que luego le permitiese armonizarlo con la teoría de los círculos culturales, vigente en la década de los veinte en Europa. Y en la cual era posible refutar la incidencia en tanto sociedad ágrafa que reflejaba una versión sesgada en la aproximación al estudio de las estructuras legales, obteniendo de esta manera una mejor comprensión del estudio de la realidad. Así la *Historia del Derecho Peruano*, bajo la óptica de Basadre en lo concerniente a la sección prehispánica, introdujo la necesidad de aproximarnos al estudio de las relaciones vinculantes entre los individuos con una serie de factores legales y extra legales en simultáneo para obtener una mejor interpretación y explicación de ese pasado por redescubrir.

BIBLIOGRAFÍA

Alzamora, Román:

1949(1876) *Historia del Derecho Peruano*. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Basadre G., Jorge

1936 "Ayllu, Estado y Familia" En: *Revista de Economía y Finanzas* (Lima) VIII/ 46:131-132.

1937^a "El origen histórico de la norma jurídica y la existencia del Derecho Inca". En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos* (Lima) I/3: 354-365

1937 *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Edigraf.

1957 *Fundamentos de la Historia del Derecho Peruano*. Lima. Edigraf.

Broekman, Jan M.

1993 *Derecho y Antropología*. Madrid: CIVITAS

Constitución Política.

1823 Lima, J. M. Concha.

Estatuto provisorio.

1821 Lima, Imprenta del Río.

Fuentes, Manuel A.

1876 *Curso de Enciclopedia del Derecho*, Lima: Imprenta del Estado.

García-Gallo, Alfonso

1972 *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Históricos.

Honores, Renzo y Carlos Ramos

1997 "Ensayos sobre Historiografía Jurídica Peruana (1854-1937)". *Cuadernos de Investigación*. 1/1997. Lima: PUCP – Instituto Riva-Agüero.

Honores, Renzo

1999 "Estudios sobre litigación y la litigiosidad colonial". *Revista de Historia del Derecho Privado* (Santiago de Chile) II:121-135.

Malinowsky, Bonislav:

- 1926 (1991) *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel.

Mannarelli Cavagnary, María Emma

- 1982 Jorge Basadre, su obra y "La república aristocrática" Lima. Tesis (Br.) Facultad de Letras y Ciencias Humanas. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Marcos Carpio, Edgar:

- 1995 "La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional" *Thémis* (Lima). 32: 221-230.

Mesía Ramírez, Carlos F.

- 1997 *El Pensamiento constitucional en el Perú del Siglo XIX*. Lima. Tesis de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional.

Murúa, Fray Martín de

- 1962 *Historia General del Pirú, Origen y Descendencia de los Incas donde retrata de las guerras civiles suyas, como de la entrada de los Españoles*. Madrid: Imprenta de don Arturo Góngora.

Pease García-Yrigoyen, Franklin:

- 1965 "El Derecho y la Aparición del Estado Inca" En: *Derecho* (Lima) 24: 36-45
- 1972 "Aproximación al delito entre los Incas" En: *Derecho* (Lima) 29: 52-62

Pérez-Prendes, José Manuel

- 1996 *Interpretación Histórica del Derecho*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Ramos Nuñez, Carlos

- 1993 *Toribio Pacheco: Jurista del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2002 *Los jurisconsultos: El murciélago y Francisco García Calderón*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial

Rouland, Norbert

- 1992 *Aux confins du droit*. Paris: Éditions Odile Jacob.

Sánchez-Concha Barrios, Rafael

1995 "La Historia del Derecho en el Perú: Perspectivas de Medio Siglo (1950 - 1993)" *Histórica* (Lima). XIX / 2:319-334.

Tomás y Valiente, Francisco:

1997 *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos.