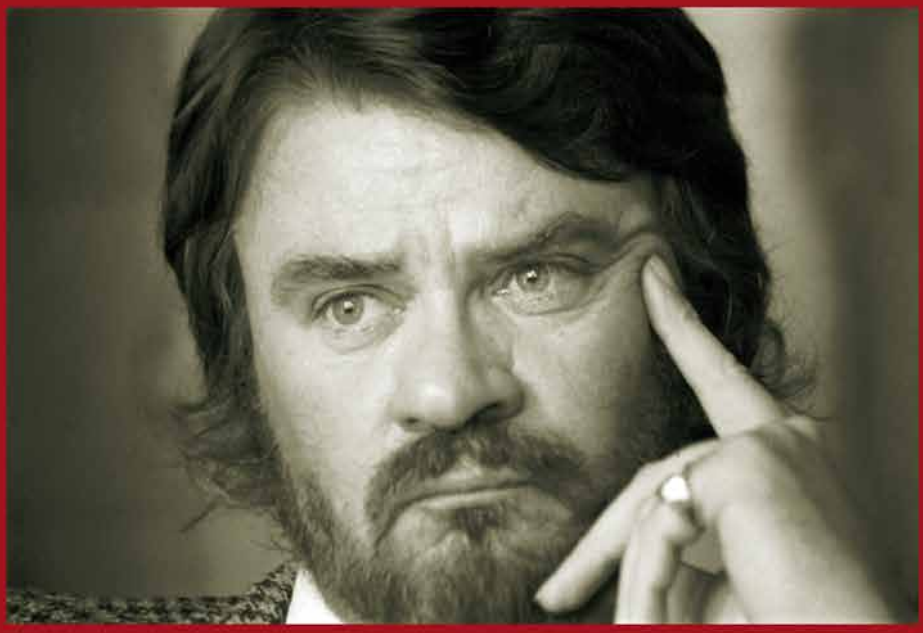
HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO I



Comité editor

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena

FONDO EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO 1

Comité editor:

Jorge Avendaño Valdez (Presidente)
Carlos A. Soto Coaguila (Secretario)
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Lorenzo Zolezzi Ibárcena

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda
© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila
Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009
Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815
ISBN: 978-9972-42-888-3
Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Me gustaría soñar que el nuevo milenio pueda llevar a los hombres a unirse productivamente en una auténtica democracia, solidaria, libre. Soñar con una sociedad que me gustaría llamar artística, porque sería el resultado de hombres y mujeres que, como artistas, crearían imaginativamente su mundo; una sociedad que establezca las bases sociales para la innovación generalizada; una sociedad en la que cada ser humano, cualquiera que fuera su condición —empresario o trabajador, intelectual o campesino— sea artista de su propia vida; en la que cada hombre pueda inventarse a sí mismo e inventar su mundo.

Fernando de Trazegnies Granda.
Discurso de agradecimiento en la recepción
del Premio a la Innovación COSAPI

Índice general

TOMO 1

Biobibliografía de Fernando de Trazegnies Granda

Primera parte
Semblanzas de Fernando de Trazegnies

Segunda parte
Historia del Derecho

Tercera parte
Filosofía del Derecho

TOMO 2

Cuarta parte
Derecho Civil

Quinta parte
Responsabilidad Civil

TOMO 3

Sexta parte
Derecho Societario

Sétima parte
Derecho Internacional

Octava parte
Arbitraje

Novena parte
Literatura

Décima parte
Miscelánea

Índice
Tomo 1

Presentación 15

Biobibliografía de Fernando de Trazegnies Granda 19

Primera parte
Semblanzas de Fernando de Trazegnies 43

Fernando de Trazegnies: «Jurista por amor»
Carlos Ramos Núñez (Perú) 45

Semblanza de Fernando de Trazegnies
Jorge Avendaño V. (Perú) 73

Palabras al doctor Fernando de Trazegnies Granda
Alberto Benavides de la Quintana (Perú) 77

El cazador del arca perdida
Alfredo Bullard González (Perú) 93

De los libros y la fidelidad
Leopoldo de Trazegnies Granda (Perú) 119

Fernando de Trazegnies en cinco palabras y un ruiseñor
Carolina de Trazegnies Thorne (Perú) 121

Fernando de Trazegnies: jurista y abogado
Juan Miranda Costa (Perú) 135

Fernando de Trazegnies Granda
Felipe Ortiz de Zevallos (Perú) 137

Sobre la huella de Fernando
La historia social de las ideas jurídicas en América Latina
Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela) 141

Notas personales sobre el doctor Fernando de Trazegnies Granda
Jorge Pérez-Taiman (Perú) 157

Encuentro con un jurista intempestivo
Juan Carlos Valdivia Cano (Perú) 163

Segunda parte
Historia del Derecho 205

La Constitución de 1828
Fernán Altuve Febres-Lores (Perú) 207

Del *cogito* al *metarrelato*. Auge y reflujo del racionalismo en Europa y en América. De la modernidad ilustrada a la postmodernidad
Bernardino Bravo Lira (Chile) 223

La doctrina del *vicariato regio* en Indias
Alberto de la Hera Pérez-Cuesta (España) 291

Pedro Vázquez de Velasco o la intensa y polémica trayectoria de un juez en el virreinato del Perú
José de la Puente Brunke (Perú) 309

Para un estudio de la administración de justicia en Chile. Períodos de la patria vieja y reconquista (1810-1817)
Antonio Dougnac Rodríguez (Chile) 331

Venerables y miserables: los ancianos y sus derechos en algunas obras jurídicas de los siglos XVII y XVIII
Thomas Duve (Alemania) 367

El maestro Domingo de Soto y la escuela española de derecho natural
Alberto David Leiva (Argentina) 389

El derecho castellano-indiano en el Código Civil de Bello
Sergio Martínez Baeza (Chile) 405

Sobre la historia de la codificación
Víctor Tau Anzoátegui (Argentina) 423

Tercera parte
Filosofía del Derecho 435

La sociedad civil y el Estado
Gonzalo Figueroa Yáñez (Chile) 437

Más allá del subjetivismo jurídico moderno
Paolo Grossi (Italia) 447

¿Qué es el derecho posmoderno?: algunas reflexiones a propósito del opúsculo «Posmodernidad y derecho»
Eduardo Hernando Nieto (Perú) 457

La «idea de derecho»: la filosofía del derecho de Fernando de Trazegnies
René Ortiz Caballero (Perú) 469

Sobre aquella necesidad de hacer «un nuevo contrato social» en el Perú
Marcial Rubio Correa (Perú) 479

PRESENTACIÓN

Fernando de Trazegnies es una persona especial: no es solo abogado, aunque al mismo tiempo sea un abogado en el más completo sentido de la palabra. Fernando es literato —ha publicado varios libros, incluidas novelas, que no son de derecho—, es historiador del derecho, es un destacado conferencista, ha incursionado en la gestión pública, y es capaz de interesarse a fondo en temas tan disímiles y ajenos al derecho como la pesca submarina, la fotografía y la genealogía.

Al mismo tiempo, decía, Fernando es un abogado que conoce profundamente el derecho y todos sus vericuetos. Es por cierto un catedrático muy reconocido y actúa diariamente en la abogacía, ya sea como árbitro, litigante o consultor en complejas materias.

Relataré a continuación, algunas situaciones de su vida en que nos ha tocado estar juntos. El lector comprenderá muy fácilmente porqué se ha preparado este libro en homenaje a Fernando de Trazegnies.

Años antes de que Fernando y yo nos conociéramos nuestros padres ya eran amigos del Miraflores próximo al Parque Salazar (hoy Larcomar). Proveníamos de colegios distintos, por lo que no había habido oportunidad de frecuentarnos. Lo hicimos en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica a partir del año 1958 a propósito de un curso intensivo de Derechos Reales que ofrecí a su clase.

Graduado Fernando y formando parte de un importante estudio de abogados de Lima, viajó a París a estudiar derecho por un año. Fernando no se limitó por cierto a profundizar sus conocimientos jurídicos. Vivió profundamente el París cultural, artístico, histórico, político. Con esa inquietud muy particular en él, participó en algunos eventos de la recordada revolución estudiantil de París de 1968, sobre la cual él ha escrito más de un ensayo.

Una vez de regreso a Lima y restablecido en el Estudio y en la cátedra universitaria, surgió, no recuerdo bien cómo, la posibilidad de que viajara a Harvard,

también por un año, para investigar y asistir a clases en la Escuela de Derecho. Por supuesto Fernando decidió aceptar el reto e irse a Harvard. Para los socios mayores del Estudio, esto era excesivo. Poco tiempo antes se había ausentado a París y ahora a Harvard. Puesto en la disyuntiva, Fernando renunció al Estudio y se fue para Cambridge, Massachussets. Recuerdo muy bien que tuve oportunidad de visitarlo aprovechando un viaje a Estados Unidos. Por cierto recorrimos el campus de la famosa universidad, incluida su biblioteca —que ya entonces tenía más de un millón y medio de títulos de derecho—, y conversamos con más de uno de los profesores-colegas de Fernando. Preguntado sobre qué pensaba hacer profesionalmente a su regreso a Lima, me respondió simple y francamente que no sabía bien. Se dedicaría sin duda a la universidad, probablemente en mayor tiempo que el que demandaran sus clases, y luego trataría de establecer su propio Estudio.

Estas dos experiencias vitales y profesionales contribuyeron poderosamente en la formación de Fernando. Abogado sí, pero además investigador y jurista. Filósofo del derecho desde sus inicios, ha contribuido también en los campos de la historia del derecho y el derecho civil, esto último como autor y codificador de 1984.

Cuando emprendimos la reforma de la Facultad de derecho hace cuatro décadas, Fernando fue un entusiasta de lo que ella representaba. Viajó a la Universidad de Wisconsin por un plazo corto e intercambió ideas con los jóvenes profesores que estaban preparando sus cursos. Fernando asistió por esos años a varios eventos internacionales sobre derecho y desarrollo (incluida la docencia jurídica) que se realizaron en varias capitales sudamericanas. En la conferencia en Lima, ocurrieron dos hechos saltantes con relación a Fernando: tuvo una célebre polémica con el profesor brasileño Meneses Direito sobre el tema «Qué enseñar» en contraposición a «Cómo enseñar» y presentó un trabajo muy bueno, que dio lugar precisamente a la polémica mencionada y que se tituló «La enseñanza del derecho como actividad subversiva». El trabajo iba precedido de la célebre cita de Shakespeare: «matemos a todos los abogados».

Se atribuye a Marañón, el reputado médico español, haber dicho alguna vez: «El médico que sabe solo medicina, ni medicina sabe». Esto, como es claro, rige también para los abogados y para la gran mayoría de los profesionales. Pues bien, no es el caso de Fernando. Él no sabe solo de derecho. Sabe mucho más, y por eso es tan buen abogado y jurista. Sus inquietudes son mil, configurando así una personalidad versátil, interesado en muchos temas, que dedica gran parte de su vida a leer y escribir. Fernando —que además tiene gran afición y conocimiento sobre libros antiguos— posee una de las mejores bibliotecas particulares de Lima. Es una habitación hermosa, especialmente construida como si fuera el corazón

de su casa, de dos pisos de altura, con multitud de anaqueles donde hay miles de volúmenes. Allí pasa Fernando muchas horas diarias, en especial en horas de la noche. Por esto es proverbial que se acueste tarde y que no acepte citas y llamadas sino a partir de media mañana.

La víspera de votarse en el Congreso el acuerdo limítrofe con Ecuador, algunos colegas congresistas —amigos míos y del canciller de Trazegnies— me pidieron que obtuviera una cita con él. En efecto, alrededor de las cinco de la tarde nos reunimos en su despacho de la cancillería durante una hora y fueron muchas las preguntas que se hicieron a Fernando. Él guardó reserva, como es natural, en puntos que no podían revelarse por la naturaleza del tema, pero en todo lo que pudo —que fue bastante— nos respondió con franqueza y claridad. Al día siguiente, cuando comenzaba el debate, uno de los congresistas que habíamos visitado a de Trazegnies —un político destacado que debía cuidar especialmente su voto por sus consecuencias políticas— llamó por el teléfono interno al canciller ya presente en el hemiciclo, y le preguntó si se ratificaba en todo lo dicho la víspera. Fernando respondió que sí, que era exacto y que se ratificaba. El congresista colgó el teléfono y me dijo: «Apoyaré el acuerdo con Ecuador».

Es pues del todo justo que un grupo de peruanos y algunos extranjeros se hayan sumado al homenaje a Fernando de Trazegnies que ahora presentamos. Sus familiares, amigos y sus incontables alumnos de varias décadas han de sentirse orgullosos de él.

Lima, marzo de 2009
Jorge Avendaño V.

BIOBIBLIOGRAFÍA DE FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA*

1960 *Un ensayo sobre la propiedad de la tierra agraria en el Perú*. Tesis de Bachillerato. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Facultad de Derecho.

1965 «¿Se entretiene usted en el cine? Reflexiones en torno a *Una mujer casada* de Godard». *Hablemos de cine*. Lima, número 39.

1967 «Kelsen y la idea aristotélica del Derecho». *Thémis*. Lima, número 2.

1968 «Marxismo, existencialismo y derecho». *Derecho*. Lima, número 26.

1969 «Marcuse y el derecho unidimensional». *Derecho.* Lima, número 27, pp. 42-60.

1970 «La reforma de los estudios de derecho». *Derecho*. Lima, número 28, pp. 96-130.

1971 *Filosofía del derecho*, (materiales de enseñanza). Lima: PUCP, Programa Académico de Derecho, 1971, 1973, 1977, 1980.
«Nuestra reforma de la enseñanza del derecho» (en colaboración con Jorge Avendaño Valdez y Lorenzo Zolezzi). *Derecho*. Lima, número 29, pp. 132-149.

1973 «La enseñanza del Derecho como actividad subversiva». En: *II Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el desarrollo*. Lima: PUCP.
«¿Existe la propiedad social?». *Derecho*. Lima, número 31, pp. 254-26.
Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho (materiales de enseñanza). Lima: PUCP.

---

* Elaborado por el profesor Carlos Ramos Núñez con la colaboración de Miguel Ángel Bolaños Rodríguez, egresado de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1974 «El rol político del abogado litigante». *Derecho*. Lima, número 32, pp. 272-289.

«Informe sobre el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial». *Derecho*. Lima, número 32, pp. 320-333.

«Modelo de escritura pública de compra-venta de un esclavo». *Derecho.* Lima, número 32, pp. 356-362.

1975 «Semblanza del doctor José León Barandiarán». *Revista de Derecho Minero*. Lima, número 34.

1977 «Investigación jurídica, filosofía del Derecho y estructura social en América Latina» (en colaboración con Lorenzo Zolezzi). *Anuario Jurídico*, volumen 2, 1975. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Tesis de Doctorado. Facultad de Derecho. Lima: PUCP.

«Una heroica copulación con la realidad». *La imagen*. Lima, 17 de abril.

1978 «Chambi: la lucidez alucinante de lo cotidiano». *Oiga*. Lima, 30 de enero al 6 de febrero.

«Constitución y justicia». *Revista de la Universidad Católica*. Lima, número 3, Nueva serie, pp. 147-181.

«El sonido de una sola mano». *Oiga*. Lima, 8-15 de mayo.

«La transformación del derecho de propiedad». *Derecho*. Lima, número 33, pp. 75-104.

«Ser y no ser, esa es la fotografía». *Oiga*. Lima, 27 de marzo al 3 de abril.

R.P. Felipe Mac Gregor, S.J., Rector Emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.

«El caso Huayanay: el derecho en situación límite». *Cuadernos Agrarios*. Instituto Peruano de Derecho Agrario. Lima, número 1.

«El caso Huayanay: el ocaso de los héroes». *Cuadernos Agrarios*. Instituto Peruano de Derecho Agrario. Lima, número 2.

1979 «El abogado». *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima.

«El umbral de la realidad». *Oiga*. Lima, 12-19 de febrero.

«Entrevista a la nueva edición de Perú: problema y posibilidad de Jorge Basadre, respuestas de Franklin Pease y Fernando de Trazegnies». *Revista de la Universidad Católica*, Lima, número 5 (nueva serie), pp. 161-169.

«Hay que erotizar la sociedad». *Oiga*. Lima, 13-20 de agosto.

«Ideas para un *buen* gobierno». *EquisX*. Lima, 8-14 de agosto.

«La dialéctica visual del Mons Veneris». *Oiga*. Lima, 19-26 de marzo.

La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

1980 «La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Exposición de Motivos y Proyecto sobre la Responsabilidad Extracontractual en el Código Civil». En *Anteproyectos y Proyectos del Código Civil*. Lima: PUCP.

«La transferencia de filosofías jurídicas: La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». *Derecho*. Lima, número 34, pp. 37-66.

1981 *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

1982 «Responsabilidad extracontractual». *El Comercio*. Lima, 12 de abril.

«Bienes, naturaleza y romanos». *El Comercio*. Lima, 21 de diciembre.

1983 «Informe jurídico». En Vargas Llosa, Mario (editor), *Informe sobre los sucesos de Uchuraccay*. Lima.

«Pena de muerte». *Debate*. Lima, número 22.

Comisión Investigadora de los Sucesos de Uchuraccay (Perú). *Informe de la Comisión Investigadora de los Sucesos de Uchuraccay*. Incluye Informe Jurídico de Fernando de Trazegnies, asesor de la Comisión. Lima: Editora Perú.

1984 «Derecho y violencia». En *Violencia y Paz en el Perú*. Lima: APEP.

«Para leer el Código Civil». Prólogo al primer volumen de la Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil». En Biblioteca *Para leer el Código Civil*, volumen I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

1984 «Derecho y violencia», en *Violencia y Paz en el Perú*. Lima: APEP.

1985 Prólogo a Juan Miguel Bákula. *El dominio marítimo del Perú*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.

«Semblanza del doctor José León Barandiarán». En *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco, pp. 567-580.

Entrevista a Fernando de Trazegnies Granda. «La Facultad de Derecho». *Sinopsis*. Lima, año 5, número 8, pp. 5-6.

«Reflexiones heterodoxas sobre la pena de muerte». Revista *Debate*. Lima, 7 de junio.

1986 «El rol político del abogado litigante». En *Los abogados y la democracia en América Latina*. Quito: Asociación Interamericana de Servicios Legales.

«La responsabilidad extracontractual del Estado». En *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

«Las tribulaciones de las ideas: Preocupaciones en torno a la idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». *Revista de Historia de las Ideas*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.

«Si vis pax, para pacem». *Defensa Nacional.* Lima: Centro de Altos Estudios Militares del Perú.

«Responsabilidad extracontractual». *El Comercio*. Lima, 12 de agosto.

«Filosofía del derecho» (segunda parte). Materiales de enseñanza. Lima: PUCP.

Nuevas aproximaciones del Derecho a los problemas internacionales, (documento de trabajo). Lima: Centro Peruano de Estudios Internacionales, CEPEI.

«Del hecho al Derecho hay mucho trecho». *Expreso.* Lima, 3 de enero.

«¡Cuidado viene el cuco!». *El Comercio*. Lima, 4 de mayo.

«El inverosímil escritor Jorge Luis Borges». *El Comercio*. Lima, 28 de diciembre.

1987 «Es verdad aunque usted no lo crea. Presencia china en América prehispánica». *El Comercio*, 28 de febrero.

«La difamación y la calumnia en el Código Civil de 1984». *Themis*. Lima, número 8, pp. 49-54.

«La genealogía del derecho peruano: los juegos de trueques y préstamos». En Adrianzén Alberto (editor), *Pensamiento político peruano.* Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo Desco.

«Law in multicultural society: the peruvian experience». Institute For Legal Studies, University of Wisconsin. Madison, enero de 1987.

«Law and modernization in 19th century Peru». Institute For Legal Studies. University of Wisconsin. Madison, febrero de 1987.

El modelo europeo de universidad en la experiencia latinoamericana. Boloña: Alma Mater Studiorum Saeculoria Nona.

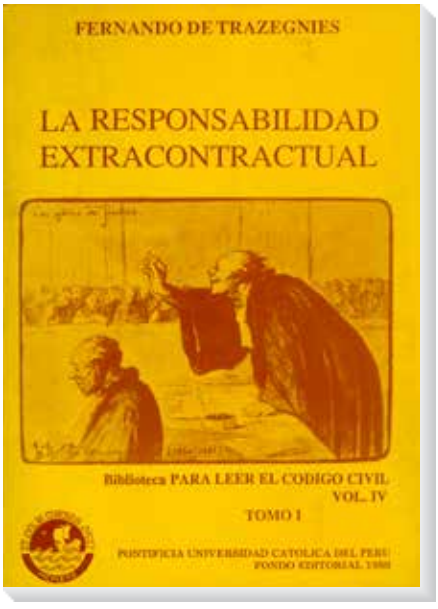
Introducción a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho. Lima: PUCP.

Law in a Multicultural Society: The Peruvian Experience, (working paper). Institute for Legal Studies, University of Wisconsin. Madison, enero de 1987.

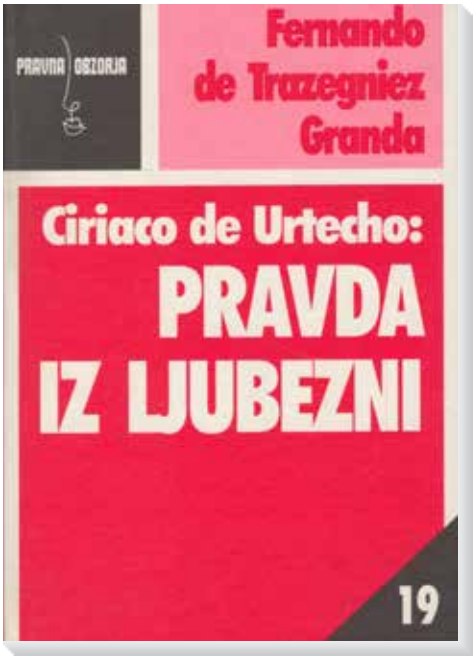
Law and Modernization in 19th Century Peru, (working paper). Institute for Legal Studies, University of Wisconsin. Madison, febrero de 1987.

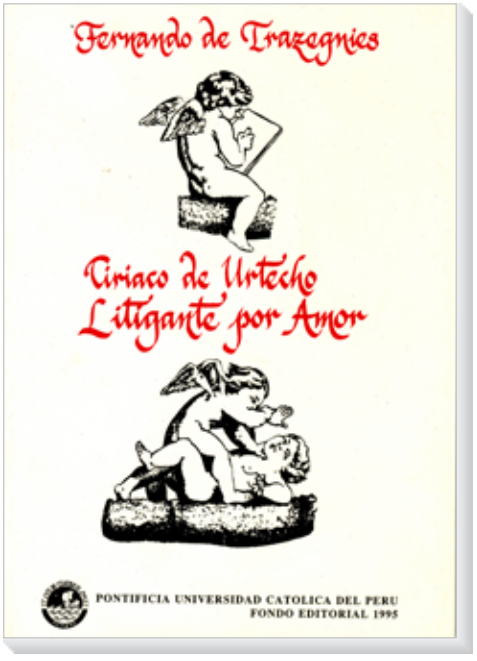
Prólogo a Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. «El arbitraje». Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

LA IDEA DE DERECHO EN EL PERU REPUBLICANO DEL SIGLO XIX
FERNANDO DE TRAZEGNIES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU


FERNANDO DE TRAZEGNIES
LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL
Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. IV
TOMO I
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1988

Fernando de Trazegnies
Atracción apasionada


PRAVNA OBZORJA
Fernando de Trazegniez Granda
Ciriaco de Urtecho:
PRAVDA IZ LJUBEZNI
19


Fernando de Trazegnies
Ciriaco de Urtecho
Litigante por Amor
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1995

1988 «El derecho civil y la lógica: los argumenta a contrario». *Themis*. Lima, número 12, pp. 65-71.

«El peruano que llegó a Rector de la Universidad de Bolonia». *El Comercio*. Lima, 7 de marzo.

«La Orden de Malta: una tradición milenaria». *El Comercio*. Lima, 24 de junio.

«Violencia en el Perú de hoy, en Libertad». *Primer Ciclo de Conferencias. Movimiento Libertad*. Lima.

Derecho y Contaminación. Estrategias para una defensa del medio ambiente por los particulares. Lima: Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza.

«El derecho civil y la lógica: los argumenta a contrario». *Themis*. Lima, número 12, pp. 65-71.

«La responsabilidad extracontractual» (artículos 1969-1988). Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Prólogo a Aníbal Sierralta. *Introducción a la Juseconomía*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Morote, vacíos legales y Poder Judicial». *Expreso*. Lima, 31 de julio.

«Sobre el juicio de los comuneros de Uchuraccay». *Expreso*. Lima, 31 de julio.

1989 «Entrevista: Cicerón responde sobre la crisis peruana». *Themis*. Lima, número 14, pp. 9-15.

«La pacificación del Perú». En *El Perú de mañana, empresa de hoy*. Tercer Congreso Nacional de la Empresa Privada. Lima: CONFIEP, pp. 21-53.

«Law in Multicultural Peru». En E. I. Cuomo (editor): *Law in Multicultural Societies*. Jerusalén, Israel: Hebrew University of Jerusalem.

«Los Conceptos y las Cosas, Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral». En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

«Los hijos del celeste imperio y sus tribulaciones en el Perú». *El Comercio*. Lima, 10 agosto.

Bovino, Alberto. «Entrevista a Fernando de Trazegnies, Alfredo Bullard, José Alfredo Jiménez». *Themis*. Lima, número 15, pp. 7-12.

Derecho y contaminación: estrategias para una defensa del medio ambiente por los particulares. Segunda edición. Lima: CONCYTEC.

«¿Ofensiva 'cultural'?». *El Comercio*. Lima, 23 de enero.

«Don José Luis, el jurista». *El Comercio*. Lima, 26 de Febrero.

Entrevista: «Fernando de Trazegnies, del Movimiento Libertad, dice: 'Esta es una guerra ideológica y se requiere un acuerdo contra el terrorismo'». *Expreso*. Lima, 27 de enero.

«¿Más ofensivas «culturales»?». *El Comercio*. Lima, 8 de febrero.

«Microfísica del terror (I)». *El Comercio*. Lima, 28 de febrero.

«Microfísica del terror (II)». *El Comercio*. Lima, 2 de marzo.

«Propuesta para la pacificación del país». *Oiga*. Lima, 20-27 de marzo.

«¿Es el Perú todavía un país viable?» *El Comercio*, suplemento especial por los 150 años de existencia del diario. Lima, 4 de mayo.

«Los laberintos del poder». *Debate*. Lima, número 56.

Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Bases de un acuerdo sobre pacificación del país». *Paz, tarea de todos*. Lima, setiembre-octubre, número 14.

«Ser y no ser». *El Comercio*. Lima, 28 de noviembre.

«Violencia estructural y terror». *Defensa*. Lima, diciembre.

1990 «Continuidad y ruptura jurídica en los Andes peruanos». En *El Mundo Andino en la Época del Descubrimiento*. Lima: Comisión Nacional Peruana del V Centenario del Descubrimiento de América.

«Desde China». *El Comercio*. Lima, 28 de diciembre.

«El Derecho Civil ante la Post-Modernidad». *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, número 5666, 4 de abril.

«La evolución histórica de las relaciones entre los poderes políticos y las universidades de América Latina». *Boletín del Instituto Riva-Agüero*. Lima, número 17, pp. 475-498.

«La familia, ¿un espejismo jurídico? Reflexiones sobre la función comprobativo-constitutiva del Derecho» En Trazegnies, Fernando de (editor) *La familia en el Derecho* peruano. *Libro-Homenaje al doctor Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«La nulidad de los Decretos Supremos». En Quiroga León, Aníbal. *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«La politiquería: un mal nacional endémico». *El Comercio*. Lima, 7 de noviembre.

«Política y racismo». *Ius et Veritas*. Lima, número 1.

«Reflexiones sobre el Perú *chicha*». *El Comercio*. Lima, 3 de julio.

«La responsabilidad extracontractual» (artículos 1969-1988). Segunda Edición. Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Repensando el desarrollo económico (I): Las viejas teorías del subdesarrollo». *La República*. Lima, 10 de marzo.

«Repensando el desarrollo económico (II): La privatización del desarrollo». *La República*. Lima, 13 de marzo.

«Repensando el desarrollo económico (III): El desarrollo popular». *La República*. Lima, 24 de marzo.

«El camino de Sipán». *El Comercio*. Lima, 21 de mayo.

«¿Cómo será la post-modernidad? ». *El Comercio*. Lima, 5 de junio de 1991.

«El Perú tiene el reto de entender: Una modernidad chicha» (entrevista). *Expreso*. Lima, 1 de julio.

Reflexiones sobre el Perú «chicha», *El Comercio*. Lima, 3 de julio.

«Aplicación de la inteligencia artificial al Derecho». Trujillo: Centro de Estudios Socio-Económicos del Norte.

«La computadora y el Derecho». Trujillo: Centro de Estudios Socio-Económicos del Norte.

«Prólogo a Alfredo Bullard González. En *La relación jurídico patrimonial: reales vs. obligaciones*. Lima: Lluvia Editores.

«La evolución histórica de las relaciones entre los poderes políticos y las universidades en América Latina, *Boletín del Instituto Riva-Agüero*. Lima, número 17.

1991 «¿Ama usted a la naturaleza?» *El Comercio*. Lima, 3 de mayo.

«¿Cómo será la post-modernidad?» *El Comercio*. Lima, 5 de junio.

«Los Fugger: precursores del periodismo». *El Comercio.* Lima, 6 de setiembre.

«Ecología y Cristianismo». *Meridiano.* Lima, 10 de noviembre.

«El inquisidor y el abogado». *El Comercio*. Lima, 29 de noviembre.

«El Porvenir de la Izquierda». Suplemento de *Expreso*. Lima, 17 de marzo.

«El Terror desde el terror: Mito y Paradoja de la Revolución Francesa». *El Jurista*. Lima, número 4, diciembre de 1991.

«Hacia una teoría jurídica del accidente». *El Peruano*, 21 de junio.

«La Conquista ante el falso *nosotros*». *Meridian*. Lima, 19 de mayo.

«Los Fugger: precursores del periodismo». *El Comercio*. Lima, 6 de setiembre.

«Reinauguración de la facultad de Derecho de la Universidad Católica». *El Comercio*, 11 de junio.

«El derecho civil ante la post-modernidad». *Derecho*. Lima, número 45, pp. 287-333.

«La enseñanza del derecho como actividad subversiva». *Derecho & Sociedad*. Lima, año 3, número 4, pp. 35-39.

«Paradojas de la modernización: el contrato de enganche». *Themis*. Lima, época 2, número 20, pp. 13-20.

«La eñe: críticos y diacríticos». *El Comercio*. Lima, 27 de mayo.

«Reinauguración de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica». *El Comercio*. Lima, 11 de junio.

«La *eñe*: ¡por la revolución en los teclados!». *El Comercio*. Lima, 18 de junio.

«La armonía del universo». *Meridiano de Lima*. Lima, 8 de diciembre.

«El concepto de democracia en la Filosofía e Historia». *El Peruano.* Lima, 8 de octubre.

1992 «¿Existe un "derecho" prehispánico?». *Ius et veritas*, año 3, número 4, mayo, pp. 44-49.

«¿Todavía sirve de algo el Derecho?». *El Peruano*, 22 de junio.

«Discurso pronunciado por el doctor Fernando de Trazegnies Granda al conceder la Pontificia Universidad Católica del Perú el título de Doctor honoris causa al doctor Javier Pérez de Cuellar». *Derecho*. Lima, número 46, pp. 377-388.

«Doble traición» (cuento). *No hay derecho*. Buenos Aires, junio.

«El año de la raza». *El Comercio*. Lima, 21 de enero.

«Entrevista a Fernando de Trazegnies Granda: Cada seis minutos, el Fondo Editorial acerca la cultura a un nuevo lector». *Sinopsis*, año 12, número 21, pp. 4-6.

«La tranquilidad de espíritu» (cuento). En Lohmann, Catalina. *De agua y de tierra y cuentos finalistas*. Lima: Premio Literario Asociación Peruano Japonesa.

«Les Gilles de Binche et le Pérou». *La Vie Wallone*, tomo LXVI, Lieja (Bélgica).

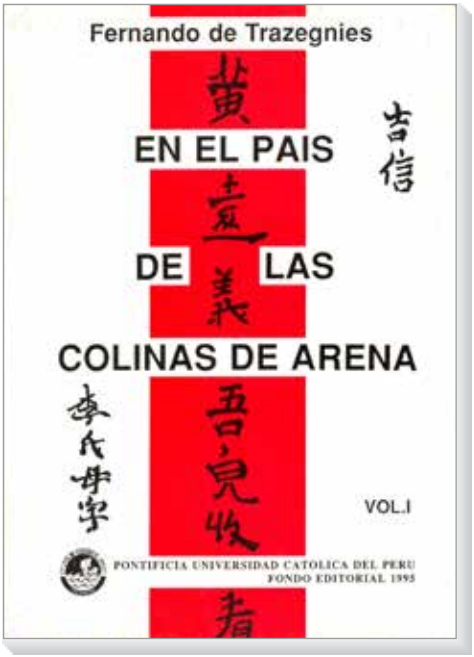
«Lo diverso: un reto para el desarrollo». *El Peruano.* Lima, 24 de junio.

«Mito-lógicas: violencia y paz». *El Comercio*. Lima, 25 de octubre.

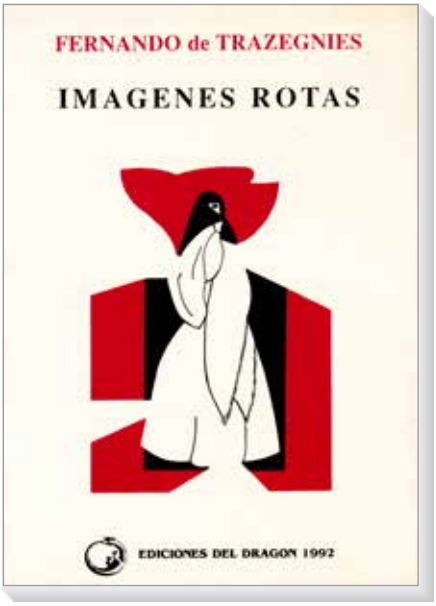
«Poder Judicial, base de la democracia». CADE 1992. *Paz y Bienestar social: asumamos responsabilidades*. Lima: IPAE.

«Reflexiones en torno de los 500 años». Entrevista a Fernando Rosas, Fernando de Trazegnies, René Ortiz, S. J. Marzal, Liliana Regalado. *Derecho & sociedad*, año 3, número 6, pp. 39-41.

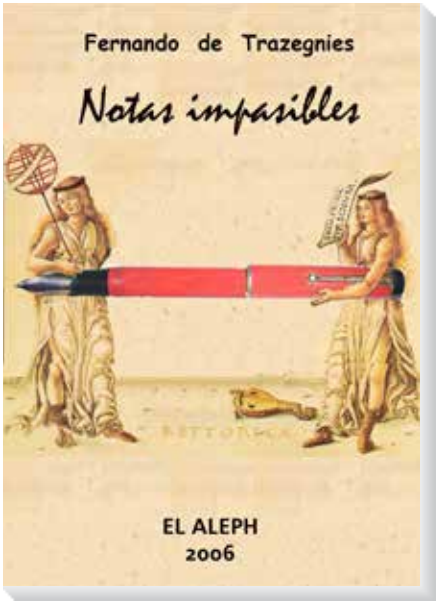
«Rescatando el capitalismo». *El Comercio*. Lima, 18 de marzo de 1992; reproducido por *Perfiles Liberales*. Bogotá, número 29.


Fernando de Trazegnies
黄
EN EL PAIS
告信
DE
LAS
COLINAS DE ARENA
VOL.I
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1995

沙岛之梦
契约华工在秘鲁的命运


FERNANDO de TRAZEGNIES
IMAGENES ROTAS
EDICIONES DEL DRAGON 1992

Fernando de Trazegnies Granda
PENSANDO INSOLENTEMENTE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 2001


Fernando de Trazegnies
Notas impasibles
EL ALEPH
2006

«Violencia y modernización en el Perú». En *500 años después: El nuevo rostro del Perú*. Lima: Nuevas Ideas S.R.L.

Imágenes rotas (cuentos). Lima: Ediciones del Dragón.

La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Institucional: Pontificia Universidad Católica del Perú. *Javier Pérez de Cuéllar: Doctor honoris causa*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Prólogo a Ana Teresa Revilla y Jorge Price. *La administración de la justicia informal*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.

«El *nosotros* hispanoamericano». *El Comercio*. Lima, 8 de enero.

«Los árboles: Una necesidad vital en la Molina». *Club Campestre* «*El Haras*». Lima, 1 de abril de 1992.

«¿Todavía sirve de algo el Derecho?». *El Peruano* Lima, 22 de junio.

1993 «El derecho consuetudinario: una propuesta al CCD». *El Comercio*. Lima, 5 de febrero.

«El verdadero nuevo mundo». *El Comercio*. Lima, 5 de marzo.

Ausejo, Lorena. Entrevista a Fernando de Trazegnies. *Protagonistas*. Lima.

«El papel de la sociedad civil». En CADE 93, *Propuestas para un consenso por el Perú. IPAE*, reproducido por *Gaceta Jurídica*, mayo 1994

«Los poderes pululantes». En Álvarez Rodrich, Augusto (editor) *El poder en el Perú*. Lima: Editorial Apoyo.

«Peregrinación sociológica a las fuentes romanas. La evolución de los estudios de Derecho Romano en la Universidad Católica del Perú». En *Insegnamento del Diritto Romano in Peru. Ricerche Giuridiche e Politiche. Consiglio Nazionale delle Ricerche*. Roma.

«Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites». En Gallo, Máximo (editor). *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima: CAAAP-SER.

Post-modernidad y Derecho. Bogotá: Editorial Themis.

Post-modernidad y Derecho. Lima: ARA Editores.

«Delitos literarios». *Caretas*. Lima, 18 de febrero.

1994 *En el País de las Colinas de Arena: reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho*. Dos tomos: primer tomo, novela histórica; segundo tomo, análisis histórico-jurídico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

¿Qué modernidad deseamos? Lima: Epígrafe Editores.

«¿Qué nos trajeron los chinos?». *Debate.* Lima, julio-agosto.

«75 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú», Discurso de Orden. *Ius et Veritas*. Lima, noviembre.

«75 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: discursos de los doctores: Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Jorge Avendaño Valdez, Fernando de Trazegnies». *Themis*. Lima, número 30, pp. 17-28.

«75 años de la Facultad de Derecho». *Ius et veritas*. Lima, año 5, número 9, noviembre, pp. 127-135.

«Administración de Justicia y Resolución de Conflictos». En CADE 1994. *Empleo productivo: responsabilidad de todos*. Lima: IPAE.

«El Estado no soy yo». *El Comercio*, 13 de julio de 1994.

«Ah, la patria». Suplemento Dominical de *El Comercio*. Lima, 24 de julio.

«El Derecho, entre el amor y la guerra». *El Mundo*. Lima, 7-14 de mayo.

«El papel de la sociedad civil». En CADE 1993. *Propuestas para un consenso por el Perú*. Lima: IPAE, 1993; reproducido en *Gaceta Jurídica*, mayo.

«El rol de la sociedad civil». En Friedmann, Reinhard; de Trazegnies, Fernando, y Sir Ralf Dahrendorf. *Democracia y Sociedad Civil*. Bogotá: Fundación Friedrich Naumann.

«El rol de la sociedad civil». *Derecho & sociedad*, Lima, año 5, número 8-9, pp. 170-180.

«El sistema judicial peruano». En *Invirtiendo en el Perú: guía legal de negocios*, Beatriz Boza. Lima: Apoyo, pp. 47-54.

«Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental». *Themis*. Lima, número 30.

«Homenaje al doctor Domingo García Rada (1986)». *Gaceta Jurídica.* Lima, junio.

«Invirtiendo en el Perú». *El Comercio.* Lima, 10 de enero.

«La clínica incivil». *El Comercio.* Lima, 20 de julio.

«La evolución histórica de las relaciones entre los poderes políticos y las universidades en América Latina». En Romano, A. y J. Verger (editores) *I poteri politici e il mondo universitario (XIII-XX secolo)*. Roma: Rubbettino.

«Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites». *Revista Peruana de Ciencias Penales.* Lima, julio-diciembre.

«The Judicial System» En Boza, Beatriz (editora), *Doing Business in Peru. The New Legal Framework*. New York, 1993; traducido posteriormente como «El sistema judicial peruano». En Boza, Beatriz (editora), *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*. Lima: Editorial Apoyo.

Mercado Jarrín, Edgardo, Fernando de Trazegnies, Juan Abugattas. «Haití: democracia y soberanía en cuestión». *Cuestión de Estado*. Lima, número 10, pp. 31-45.

Democracia y sociedad civil (con Reinhard Friedmann y Ralf Dahrendorf). Bogotá: Fundación Friedrich Naumann.

«Setenta y cinco años de la Facultad de Derecho» (con Lorenzo Zolezzi Ibárcena y Jorge Avendaño Valdez). *Derecho*. Lima, número 48, pp. 293-319.

«Los contratos modernos». *El Comercio*. Lima, 19 de junio.

«La clínica civil». *El Comercio*. Lima, 20 de julio.

«El poder ha muerto: ¡vivan los poderes!». *El Comercio*. Lima, 16 de noviembre.

«La obligación de salvar el Derecho Civil». *El Comercio*. Lima, 23 de noviembre.

«Interiores de Trazegnies» (entrevista). *La Tortuga*. Lima, número 55.

«Pluralismo jurídico: posibilidades, necesidad y límites», *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Julio-diciembre de 1994.

1995 «Oye, no seas tramposo». *Crianza*. Lima: 26 de febrero.

«Hermanos de padre y madre». *El Comercio*. Lima, 1º de marzo.

«Un Código Civil para el siglo XXI». *El Comercio*. Lima, 15 de marzo.

«Capitalismo salvaje: No». *El Comercio.* Lima, 29 de marzo.

«Este maravilloso mundo cambiante» (entrevista). *La Banca*. Lima, mayo.

«Perú-Ecuador: un arbitraje limitado, ¿por qué no?». *Ius et Veritas.* Lima, año 5, número 10, junio.

Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«La responsabilidad extracontractual» (artículos 1969-1988). Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Al igual que en la Edad Media no es fácil ser un Caballero» (entrevista). *El Comercio*. Lima, 22 de julio.

«La Muerte del Legislador», Discurso de Incorporación como Miembro de Número en la Academia Peruana de Derecho. *La Revista Jurídica*. Trujillo, julio.

«Integración y eficiencia» (entrevista), parte del informe «Futurología: el arte de imaginar el porvenir». *Business*. Lima, octubre.

«Justicia salomónica». *El Comercio.* Lima, 29 de diciembre.

«Perú-Ecuador: arbitraje limitado, ¿por qué no?» *Ius et veritas.* Lima, año 5, número 10, pp. 175-177.

«La administración en las sociedades anónimas. Aspectos jurídicos de un debate judicial» (informes legales y documentos). Lima.

«El derecho como tema literario: discurso de incorporación a la Academia Peruana de la Lengua». *Derecho.* Lima, número 49, pp. 343-366.

«Marco institucional: tarea indispensable de la sociedad civil y el Gobierno». En CADE 1995. *Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento*. Lima: IPAE.

1996 «Teodoro de Croix: un Virrey belga en el Perú». *El Peruano.* Lima, 18 de julio.

«Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia». *Ius et veritas*. Lima, año 7, número 12, pp. 115-124.

«Derecho y conflicto». *El Peruano.* Lima, 8 de agosto.

«El Derecho como arte». *El Peruano.* Lima, 23 de agosto.

«El Derecho como tema literario». *Boletín de la Academia Peruana de la Lengua.* Lima, número 27, pp. 29-61.

«El orden y el desorden». *El Peruano.* Lima, 6 de septiembre.

«La verdad ficta». En Moisés Lemlij y Luis Millones (editores) *Historia, memoria y ficción*. Lima: Biblioteca Peruana de Psicoanálisis. Lima.

«Plantin y el mundo ibérico». *El Comercio*. Lima, 23 de diciembre.

Postmodernidad y Derecho. Lima: ARA Editores.

Prólogo a Oswaldo Arias y Gertrud Schumacher. *Locuciones Jurídicas Latinas*. Lima: Unión Latina.

Reflexiones sobre la sociedad civil y el poder judicial. Lima: ARA.

«Es necesario crear una verdadera carrera judicial» (entrevista). *El Peruano.* Lima, 26 de junio.

1997 «Ética y racionalidad libertaria». *El Comercio*. Lima, 5 de enero.

«De todas las historias de la historia…» *El Comercio*. Lima, 7 de enero.

El Derecho como creación permanente». *El Peruano.* Lima, 10 de enero.

«Es verdad aunque usted no lo crea». *El Comercio*. Lima, 28 de febrero.

«Miedo a vivir». *El Comercio*. Lima, 7 de marzo.

«Un Pizarro Light». *El Comercio*. Lima, 12 de marzo.

«El hombre para desarrollarse debe dignificar la naturaleza» (entrevista). *Nueva Era*. Lima, enero-febrero.

«La *crisis* en el lenguaje». *El Comercio*. Lima, 3 de abril.

«Bienes culturales: declaración expresa y presunción». *El Comercio*. Lima, 27 de abril.

«La hortografía en dizcusión». *El Comercio*. Lima, 11 de mayo.

«Modernidad y postmodernidad». *El Peruano.* Lima, 16 de mayo.

«¿Presunción y paternidad?». *El Comercio*. Lima, 30 de mayo.

«Partida de defunción». *El Comercio*. Lima, 12 de junio.

«Basta de confrontación» (entrevista). *El Sol*. Lima, 14 de julio.

«La muerte del legislador». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM. México, número 89, mayo-agosto.

«Salgari, los chinos coolies y el Perú». *El Comercio*. Lima, 9 de octubre.

«El valor de educar». En Universidad de Ciencias Aplicadas, intervención en el panel sobre el tema del Título, propuesto por el filósofo español Fernando Savater. Lima, 26 de octubre.

«América y España: el Nuevo Mundo». En *La apuesta del Nuevo Mundo*. Lima: Grupo Fierro.

«Ciriaco de Urtecho». En *Historia y sociedad peruanas*. Madrid: Fundación Histórica Tavera: DIGIBIS.

«El Derecho como tema literario». *Boletín de la Academia Peruana de la Lengua*. Lima.

«Estrategias de derecho privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental». En Fernández Cruz, Gastón; Bullard Gonzales, Alfredo (ed.) *Derecho civil patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 361-385.

«La evaporación de la responsabilidad profesional». *Revista del Magíster en Derecho Civil*, volumen 1. Lima: PUCP.

«La idea del Perú del derecho en el Perú republicano del siglo XIX», «Ciriaco de Urtecho». En *Historia y sociedad peruanas*. Madrid: Fundación Histórica Tavera: DIGIBIS.

«La muerte del legislador». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, México, número 89.

«Liberalismo y posmodernidad», ciclo de conferencias 1996/1997. En Mayer *et al. El Perú en los albores del siglo XXI*. Lima: Ediciones del Congreso de la República.

«Visión del Derecho del Futuro». *Análisis Laboral.* Lima, número 240.

Derecho y ambiente. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«Introducción a la filosofía del derecho y a la teoría general del derecho: materiales de enseñanza de la Facultad de Derecho». Lima: PUCP, Oficina de Publicaciones.

Trazegnies Granda, Fernando de y Pilar Dughi. *Fuego y los cuentos ganadores del Premio Copé 1996*. Lima: Petroperú, Departamento de Relaciones Públicas.

1998 «Con la razón y con el corazón [*With the heart and with the mind*]», edición bilingüe. *El Dorado*. Lima: PROMPERÚ, octubre-diciembre.

«Discurso por el sesquicentenario de la inmigración china». *Derecho*. Lima, número 52, pp. 1011-1028.

«La Responsabilidad Extracontractual». Bogotá: Editorial Themis.

«El ajedrez de la vida (y de la política)». *El Comercio*. Lima, 14 de julio.

«El jurista ante el Derecho». *El Peruano.* Lima, 6 de abril; también en: *Directorio Jurídico del Perú. Abogados*. Lima.

«Ética y derecho». En Regalado De Hurtado, Liliana y Carlos A. Chávez Rodríguez (editores) *Ética e investigación: ¿el fin justifica los medios?* Lima: PUCP, Dirección Académica de Investigación, pp. 51-77.

«La desmaterialización del derecho: del derecho de pernada al Internet». *Themis*. Lima, número 38, pp. 7-14.

«Discurso con motivo del nombramiento como Presidente Honorario de la Fundación Pro Naturaleza». Lima, 17 de marzo.

1999 «Recordar la muerte con fe en la vida» (Discurso con motivo de la conmemoración del Holocausto). En *Bajo la estrella de David y el Sol del Perú. 50 años de Alá del Perú*, edición bilingüe. Israel: Asociación de Amistad Israel-Perú.

«*La responsabilidad extracontractual*». Bogotá: Editorial Temis.

De La Puente Brunke, Juan Pablo. «Si vas para Chile…: entrevista a Fernando de Trazegnies». *Ius et veritas*. Lima, año 9, número 19, pp. 158-166.

«*Sha Guo Zhi Meng* (Sueños en el país de las colinas de arena)», traducción al chino de *En el país de las colinas de arena*. Pekín.

«La noche estrellada del Derecho». *Revista Histórica*, Órgano de la Academia Nacional de la Historia. Lima.

«Holocausto y genocidios no deben repetirse». En *Prensa y Difusión Ministerio de Relaciones Exteriores*. Lima, 22 de abril.

«La responsabilidad extracontractual» (artículos 1969-1988). Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

2000 «La conservación del medio ambiente, vista desde una perspectiva internacional». En Instituto Cuánto (compilador) *El Medio Ambiente en el Perú. Año 2000*. Lima, pp. 195-210.

«La desmaterialización del derecho: del derecho de pernada al Internet». *Iuris dictio*. Quito: Universidad de San Francisco de Quito, enero.

«Palabras en la ceremonia de condecoración póstuma al doctor Félix Denegri Luna». Discurso pronunciado en el Palacio de Torre Tagle, el 12 de febrero de 1999. En *Homenaje a Félix Denegri Luna*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 116-119.

«The Dilemma of the Globalization Process: To Universalize or to Articulate?». *Review of International Affairs*. Belgrado, volumen LI, número 1097-98, setiembre-octubre.

La conservación moderna del Patrimonio cultural de la Nación. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Prólogo a Walter Alva, Mario Polia, Fabiola Chávez y Luis Hurtado. *Shamán. La búsqueda.* Luis Hurtado (editor). Córdoba (España).

Trazegnies Granda, Fernando de; Rostworowski De Diez Canseco, María; Alva Alva, Walter; Jiménez Borja, Arturo; Mould De Pease, Mariana; Nieto Vélez, Armando, *Patrimonio cultural del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

2001 «El Cónsul honorable» (ficción). En Ricardo González Vigil (antologista). *El cuento peruano 1990-2000*. Lima: Departamento de Relaciones Públicas de Petroperú.

«El derecho de adquisición preferente en la sociedad anónima: La transferencia del control social a través de una sociedad holding». *Advocatus*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, mayo.

«El proceso de modernización en el Perú del siglo XIX». En Lohmann Villena, Guillermo *et al*. *Historia de la Cultura Peruana*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República.

«La noche estrellada del derecho». *Revista histórica*. Lima, tomo 40, pp. 59-76.

«La tranquilidad de espíritu» (ficción). En Núñez, Estuardo. *Los tradicionistas peruanos*. Lima: Editorial Laberintos.

La historia de Gillion de Trazegnies y de Dama Marie, su mujer. Novela belga del siglo XV. Traducción del francés antiguo al español. Publicación electrónica: <http://ftrazeg.tripod.com/gillion>. Lima.

Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Prólogo a la traducción de Guido Alpa [*et al.*] *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: ARA.

«La responsabilidad extracontractual» (artículos 1969-1988). Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Sexta edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

2002 «El Derecho prehispánico. Una aproximación al estudio de la Historia del Derecho en las culturas sin Derecho». *Revista de Historia del Derecho*». Buenos Aires, número 30, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

«Postmodernidad y pluralismo jurídico». *Revista Iurisdictio*. Quito, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, año III, número 5.

«Umberto Eco y la controversia franciscana sobre la propiedad». *Foro Jurídico*, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, año 1, número 1.

Ciriaco de Urtecho: Pravda iz ljubezni. Nekaj misli o tacticni vecplastnosti pravnega rasmisljianja. (Ciriaco de Urtecho: Derecho y amor; traducción al esloveno de Ciriaco de Urtecho, litigante por amor). Eslovenia: Universidad de Ljubljana.

2003 «La muerte del legislador». En *Doctrina contemporánea*. Editora Normas Legales. Trujillo.

Prólogo a Alfredo Bullard González. *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.

Prólogo a Juan Espinoza Espinoza. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

2004 «Desacralizando la buena fe en el Derecho». En Córdoba, Marcos A. (director) *Tratado de la buena fe en el Derecho*. T. II. Buenos Aires: La Ley.

«El Código Civil de 1984: ¿vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre». *Themis*. Lima, número 49, diciembre.

«La teoría jurídica del accidente». En Escobar, Freddy; León, Leysser; Morales, Rómulo y Eric Palacios (editor), *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editorial Grijley.

«Elogio del documento». En *Esto no solo es un sueño*. II Encuentro Iberoamericano de Archivos Universitarios. Lima: PUCP.

Atracción apasionada (novela). Lima: Editorial Laberintos.

«Presencia del Código Napoleón en el Perú. Los conflictos entre tradición y modernización». En *La codificación raíces y perspectivas. La codificación en América*. Colección Prudentia Iuris. Buenos Aires: Editorial El Derecho.

«La teoría de la prueba indiciaria», En Mallap, Johnny (editor) *Doxa: tendencias modernas del derecho*. Lima: Editorial Normas Legales.

2005 «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Ius et veritas*. Lima, año 14, número 29, pp. 12-22.

«Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad». En García Belaunde, Domingo *et al. Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 865-891.

«Jorge Basadre, historiador del derecho» *Historia y cultura*. Lima, número 25, pp. 85-92.

«El rasgado del velo societario para la determinación de la competencia en el arbitraje». *Transnational Dispute Management,* TDM, revista virtual, http://www.transnational-dispute-management.com. Volumen 2, número 5, noviembre.

«The Built-Up Truth: Some Heterodoxal ideas on Legal Interpretation». *Transnational Dispute Management,* TDM, revista virtual, http://www.transnational-dispute-management.com. Volumen 2, número 5, noviembre 2005.

«La verdad construida: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». *Themis*, Lima, número 51, diciembre.

«La muerte del legislador». En *Filosofía del derecho: selección de lecturas*, Francisco Carruitero Lecca, compilador. Ica: Universidad Nacional San Luis Gonzaga / Lima: Jurista, pp. 37-67.

«Y el grito de libertad finalmente en sus costas se oyó». *Revista Histórica.* Lima, tomo 41, 2002-2004, pp. 239-256.

«Y el grito de libertad finalmente en sus costas se oyó», Estudio sobre la abolición de la esclavitud en el Perú, en conmemoración del 150º Aniversario de dicha abolición y del Centenario de la Academia Nacional de la Historia. Presentación por José Agustín de la Puente y Candamo. Lima: Opúsculos del Fondo Pro Archivo PUCP.

Prólogo a Carlos Alberto Soto Coaguila: *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Prólogo a Carlos Ramos Núñez: *Historia del Derecho Civil peruano.* Tomo V, volumen I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Prólogo a *Los inventos chinos y su influencia en Occidente* (edición trilingüe: castellano, chino e inglés). México: Ediciones Química Amtex.

Prólogo a Lorenzo de la Puente Brunke. *Legislación ambiental en la minería peruana*. Lima: De La Puente Abogados, IDEM.

Prólogo a Carlos Alberto Soto Coaguila. *Transformación del derecho de contratos: contratación predispuesta, cláusulas generales de contratación, cláusulas abusivas o vejatorias, contratación electrónica, contratos informáticos*. Lima: Grijley.

«¿Castigo para la justicia tardía». *El Comercio*. Lima, 21 de abril.

«El *milhojas* político». *El Comercio*. Lima, 17 de julio.

«Globalización a contrasentido». *El Comercio*. Lima, 10 de abril.

«La Caperucita Roja y la política». *El Comercio*. Lima, 20 de noviembre.

«La clase política». *El Comercio*. Lima, 14 de agosto.

«Arbitraje de conciencia». *Ius et veritas*. Lima, año 15, número 30, pp. 470-475.

«Carta Magna no es lo mismo que Constitución». *El Comercio*. Lima, 2 de octubre.

«El caso contra el Derecho Civil: críticas, estrategias, perspectivas». En *Academia Peruana de Derecho: Homenaje a Max Arias Schreiber*. Lima: Gaceta Jurídica.

«El caso contra el derecho civil: críticas, estrategias, perspectivas», En *Homenaje a Max Arias Schreiber Pezet.* Lima: Gaceta Jurídica.

«El rasgado del velo societario en el arbitraje». *Ius et veritas*. Lima, número 29.

«El rasgado del velo societario para la determinación de la competencia en el arbitraje». *Transnational Dispute Management,* TDM, revista virtual, <http://www.transnational-dispute-management.com>, volumen 2, número 5, noviembre.

«La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano». En Espinoza Espinoza, Juan (director), *Responsabilidad civil: nuevas tendencias, unificación y reforma: veinte años después*. Lima: Palestra, pp. 23-38; igualmente en: *Themis*, número 50, pp. 207-216.

«La verdad construida: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». *Themis*. Lima, número 51, diciembre.

«Martín Paz, un indio enamorado y patriota». *El Comercio*. Lima, 5 de junio.

«Morir por sus ideas» (ficción). *Advocatus*, diciembre.

«The Built-Up Truth: Some Heterodoxal ideas on Legal Interpretation». *Transnational Dispute Management,* TDM, revista virtual, <http://www.transnational-dispute-management.com>, volumen 2, número 5, noviembre.

«*Y el grito de libertad finalmente en sus costas se oyó*». Presentación por José Agustín de la Puente Candamo. Lima: Fondo Pro Archivo.

«Espíritu de modernidad y supervivencias feudales en la conquista española de América». En Torres Aguilar, Manuel (editor): Actas del XV Congreso de Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. T. I, pp. 261-307. Córdoba (España).

«La responsabilidad extracontractual» (artículos 1969-1988). Biblioteca *Para leer el Código Civil*. Sétima edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

2006 «¿Lex mercatoria rediviva? Primera Parte: De la Edad Media a la Postmodernidad». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, Editorial Jurídica Grijley, número 3.

«Notas impasibles» (cuentos). Editorial Virtual Elaleph: (http://www.elaleph.com/libros.cfm?item=862319&style=biblioteca).

«Al borde del abismo». En Carruitero Lecca, Francisco. *Derecho del medio ambiente: selección de lecturas*. Lima: Studio, pp. 175-191.

«Conflictuando el conflicto: los conflictos de interés en el arbitraje». *Themis*. Lima, número 53, diciembre.

«La moral y el Derecho». *Ius et Veritas*. Lima, año XVI, número 33, diciembre.

«La responsabilidad profesional no existe». En Mozos, José Luis de los y Carlos Soto Coaguila (director) *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

«La teoría jurídica del accidente». En de los Mozos, José Luis y Carlos A. Soto Coaguila, (compiladores) *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

«Presencia del Código Napoleón en el Perú: los conflictos entre tradición y modernización». En Collantes González, Jorge Luis (coordinador) *Temas actuales de derecho civil*. Trujillo: Normas Legales, pp. 3-32.

«*Notas impasibles*» (cuentos). Editorial Virtual El Aleph. <http://www.elaleph.com/libros.cfm?item=862319&style=biblioteca>

Prólogo a Ricardo Luis Lorenzetti: *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

«Cien años de camino hacia la reconciliación fraternal». En Corral Burbano De Lara, Fabián (*et al.*) *Testigo del Siglo: El Ecuador visto a través del diario El Comercio. 1906-2006.* Quito: Editora El Comercio.

Presentación, en Frank Hajek y Jessica Gruenendijk: *Lobos del río Madre de Dios*. Lima: Sociedad Zoológica de Francfort.

«La responsabilidad de los directores de sociedades», *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*. Lima, número 2/3, 2005-2006.

Prólogo a Foy Valencia, Pierre (editor): *Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académic*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

«Armando Zolezzi». En Armando Zolezzi Moller. *Cuadernos del Archivo de la Universidad*, número 16. PUCP. Lima

2007 «¿Lex mercatoria rediviva? Segunda parte: Ley internacional y Ley nacional». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 5.

«Fernando de Trazegnies, amante de libros antiguos» (entrevista). En *Collectanevs, Revista Bibliográfica Anticuaria Internacional*. La Casa del Libro Viejo. Lima, año 1, número 1, noviembre-diciembre.

Imágenes rotas (cuentos). Lima: Universidad Ricardo Palma.

«La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre interpretación legal», en Carlos Soto Coaguila (editor): *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*. T. III. Externado de Colombia. Rubinzal-Curzoni Editores / Lima: Editorial Grijley.

2008 «Indemnizando sueños: Entre la probabilidad y el azar», Suplemento especial "Responsabilidad Civil" de *La Ley*, Asunción, febrero.

«Apuntes de bibliófilo», en *Collectanevs, Revista Bibliográfica Anticuaria Internacional*. La Casa del Libro Viejo. Lima, año 2, número 3, marzo-abril.

«Arbitrando la inversión», en Carlos Alberto Soto Coaguila (editor): *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima: Ediciones Magna.

«Asia y América cara a cara». *Caretas.* Lima, 19 de noviembre de 2008, No. 2054, pp. 78-82.

«El Poder Judicial peruano en la Historia». En Juan Vicente Ugarte del Pino *et al.* (editores); *Historia y Derecho. El derecho constitucional frente a la historia*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

«Legislando sobre el cuerpo y el alma. El tratamiento del cuerpo y los gestos en el Derecho Indiano». En de la Puente Brunke, José y Guevara Gil, Jorge Armando (editores) *XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

«El Derecho frente a los desafíos que plantea la ciencia y la tecnología moderna». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra.

Primera parte
Semblanzas de Fernando de Trazegnies

FERNANDO DE TRAZEGNIES: «JURISTA POR AMOR»

*Carlos Ramos Núñez**

> *Mi pensamiento es como el Nilo; nadie sabe dónde se encuentra su fuente, ni yo mismo: pero puedo asegurarles que mi reservorio de invenciones es inagotable.*
>
> Jean-Baptiste Levasseur, personaje imaginario
> de *Atracción apasionada*, novela de Fernando de Trazegnies

1. Fernando de Trazegnies: un jurista integral

Por lo general los estudiosos del derecho se diferencian entre sí por las disciplinas que cultivan. Unos han abrazado el derecho civil, otros el derecho comercial, otros el derecho procesal, etcétera. Fernando de Trazegnies Granda, por el contrario, es un jurista difícilmente clasificable por la variedad de escenarios académicos que ha cultivado: la teoría y la filosofía del derecho, la historia del derecho, el análisis económico, la fecunda relación entre el derecho y la literatura, el derecho civil y, en particular, la responsabilidad extracontractual, el derecho de protección al medio ambiente, el derecho al patrimonio cultural, el derecho y la tecnología, amén de otros ámbitos del saber jurídico. Relacionó de Trazegnies al derecho con la historia, literatura, sociología, antropología, economía, agricultura, cine, filosofía, pedagogía, psicoanálisis, política, ética, ecología, lenguaje, tecnología de la computación, religión, periodismo, arte, geología. Goza, pues, de las virtudes del holista, es decir, tal como denota ese término muy de moda: de un sentido de totalidad. Es un escéptico y hasta un combatiente vitalicio de los casilleros estanco. Esta ha sido su principal cualidad para convertirse en uno de los juristas más representativos de nuestro tiempo.

---

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

Esa vocación integral, a todas luces una ventaja comparativa para un hombre de cultura, se gestó (no sin dificultades) desde muy joven. Fernando quiso dedicarse primero a la arquitectura, luego mostró interés por la astronomía —al punto de construir un observatorio en la azotea de su casa—. Otra temprana afición, mantenida intacta hasta hoy, fue la fotografía, ya como creador ya como crítico de la revista *Oiga.* La historia y la literatura lo convocaban también cual Ulises ante el cántico de las sirenas. Allí nació, alimentado después por nuevas lecturas, conversaciones, viajes y escritos, ese afecto irrenunciable hacia la literatura que confiere un brillo muy especial a la obra académica de Fernando de Trazegnies.

La diplomacia se ofrecía como una carrera de grandes expectativas. Don Ferdinand, el padre de Fernando, deseaba que su hijo siguiera su misma profesión. Se matriculó entonces en la Facultad de Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú «para ver cómo me iba» para luego inscribirse en Derecho. Sin embargo, y para beneplácito de la cultura jurídica peruana, la Escuela Diplomática canceló ese año sus actividades. Fernando de Trazegnies iniciaba así su intensa relación con el derecho:

> Encontré en él una disciplina muy humana, nunca acepté ese derecho abstracto, positivista, real, que no tiene contacto alguno con la sociedad, siempre pensé que el Derecho era una ciencia social, que organiza la sociedad para bien o para mal, pero la organiza, en ese sentido me gustó muchísimo esa cercanía con el aspecto humano, su lógica, su necesidad de coherencia permanente, esto en conjunto fue lo que me animó a dejar de lado totalmente la carrera diplomática y tomar a fondo el Derecho[1].

Después de visitar universidades francesas como la Sorbona, y norteamericanas como Harvard, de Trazegnies retorna al Perú y pone en práctica lo aprendido. Participaría activamente en el fortalecimiento académico de su *alma mater*, la Pontificia Universidad Católica del Perú. Enseña filosofía del Derecho, historia del Derecho, metodología de la investigación jurídica e, incluso en aquellos años cuando emergía la informática, Computación y Derecho. Es meritorio en Fernando de Trazegnies el hecho, siempre notable, que no se desligó de la investigación aun a pesar de los rigores que el ejercicio de la profesión demanda de los abogados. Esta enseñanza es crucial: «Yo tomaría las dos siempre, porque son complementarias, tengo más tendencia a ser investigador, pero creo que las dos cosas se combinan, porque la persona que se dedica solamente a la parte académica se está perdiendo la vida del derecho y es sobre la vida del derecho que tenemos que reflexionar»[2].

---

[1] Entrevista inédita a Fernando de Trazegnies. Realizada por Sebastián de Osma, Duilio Nicolini y Álvaro Seminario, estudiantes de Historia del Derecho en la Universidad de Lima, 2005.

[2] Entrevista (2005).

2. Fernando de Trazegnies, el reformador

Fernando de Trazegnies fue también uno de los grandes reformadores en la enseñanza del Derecho en el Perú. Acompañó a Jorge Avendaño —el ideólogo y artífice de esta aventura— a aprehender los métodos de enseñanza en la Universidad de Wisconsin, pues creían que «los abogados no podían seguir estudiando solo para abrir un estudio jurídico»[3]. A pesar de haber transcurrido más de cuarenta años de aquel peregrinaje su influencia aún se mantiene viva y dirige el rumbo del estudio del derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta reforma pedagógica, que consiguió encomiables resultados en la década de los setenta se concentró en la formación de nuevas generaciones de profesores con liderazgo académico quienes en ternas viajaban por nueve meses a la Universidad de Wisconsin, la más avanzada en el derecho y en el cambio social en Estados Unidos, y regresaban cargados de nuevas ideas que polinizaban las prácticas de enseñanza y planificación de la misma, que eran aplicados de inmediato en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica: todos estos profesores son conocidos como los «Wisconsin Boys», vinculados en ese momento a la corriente, *Critical Legal Studies*, de orientación de izquierda liberal. Este grupo de catedráticos pioneros «hicieron en la enseñanza del derecho en el Perú —según calificó la prensa escrita— lo que en el plano económico realizaron los 'Chicago Boys': un cambio total, una nueva escuela»[4]. Pero el verdadero legado de Wisconsin «fueron las distintas generaciones de abogados que egresaron de la Católica en estos treinta años, con la nueva concepción del derecho en la mente»[5].

Hacia el año 1964 Jorge Avendaño Valdez, como decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, inició una reforma en la enseñanza de la educación legal, preocupado por el aislamiento del que

---

[3] En 1963, el R.P. Felipe Mac Gregor asume el rectorado de una Universidad Católica que con el valioso apoyo de la Fundación Ford comenzaría una transformación en la enseñanza universitaria. Al año siguiente, en 1964, el doctor Jorge Avendaño Valdez, al efecto decano de la Facultad de Derecho, observó la necesidad de renovar el sistema de enseñanza. Hacia 1966 se constituyó la comisión designada para realizar la visita a las universidades norteamericanas, conformada por Jorge Avendaño y Felipe Osterling Parodi y gracias al apoyo de la *International Legal Center*, se contactó con la Universidad de Wisconsin con la que al año siguiente, en 1967, se firmó un convenio. Los primeros en incorporarse al programa fueron: Francisco Oliart, Luis Pásara y Lorenzo Zolezzi. Desde entonces viajarían tres profesores por año entre ellos Domingo García Belaunde, Baldo Kresalja, Jorge Santistevan de Noriega, Miguel de Althaus, Mario Roggero, Eduardo Ferrero Costa, Javier de Belaunde, Felipe Osterling, Juan Armando Lengua Balbi, Alberto Bustamante Belaunde y Fernando de Trazegnies.

[4] «Nos llamaban los Wisconsin Boys». Publicado por Guillermo Gonzales Arica en la revista Caretas 1519. Lima, 4 de junio de 1998, pp. 36-39.

[5] *Ibidem*.

adolecía el derecho: alejado tanto de los problemas y de la vida del país como de las otras ramas del saber humano[6]. En este periplo académico fue acompañado, desde sus inicios, por Roberto McLean Ugarteche, Felipe Osterling y Fernando de Trazegnies, quienes creían que los estudios de derecho deberían enrumbarse hacia un nuevo norte, acorde con los nuevos tiempos. En esta nueva visión, la estrella que guiaba el rumbo de la expedición fue: el acercamiento del derecho a la realidad.

Este programa, que contó con la ayuda de la Fundación Ford, duró cuatro años. Se entrenó a los profesores: Lorenzo Zolezzi, Luis Pásara, Francisco Oliart. Luis Carlos Rodrigo Masuré, Domingo García Belaunde, Baldo Kresalja, Jorge Santistevan de Noriega, Miguel de Althaus, Mario Roggero, Alfredo Ostoja, Javier de Belaunde López de Romaña y Eduardo Ferrero Costa[7].

De Fernando de Trazegnies, como docente y expositor, podría decirse lo que asevera Mario Vargas Llosa sobre su mentor Raúl Porras Barrenechea: «cuando dictaba una clase o una conferencia lo hacía como si tuviera al frente, el mejor público del mundo». Desde un foro internacional hasta conferencias dictadas en el interior del país, de Trazegnies será siempre el mismo[8].

Jovial y presto para absolver consultas académicas, entusiasta ante las ideas de sus más noveles alumnos, ese es el espíritu que anima al maestro, a pesar de que recusa el empleo del término «discípulo» o multidisciplinario de lo jurídico, en lo filosófico, histórico, literario, lingüístico y artístico. Ha sido Jorge Avendaño Valdez uno de los primeros en brindar de Fernando de Trazegnies una vívida semblanza:

> Es difícil perfilar nítidamente los rasgos de Fernando de Trazegnies —testimonia Jorge Avendaño— para situarlo en un determinado campo de la actividad humana. Es un gran abogado, sin duda, pero no es solo eso; es un extraordinario profesor de derecho, pero algo más también; es un jurista que ha investigado durante varias décadas, que ha pronunciado conferencias, ha producido varios libros e innumerables artículos, ha asistido a congresos y ha conducido por más de diez años una prestigiosa Facultad de Derecho. Es también un filósofo del derecho, ha escrito sobre cine, historia, sobre la violencia y la pacificación, sobre los chinos y la modernidad, sobre política y racismo, sobre el desarrollo y la ecología. Pero adicionalmente y por encima de todo ello, de Trazegnies es un curioso, un innovador, un revolucionario, un disconforme, un hombre que siempre, desde los días de estudiante universitario, ha planteado tesis controversiales, en procura de soluciones novedosas. De él puede decirse, con absoluto rigor, que es intelectualmente inquieto[9].

---

6 Gonzales Arica (2 de junio de 1998).

9 Avendaño Valdez (1995: 19).

De Trazegnies es, además, un apasionado de los libros y de los documentos. Prueba de ello es su propia biblioteca que hizo expresar admirado a Jorge Avendaño:

> Que valiosa es su biblioteca personal para un amante de los libros y de la lectura al punto que su hogar fue construido en función a ella […] la biblioteca constituye el núcleo de la vivienda, organizada alrededor y en función de la impresionante estructura de doble altura que alberga los preciados libros de su colección[10].

En el mismo sentido, Carolina de Trazegnies Thorne, hija de Fernando, recuerda con algo de nostalgia, que al trasladarse de su antigua casa miraflorina a la de La Molina, existía en la familia una sensación justificada que esta nueva residencia estaba diseñada y construida para ellos, los libros. Leopoldo de Trazegnies, en el mismo sentido, al referirse a su hermano advierte, borgianamente, que existe una simbiosis entre su biblioteca y el hombre, un «pensamiento múltiple [que] a través de los protagonistas de sus obras libra sus grandes luchas por el Derecho y la Justicia»[11].

Jorge Pérez-Taiman, a su vez, rememora la desinteresada labor social a favor de los necesitados. Desde los distantes lugares de la selva amazónica hasta los inhóspitos cordones periféricos capitalinos que llevó a cabo como canciller —y ahora presidente— de la Asociación Peruana de los Caballeros de la Orden de Malta. Fernando de Trazegnies, como cultivador del humanismo, el arte y las letras, posee un caro sentido de difusión de las ideas pues el conocimiento debe compartirse[12].

---

[10] Pérez-Taiman (2008).

[11] De Trazegnies Granda (2008).

[12] De Trazegnies participó en múltiples homenajes a juristas peruanos. En particular cuando presidió la comisión editora para el libro homenaje a Héctor Cornejo Chávez. Allí escribió: «Habitualmente los libros homenaje, dado que se componen de trabajos de múltiples personas, están formados por una combinación extremadamente variada de temas que no permite dar un título general a la obra. Si bien esta configuración brinda la posibilidad de que especialistas muy diferentes entre sí puedan participar en el homenaje, de otro lado ello hace también que los trabajos se pierdan dentro de un todo relativamente caótico. En la práctica, el libro homenaje así concebido se convierte en una suerte de gran revista homenaje, que los bibliotecarios clasifican entre 'obras generales de derecho' a falta de un lugar más preciso. Las investigaciones contenidas en el volumen —muchas veces del más grande interés académico— no pueden ser posteriormente ubicadas, salvo por la memoria acuciosa del algún lector atento: no son clasificadas individualmente, no tiene una ficha propia en el catálogo y finalmente desaparecen entre las dos tapas de un libro más, de carácter indiferenciado, que se suma a los miles existentes en las bibliotecas universitarias». El tema de dicho libro homenaje fue sobre Derecho de familia, por ser cuestión central y recurrente del homenajeado tanto en su obra como en su enseñanza. Lamentablemente, la tarea para Fernando de Trazegnies fue relativamente sencilla, pues ¿qué se puede esperar de un libro homenaje para alguien que ha escrito sobre tan variados temas? Si usáramos el criterio que de Trazegnies usó en su oportunidad, se tendría que publicar varios volúmenes, uno de derecho, otro de filosofía, de fotografía, de tauromaquia, de literatura, etcétera, pero como él mismo escribió: «aquí nos encontramos reunidos todos los que lo

Carolina de Trazegnies retrata a su padre: «Fernando de Trazegnies no se ha caracterizado por ser una persona a la que le gusta hacer las cosas de la manera usual»[13]. Describe con afecto a su padre y señala varias facetas que lo caracterizan, su infaltable curiosidad intelectual, gran amante de los libros, la práctica del *tai chi*, el deporte de vela, la fotografía y la tauromaquia[14]. Visionario perspicaz que sabe mirar el futuro sin olvidar el pasado, gran conversador, apasionado de la enseñanza, con una profunda filosofía individualista: «un ejemplo de ello —asevera Carolina de Trazegnies— es su visión de la profesión de abogado y el ejercicio del Derecho sentada sobre la base de fomentar la inteligencia y el punto de vista de cada uno»[15].

Estas confesiones de la menor de las hijas de Fernando de Trazegnies son interesantes porque se descubre al maestro como un trotamundos apasionado de la vida, que hace de sus días una vida de personaje de novela de caballería, haciendo uso de una hermosa alegoría de *Para matar un ruiseñor*, la aclamada novela *court room* de Harper Lee —interpretada en el cine por Gregory Peck, en el papel de Atticus Fich, abogado de un negro acusado falsamente de violación—, para entregarnos un sentido relato sobre la vida familiar y los inicios de su padre como abogado. Recuerda Carolina que su padre estaba dubitativo entre dos grandes elecciones: por un lado, el amor y la ilusión de casarse y por el otro, el ingreso a la Escuela Diplomática —a la sazón cerrada durante esos años—, lo que lo llevó a elegir la más preciada de sus alternativas que después lo impulsaron al ejercicio privado y luego lo catapultaron a la docencia. Detrás de su inclinación hacia la filosofía del derecho estuvo, según relata Carolina de Trazegnies, la influencia del profesor galo Michel Villey y a raíz de un posterior viaje a la Universidad de Harvard, en Boston, donde consolidaría una visión práctica del derecho.

---

conocemos en diferentes facetas de su vida, desde familiares, amigos, colegas y discípulos también. La única clasificación posible que nos queda es la del espíritu».

[13] De Trazegnies Thorne (2009).

[14] Curiosamente de Trazegnies no se aleja ni durante sus pasatiempos del Derecho. Al escribir un artículo periodístico publicado en la revista *Ruido*, p. 7, difundido a fines del año de 1997 bajo el título de «Acho: Sangre y Arena», brinda su opinión respecto del placer que le despierta la tauromaquia. Allí expresa: «¿Por qué me entusiasman los toros? No lo sé a ciencia cierta, como sucede con todos los entusiasmos importantes. Quizá porque vivo de alguna forma la corrida como un rito ancestral en el que el hombre, con profundo respeto, domina y vence a las fuerzas ciegas de la naturaleza. En la plaza, hombre y toro se dignifican recíprocamente: el hombre es más digno cuando su enemigo es más poderoso y bravo; el toro se dignifica porque, mas allá de lo que digan los opositores, no cabe duda de que es mucho más honrosa la muerte en la plaza peleando como un valiente dentro de una orgía plástica, que esa muerte incolora y estúpida, de un simple mazazo en un sucio y oscuro camal, para ser vulgarmente comido por voraces y despreocupados protectores de los animales».

[15] De Trazegnies Thorne (2009).

Alberto Benavides de la Quintana lo reconoce como el historiador que estudia el pasado para ponerlo al servicio del presente, siempre en concordancia con los tiempos[16]. Con la misma inquietud de un niño que recibe un juguete nuevo, y descubre sus misterios de manera rápida hasta entenderlo perfectamente, asimismo Fernando de Trazegnies recibe los avances de la modernidad, primero los estudia, a continuación los usa a la perfección, los desarma, los vuelve a armar y saca lo mejor de ellos. Si aparece algo nuevo, él es el primero en aprenderlo y el primero también en enseñarlo con el mismo rigor a cuanto oferente se le presenta.

3. Fernando de Trazegnies, el mediador

Debe reconocerse con objetividad histórica que uno de los aportes más valiosos de Fernando de Trazegnies al Perú fue haber participado exitosamente en el logro del Acuerdo definitivo de Paz y Límites con el Ecuador del cual será «uno de los legados más inapreciables a las generaciones de ambos países»[17]. El diplomático Juan Miranda Acosta narra el episodio en estos términos:

> La estrategia que diseñó de Trazegnies tuvo como principio irrenunciable el sostener la validez del Protocolo de Río de Janeiro y obtener del Ecuador su claro y explícito reconocimiento: lo obtuvo. La segunda línea estaba una vez reconocido el trabajo, que tenía además el aval de los países garantes, resolver dentro de ese marco la diferencia sobre su aplicación y no sobre su validez; y así la materia a discutir estuvo limitada a determinar áreas de la cordillera del Cóndor siguiendo siempre las líneas trazadas por Días de Aguiar. Por ello, el haber ganado la paz con nuestro vecino del norte es uno de los grandes sucesos de nuestra historia diplomática al que el nombre de de Trazegnies estará siempre vinculado[18].

Esta capacidad de negociación y la de captar el interés por detrás de las personas y del conflicto, que posibilitan un acuerdo que convenga a ambas partes, son descritas por Jorge Pérez-Taiman quien desde su baúl de los recuerdos extrae un pasaje en el que Fernando de Trazegnies se desenvuelve en el campo del ejercicio profesional a quien se lo convoca pues era necesario «recurrir a un asesor de nivel más académico». Cumple a cabalidad su llamado brindando, al decir de Jorge Pérez-Taiman, «una contundente opinión legal». Desde el inicio se ven sus

---

[16] «Es probable que esta curiosidad —refiriéndose a una de las cinco ideas claves que distingue a Fernando de Trazegnies desde el punto de vista de su hija Carolina— sea la responsable de que haya expandido su actividad académica más allá del Derecho y asumido una visión de la profesión marcadamente interdisciplinaria, algo que creo realmente lo distingue de abogado. En efecto, algo que tengo claro sobre Fernando de Trazegnies es su visión de que el Derecho debe ir entrelazado con otras ramas del conocimiento para ser de verdadera utilidad». De Trazegnies Thorne (2009).

[17] Pérez-Taiman (2009).

[18] Miranda Acosta (2009).

talentos y oficiosidad de negociador convirtiéndose, de esta forma, en piedra de toque para complejas consultas jurídicas.

El empresario Alberto Benavides lo recuerda de este modo: «Dentro de su reconocida sensatez y prudencia y más allá de la asesoría legal que me brindaba encontré en Fernando un entusiasta creyente en las posibilidades mineras del país y muy en particular de lo que la minería podía hacer por el desarrollo. Guardo un gran recuerdo de Fernando por su sensatez, austeridad y modestia»[19].

4. Fernando de Trazegnies, el académico

Rogelio Pérez Perdomo pone mayor atención a *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, 1979, señalándola como una obra desafiante, pero prudente a la vez, escrita hace tres décadas sus aportes aún se encuentran vigentes. Con Pérez Perdomo se conocen en el doctorado de filosofía del derecho en la Universidad de París, ambos llegan a ser discípulos de Michel Villey en clases de historia de filosofía del derecho. Asimismo, su condiscípulo recuerda la impronta dejada en ellos por Villey que trascendió a través del tiempo y se materializó en sus obras, recuerdos sobre los cuales anota: «Releyendo a de Trazegnies he encontrado las trazas de la iconoclasia villeyana y su poco respeto por los territorios disciplinarios, aunque Fernando es probablemente más sensible a las modas»[20]. Su mutuo periplo por los campos de la filosofía y la historia del derecho les llevó a ambos a volver a encontrarse en la Universidad de Harvard:

> En Harvard tomamos el seminario de derecho y desarrollo de Steiner y Unger —relata Pérez Perdomo—, el curso de filosofía del derecho de Unger, el de filosofía política de Rawls, el de derecho y cambio social en África de Fuller y Smith, el de *legal process* con Duncan Kennedy y tal vez otros menos memorables. Dawson ya no tenía ningún curso, pero recuerdo sus iluminadoras conferencias sobre historia del derecho americano para los estudiantes extranjeros y su disposición a jugar frisbee con nosotros a pesar de lo que en la época veíamos como una edad avanzada. Fue una época de exposición a muchos estímulos intelectuales y vitales[21].

Alfredo Bullard encuentra que el pensamiento trazegniano, a quien implícitamente considera una suerte de *legal hero* (la expresión es de Dertshowitz)[22] se delinea por una terna de principales aportes, la primera sería su visión jurídica sobre el derecho de propiedad, luego su teoría de la interpretación legal y su propuesta

[19] Benavides de la Quintana (2009).

[20] Pérez Perdomo (2009).

[21] Pérez Perdomo (2009).

[22] Dershowitz (2001: 3-15).

para la modificación del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Bullard menciona que así como el aventurero Indiana Jones y el economista Steven D. Levitt, Fernando de Trazegnies mantiene «la misma actitud aventurera frente al reto intelectual»[23]. Explica además que:

> Nadie como él ha asumido el Derecho de una manera tan aventurera. Nadie ha explorado territorios tan inhóspitos e inexplorados con tanto éxito, para encontrar lo que buscaba y rescatar tesoros de valor insospechado. No es de extrañar que su faceta de historiador del Derecho sea quizás una de sus más destacadas y sorprendentes. En eso Fernando es un arqueólogo poco convencional. Y al descubrir algo lo revive y convierte en algo nuevo. Fernando no solo descubre lo que busca, sino que nos muestra sus poderes y descifra esas claves que desatan todo el potencial de lo que acaba de descubrir[24].

Juan Carlos Valdivia Cano, a su vez, se lanza a la búsqueda de puntos de encuentro con el pensamiento trazegniano. El profesor puneño cuenta cómo uno de los artículos de cine que se publicaban en la revista *Hablemos de Cine* fue de capital importancia para la elección de estudiar y ser hombre de leyes[25]. Por ello, para ocuparse del análisis de la obra elige como nexo metódico, el cine. Además, considera que otro tema que puede anudar en su obra es la educación jurídica siendo esta «una maravilla pedagógica para la enseñanza del Derecho». Valdivia Cano destaca la influencia que tuvo en él *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor* por la concepción del Derecho que exponía Fernando de Trazegnies al analizar el célebre caso extraviado en los archivos coloniales de la ciudad de Cajamarca, a lo que añade Valdivia: «hizo añicos lo que yo entendía por derecho hasta ese momento». Añade al respecto que «Ciriaco presenta un Derecho lleno de vida concreta con todos sus matices, de carne, hueso y sangre. No hay manera de separar esa historia de amor de la historia del Derecho, la filosofía del Derecho, de la lógica jurídica y de la legalidad pura». Resalta que esta obra se caracteriza por su plenitud «no describe un juicio solamente sino que ofrece una concepción del Derecho y del poder».

En uno de sus recorridos por el interior de la república, con esa vocación natural de compartir conocimiento, casi por casualidad, surgió uno de sus trabajos más reconocidos que comenta Valdivia Cano: *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*. Esta historia de amor llamó la atención de Fernando de Trazegnies en un mar de documentos acopiados a fuerza del desorden y encerrado con llave en el archivo cajamarquino, y tras una «Filosofía del ratón», tal vez nunca se sepa

---

[23] Bullard (2009).

[24] Bullard (2009).

[25] Este artículo al que se hace referencia lleva como título: «¿Se entretiene usted en el cine? Reflexiones en torno a *Una mujer casada* de Godard». En: *Hablemos de cine*. Lima, 1965.

cómo fue que el expediente llegó a sus manos o si el expediente habría esperado las manos precisas de de Trazegnies para darse a conocer, pero sin duda debemos reconocer que el análisis exhaustivo que realizó Fernando de Trazegnies fue gravitante en el mundo de la enseñanza jurídica en el Perú. Lo cierto fue que la rescató del olvido y la devolvió al orbe jurídico:

> Ese libro en realidad surgió un poco de la nada —comparte Fernando de Trazegnies—, como surgen muchas veces las mejores cosas, en realidad yo había ido a Cajamarca invitado por la Corte Suprema para dar unas conferencias a los jueces de toda la región del norte […]. Dicté las conferencias los dos primeros días y luego paseé bastante por Cajamarca, entonces el día que me regresaba fui al aeropuerto y simplemente el avión no llegó, regresé al hospital de Belén, que era el sitio donde se dictaban las conferencias, y le cuento a Javier Belaunde, lo que me había sucedido y me aconsejó ir al archivo pero era feriado […]. Así que averigüé dónde vivía el archivero, que terminó siendo a tres cuadras de ahí, entonces lo fui a buscar, Evelio Gaitán, hasta ahora sigue ahí, le expliqué quién era, estamos hablando de hace más de 20 años, yo no era nadie conocido, y le dije si podía entrar al archivo, y le propuse que me llevara al archivo, me dejara entrar, cerrara con llave y que luego en la tarde regresara a abrirme, y un poco desconcertado aceptó. Luego de examinar algunos expedientes separé algunos cuantos los que me parecían más interesantes y fue ahí que me encontré con este expedientillo de 50 hojas que hablaba de un hombre que quería que le vendan a la esclava, porque es su mujer, y me desconcertó. Comencé a leerlo, la letra era muy difícil, no pude leerlo todo ni mucho menos, entonces llegó el señor Gaitán y le dije que había encontrado un expediente del cual quisiera sacar copia. De regreso a Lima empiezo a trabajar en el expediente, luego tuve un problema de salud el cual al dejarme en cama me dio tiempo para trabajar en él. Y mira si tuvo éxito el librito que hasta ha sido traducido en esloveno»[26].

Rogelio Pérez Perdomo hace también una escala obligatoria en *Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor* de la cual manifiesta que siempre la incluye en sus cursos sobre derecho en América Latina o sobre cultura jurídica latinoamericana «e invariablemente se convierte en una de las lecturas preferidas de los estudiantes»[27]. Recomienda con serenidad que este trabajo debe ser implementado como lectura obligatoria en el plan de estudios del departamento de derecho y la escuela de posgrado en el área de derecho, pues va a revitalizar el uso de expedientes y ayudaría a valorar la argumentación en las resoluciones judiciales para así dotar de mayores elementos de juicio en el derecho judicial peruano que carece de sólidos argumentos. En conclusión, el profesor venezolano, en opinión compartida, considera que *Ciriaco de Urtecho* es un valioso libro tanto por reconstruir un proceso con los argumentos esbozados por los abogados de ambas partes y de informar

[26] Entrevista a Fernando de Trazegnies (2005).

[27] Pérez Perdomo (2009).

sobre los sucesos del juicio y las motivaciones de los jueces al momento de sentenciar, como de servir de material de consulta imprescindible para abogados y más aún, para aquellos que participan de alguna u otra forma en la administración de justicia. La obra comentada, en realidad, encierra toda una teoría acerca del proceso argumentativo. De Trazegnies es un convencido que el derecho constituye un escenario de lucha, un campo de batalla, un ring boxístico en el que puede vencer el débil al poderoso, siempre que su discurso sea más persuasivo. El texto recuerda un artículo que tuvo un impacto notable entre los setenta y los ochenta, *El rol político del abogado litigante*[28].

Otro de sus trabajos fundamentales fue el relacionado con la inmigración china al Perú. En un seminario llevado acabo en Harvard, como parte de una conferencia sobre historia social del derecho, se siente atraído por este tema, advierte que de esta historia poco o casi nada se conocía. Esta fascinación le condujo a estudiar el tema durante más de veinte años. Esta historia terminó siendo rotulada como: *En el país de las colinas de arena. Reflexiones jurídicas sobre la inmigración china en el Perú del siglo XIX, desde la perspectiva del derecho*. Alfredo Bullard describe al personaje principal de la novela jurídica de la siguiente forma:

> En Kin-Fo está depositada toda la historia de la inmigración china en el Perú, con una sutileza y capacidad narrativa que convierten la historia en algo más que literatura. Y es además un personaje jurídico. No se si Kin-Fo toma como excusa al derecho o el derecho toma como excusa a Kin-Fo para explicarse. Pero lo cierto es que todos los Kin-Fo, el literario, el histórico y el jurídico, son inseparables, son uno solo y muchos a la vez[29].

Juan Carlos Valdivia Cano lleva a cabo un fecundo análisis de la monumental obra *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* que es un recuento de juristas peruanos notables[30]. Llega a clasificarla como un libro de filosofía del derecho complementada con historia del derecho. A su parecer, su objeto se encuentra en estudiar «las concepciones sobre el derecho y sobre el papel que debía jugar el orden jurídico dentro del proceso de modernización en el Perú del siglo XIX». Las ideas eclécticas de estos honorables hombres de foro contribuyeron a dotar de forma al devenir histórico del país, pero que Fernando de Trazegnies —con ideas bien fundadas y documentadas modestamente— consideraba erradas al hacer un contraste con la realidad, reconociendo así Juan Carlos Valdivia Cano que las ideas del libro son sólidas, pues los aciertos en cuanto a las propuestas invitan a una urgente reflexión.

---

[28] De Trazegnies (1974: 272-289).

[29] Bullard (2009).

[30] Véase Ramos Núñez (1994: 63-71).

Valdivia Cano, en su corolario, menciona uno de los pensamientos rectores desarrollados por de Trazegnies: «el falso nosotros». Este concepto, según señala Valdivia Cano, ubica a su autor como «iluminador del derecho». Y concluye, al expresar que la cultura a la que se pertenece está más allá del color de piel, sangre o etnia: se trata de historia, lengua, religión, estructura mental, sistema de organización político-jurídico, entre otras cosas. Invita, por lo tanto, el profesor Valdivia Cano, a conocerse mejor y tomar la identidad expansiva para conquistar así en universalidad.

Fernando de Trazegnies ha impulsado con entusiasmo el cultivo de la historia del derecho en el Perú. En este campo promovió, ya como profesor, ya como editor la publicación de importantes trabajos propios de la disciplina. Destacan los aportes de René Ortiz, Armando Guevara, Renzo Honores, José Gálvez, José de la Puente Brunke y tal vez (no podría juzgarlo) el mío propio.

5. Fernando de Trazegnies, el subversivo

Pensando insolentemente es el título del libro que reúne una serie de pensamientos directrices expuestos previamente en conferencias, o publicadas en revistas jurídicas. El autor brinda un amplio panorama, desde el enfoque del legislador y propone lúcidamente una interpretación operacional de la ley que siempre será interesada, dependiendo de nuestros requerimientos, para que cada actor del foro realice de manera creativa y reconozca al derecho como «la puerta de entrada para explorar las profundidades del alma humana»[31].

En un título sugestivo, *La muerte del legislador,* bosqueja una de sus ideas interpretativas más interesantes que: «[e]l legislador debe morir después de haber dado vida a la ley para permitir que esta tenga su propio desarrollo. En esta forma, el legislador deja de ser el 'dueño' del derecho porque cada uno de los actores sociales utiliza la ley y le asigna sentidos en función de sus propios objetivos»[32]. En relación a la historia y su veloz carrera con el tiempo a cuestas, nos esclarece la vinculación que esta tiene con el derecho: «Sabemos que el derecho pretende engullir al tiempo estableciendo calendarios, marcando plazos y atribuyendo significaciones jurídicas a las duraciones; pero sabemos también que el tiempo ejerce su venganza revolviéndose y envolviendo al derecho, de manera que la noción misma del derecho resulta temporalizada, vale decir, inmersa en la historia»[33].

---

[31] De Trazegnies Granda (2000: 20).

[32] De Trazegnies Granda (2000: 20).

[33] De Trazegnies Granda (2000: 22).

Entiende de esta forma que «[l]a noción del derecho es también un producto histórico: no solamente el contenido del derecho, sino que también el derecho mismo como tal, es un producto histórico resultado de una elaboración conceptual que se da en el interior de una determinada cultura»[34]. Apunta, asimismo, que la forma jurídica «nace donde existen intereses privados antagónicos, y adquieren una forma propia allí donde se establecen un sistema autónomo de derechos y obligaciones recíprocos, que funda las bases del cálculo del interés propio. Lo que nosotros conocemos como derecho no es una reglamentación de cualquier tipo; sino un sistema de poderes en equilibrio dinámico. Sometido a reglas de juego autónomas y explícitas»[35]. Bajo este cúmulo de ideas el derecho para Fernando de Trazegnies está integrado de la siguiente forma:

> En estas reflexiones se insiste en la idea de que el derecho no es 'un conjunto de normas' que imponen rígidamente un orden estático preestablecido sino una red dinámica de argumentos e intereses que entran en contradicción y que buscan tanto su propia expansión autónoma como el establecimiento de un orden en permanente construcción que facilite las condiciones sociales para la optimización de tales intereses individuales. De esta forma, el derecho es, ante todo, una dialéctica de la libertad y de la organización, de la independencia y de la asociación[36].

La preocupación intelectual alcanza también aspectos relacionados con la ética, el medio ambiente, los derechos humanos y el patrimonio cultural; existe entonces una visión globalizada entre el derecho y la sociedad.

6. Fernando de Trazegnies, el literato

> *La literatura ha sido para mí un punto de vista no declarado sobre el mundo que me ha ayudado a comprender muchas cosas que no hubiera percibido de otra manera.*
>
> Fernando de Trazegnies. *Pensando insolentemente*

Entre los promotores del movimiento *Derecho y Literatura*, todo hombre de leyes debe ser partícipe de la producción literaria y, en general, debe vivir informado y cultivar las artes y las humanidades, pues es obligación de todo abogado procurarse una formación integral. «La literatura no es una simple distracción del espíritu —enseña Fernando de Trazegnies—, no es una manera de fantasear sobre lo que

[34] De Trazegnies Granda (1994: 9).

[35] De Trazegnies Granda (1994: 11).

[36] De Trazegnies Granda (2000: 23).

no es y evadirse del mundo real sino, por el contrario, es una forma de comprender la realidad de una manera más completa. En el campo del derecho, la literatura deja de lado los tecnicismos jurídicos para mostrarnos el derecho vivo, tal como es, actuando en la realidad»[37]. En su discurso de incorporación a la Academia de la Lengua, de Trazegnies se define como un prosaico abogado que va más allá de sellos oficiales y códigos amarillentos por el uso, y que detrás de aquella maraña de leyes, hay un apasionado de la lengua y la literatura.

En un ejercicio de creatividad literaria, un antiguo profesor del Colegio de la Inmaculada generaba en el joven de Trazegnies las inquietudes propias del literato e incluso del filósofo. Se les ordenó a los alumnos describir con sus propias palabras los momentos previos de una escena inolvidable de la literatura clásica: el enfrentamiento entre el príncipe Héctor de Troya y el mítico Aquiles. Esta experiencia literaria la comparte a través de una pieza inolvidable:

> Recuerdo que lloré sobre el papel mientras narraba la triste despedida. Hubiera querido cambiar la historia, hubiera querido escribir que Héctor no aceptaba el duelo y que prefería la vida y el amor de su esposa y de su hijo a la gloria de la muerte. Pero lloré porque comprendí que eso era imposible, comprendí que el honor está por encima de la vida y del amor, comprendí que el bien de su patria no le permitía otra cosa. Lloré de tristeza y de impotencia, porque me di cuenta ya entonces de que ni aun el autor puede fungir de Dios, ni aun el autor es dueño absoluto de sus personajes sino que, como sucede con los hijos, una vez creados, ellos imponen su propia lógica y hacen su propia vida, independientemente de lo que el escritor hubiera querido hacer de ellos»[38].

Su inquietud por la literatura felizmente no se extinguiría, existieron muchas aventuras pero había, necesariamente, que elegir entre uno de estos amores:

> La vida impone sus propios caminos y el verdor de los cuentos cortos, de los poemas de juventud y de alguna que otra idea de una novela, fue quedando sepultado por las hojas de otoño de los expedientes judiciales, las minutas notariales y los informes legales. Si embargo, la llama del arte no se extingue nunca una vez que ha sido encendida. Y, un poco subrepticiamente, un poco introvertidamente, el abogado ha intentado con timidez seguir fiel a su viejo amor literario»[39].

Entonces, la interpretación y lectura del texto cobran vida propia ya sea en el derecho como en la literatura. Plantea además un enfoque de apreciación literaria: «La literatura no es un mero pasatiempo —declara Fernando de Trazegnies—, no es un entretenimiento ocioso y ni aun siquiera un mero goce estético, siendo ya esto último muy importante: es también una forma diferente de conocimiento,

---

[37] De Trazegnies (2000: 22).

[38] De Trazegnies (2000: 66-67).

[39] De Trazegnies (2000: 69).

una perspectiva única sobre la realidad […] La literatura nos dice cosas sobre el derecho que no sería posible conocer de otra manera: viéndolo desde fuera, la literatura nos entrega una visión viva del derecho; frente a una consideración técnica y fría del derecho visto desde el propio derecho, la literatura lo captura para devolvérnoslo con más carne, con más humanidad»[40].

La Universidad Nacional de Ingeniería hacía florecer la cultura, entre sus invitados tuvo a Gabriel García Márquez, a Mario Vargas Llosa, y para el presente caso, al escritor bonaerense Jorge Francisco Isidoro Luis Borges, quienes más allá de los agasajos merecidos llevaron a cabo notables exposiciones. Fue en el recinto de los ingenieros donde tuvo lugar la primera visita en 1965, sorprende que no fuera ninguna universidad dedicada a las letras, sino en casa de matemáticos, en donde se le otorgó el grado de doctor Honoris Causa a Jorge Luis Borges quien, a decir de Mario Ghibellini, al escritor argentino le habría encantado la idea pues «gustaba de esas paradojas»[41]. Cabalísticamente trece años más tarde la Universidad Católica del Perú le rendía los mismos honores a Borges, la prensa de ese entonces hizo la crónica: «Borges, que se definió como un viejo anarquista e individualista, será distinguido hoy a las doce del día con el título del Doctor Honoris Causa, conferido por la Universidad Católica, en un acto que será presidido por el Rector de esa Universidad, José Tola Pasquel»[42]. Fernando de Trazegnies realizó todas las gestiones previas, trámites documentarios con la embajada y contactos con el propio Borges para que consintiera regresar a Lima para recibir su Honoris Causa. Fue a recibirlo al aeropuerto como representante de la Universidad Católica, quedando el discurso de orden en la pluma de Luis Jaime Cisneros. La delegación de estudiantes estuvo conformada por universitarios que contaron con la participación tanto de la Universidad Católica como de alumnos sanmarquinos[43].

Fernando de Trazegnies relataría aquel imborrable encuentro con el autor de *El Aleph*: «Fui encargado por el rector para recibir a Borges en el aeropuerto. El agregado cultural de la embajada argentina hizo las presentaciones y yo (imperdonablemente) no noté que Borges había extendido la mano para saludarme,

---

[40] De Trazegnies (2000: 69).

[41] Ghibellini (2003: 64-68).

[42] La noticia de la llegada del escritor argentino fue presentada en la prensa limeña del siguiente modo: «El gran escritor Jorge Luis Borges arribó ayer a Lima: U. Católica le confiere hoy doctorado *Honoris Causa*». En *El Comercio*. Lima, 22 de noviembre de 1978.

[43] La prensa recoge del siguiente modo las primeras palabras que ofreció a sus anfitriones: «Destacó su vinculación con el Perú a partir de su bisabuelo, el coronel Isidoro Suárez, quien dirigió una carga de caballería en la Batalla de Junín. 'Mi bisabuelo tenía 26 años, y comenzó una batalla muy curiosa que solo duró tres cuartos de hora, y en la que no se disparó un solo tiro. Ya que únicamente fue a sable y lanza. Fue una escaramuza, pero fue muy importante para la historia de América', manifestó» Parte del artículo fue publicado en *El Comercio*. Lima, 22 de noviembre de 1978.

pero hacia una dirección donde yo no me encontraba. Entonces, dándose cuenta Borges de su error, me dijo con toda sencillez: 'Disculpe usted. Soy ciego'»[44].

Lleno de agradables sorpresas la imagen que tenía del celebrado autor, para beneplácito suyo, no concordaba con quien tenía ante sus ojos: «Pensaba que esa personalidad caricaturizada era quizá el tributo que debían pagar los genios en razón de su desequilibrio de facultades. En vez de ello me encontré frente a un anciano dulcemente ciego, terriblemente humano, con una modestia y una informalidad desarmante y con una expresión y un tono de voz que mostraban una delicada sensibilidad emotiva»[45]. No podía desaprovecharse un intercambio de palabras y por qué no, de ideas, aprovechó un intermedio en los agasajos y un desliz del acoso de la prensa para encontrar la oportunidad de participarle a Borges que su obra estaba siendo bien aprovechada en estas latitudes:

> Le conté a Borges que había utilizado muchas veces su cuento *Funes el memorioso* en mi curso de Filosofía del Derecho para explicar el nominalismo. Me 'miró' con expresión desconcertada y me dijo: 'Bueno, sí, tiene usted razón; hay un nominalismo en ese cuento. Como tengo bastante relación con Inglaterra, yo no puedo dejar de ser nominalista'. Le dije también que había mencionado en clase *El jardín de senderos que se bifurcan* para explicar que el tiempo histórico no es lineal sino una trama compleja de acontecimientos que entran unos dentro de otros como cajas chinas y que tienen relaciones entre sí muy cercanas a la idea de laberinto. Con expresión satisfecha, me dijo: 'Veo que uno no escribe en vano y que los cuentos se leen y se utilizan. Me alegra mucho saberlo'»[46].

Es que los instrumentos puestos en manos hábiles realizan obras maravillosas, hasta los cuentos resultan siendo contundentemente pedagógicos en manos diestras como las de Fernando de Trazegnies.

El multifacético Fernando de Trazegnies, en *Imágenes rotas*, se confiesa «culpable de un deliberado saqueo de la historia con fines literarios» que por medio de fragmentos desordenados de personajes, de hechos históricos y aun de textos, pegó a manera de collage estos acontecimientos «sobre un fondo de ficción con la idea de construir un nuevo orden de cosas, perverso y sesgado»[47].

«Doble traición» recoge textos de dos documentos, un cartel prerrevolucionario y un expediente judicial, que se encuentran en el archivo personal del autor. El cartel, que apareció una noche en los muros de las calles de Lima en tiempos todavía del virrey Pezuela y que tiene sus esquinas destrozadas porque fue arrancado de la pared, contiene una llamada «oración», que constituye una extraordinaria

---

[44] De Trazegnies (1986: C3).

[45] De Trazegnies (1986: C3).

[46] De Trazegnies (1986: C3).

[47] De Trazegnies (2007: 177).

muestra de humor político. El expedientillo judicial es un breve proceso, seguido ante la autoridad virreinal de Puno, contra un tal coronel Manuel Choquehuanca, quien se encontraba al servicio del ejército realista en Azángaro[48].

«Guerra pasada», según cuenta de Trazegnies, es un relato enteramente de ficción. Sin embargo, el Bando del general Ribadeneyra en Corongo es auténtico y se encuentra en el archivo personal del autor: data del 1 de abril de 1822 y tiene vinculación con la reacción realista que se produjo en la sierra del norte del Perú, ya después de declarada la independencia. «El apelativo de 'guerra pasada' proviene de un tigre de la selva, cuya historia me fue contada por el motorista Pancho Miranda en un largo y fascinante viaje por el río alto Madre de Dios, en camino hacia el Manú»[49].

La Asociación Cultural Peruano Japonesa organizó el primer concurso nacional de cuento en el que: «La tranquilidad de espíritu» obtuvo una mención. Este cuento está inspirado en el diario de la marcha que hace Su Excelencia el presidente provisional de la república peruana don Luis José de Orbegoso a los departamentos del sur, narrado por el cura José María Blanco, quien acompañó a la comitiva[50]. El viaje se inició en noviembre de 1834. Algunas semanas después de la partida, cuando Orbegoso se encontraba en el sur, estalló la revolución de Salaverry, quien tomó el Callao. Carente de fuerzas propias y lejos del campo de acción, Orbegoso no encontró mejor opción que la de pedir ayuda a Bolivia en la persona del general Andrés de Santa Cruz, quien comandaba las tropas de ese país. Este incidente lleva a la formación de la Confederación Peruano-Boliviana y el general Andrés de Santa Cruz asume el cargo de protector. Orbegoso, dice Basadre, «como un rey destronado, entregó a Santa Cruz las insignias de su quimérico poder, traspasándole mediante una carta, las facultades extraordinarias de que estaba investido»[51], nunca más volverá a ser presidente del Perú, sino únicamente del Estado norperuano.

El diario sorprendería a de Trazegnies, entre otras cosas, por la ambigüedad de la época con relación a la conciencia de la esclavitud. Casi todos los personajes y hechos son auténticos, aunque algunas situaciones han sido cambiadas de lugar y de tiempo: el encuentro con Bernardo O´Higgins y el brindis de este, por ejemplo, no se producen en la hacienda San Pedro de Lurín sino más adelante en el viaje, en Cañete. La escena de la joven negra es pura ficción. Pero es real la confusión del presidente ante los cantos de los negros que lo entusiasman y

---

48 *No hay derecho*, año 2, número 6, Buenos Aires, junio de 1922.

49 De Trazegnies (2007: 177).

50 Blanco citado por de Trazegnies (2007: 178).

51 De Trazegnies (2007).

la situación de esclavitud que le indigna, es notable que, aun siendo Presidente de la República, no se sienta en la obligación —o quizá advierte que no tiene el poder— de abolir definitivamente la esclavitud, por lo que su angustia se canaliza simplemente en el deseo de manifestar su afecto a los esclavos, con lo que queda tranquilizado su espíritu. Algunas de las frases son préstamos directos del diario del cura Blanco a fin de transmitir el sabor al mismo tiempo ingenuo y formal de la época. Los juicios sobre Orbegoso son tomados casi literalmente de la *Historia de la República del Perú* de Jorge Basadre[52].

«El cónsul honorable» se basa en un personaje controvertido que participó en las guerras de la Independencia como edecán de Bolívar y luego fue nombrado cónsul de Gran Bretaña en el Perú. Las condiciones en las que abandonó el Perú son verídicas, pero ciertamente no lo es Hércules Gallardo, quien ha sido simplemente agregado al relato para configurarlo como un cuento policial y cuyo nombre mismo revela el agradecimiento de quien escribe esas líneas a Agatha Christie, por los buenos ratos que vivió dentro del ministerio de sus novelas detectivescas. Sin embargo, las opiniones de este personaje falso sobre el caso son, en su mayor parte, las sostenidas históricamente por el diario El Comercio. Celia Wu Brading ha hecho un interesante estudio del verdadero cónsul Wilson en *Generals and Diplomats. Great Britain and Perou 1820-1840*[53].

La existencia de un imperio inca subterráneo que se perpetúa a través de los tiempos y que espera el momento de volver a tomar el poder manifiesto, como se plantea en «El Inca», es evidentemente una mera fantasía; aunque de alguna forma corresponda remotamente a ciertos anhelos inconcientes indios que se revelan en mitos como el de Inkarri y el del retorno de las huacas. Don Justo Sahuaraura Inca, descendiente efectivamente de Túpac Yupanqui y de Huayna Cápac, fue un buen canónico, que participó lealmente en la Independencia, incapaz por otra parte de ninguna solvencia, y que solo tuvo por pecados una mentalidad aristocrática y una añoranza desmedida por las glorias de sus ilustres antepasados, lo que lo llevó a escribir, a mediados del siglo pasado, un romántico libro, de carácter meramente evocativo, sobre la monarquía inca[54].

«El convento» tiene como asiento los tristemente abandonados restos, cada vez más ruinosos y dentro de un entorno más degradado, del llamado convento de San José de Lanchas, ubicado en el desierto entre Pisco e Ica. El cultivo de las hojas verdes creadas artificialmente en la arena y utilizadas en la época virreinal por la Compañía de Jesús, dueña entonces de dicho convento, ha sido descrito

[52] Basadre (1961: 370) citado por de Trazegnies (2007: 177-178).

[53] Wu Brading (1991) citado por de Trazegnies (2007: 179-180).

[54] Sahuaraura Inca (1859) citado por de Trazegnies (2007: 180).

por Ana María Soldi[55]. La escena dentro del convento se encuentra obviamente inspirada en las leyendas medievales y, en particular, en la primera visita de Parsifal al castillo del Grial en el libro de Wolfram von Eschenbach (1207), sin embargo, la idea original ha sido adaptada al contexto peruano[56].

«La silla» se basa literalmente en un libro de Víctor R. Ortega sobre la vida de una montonera que vivió hacia 1898 en la sierra norperuana[57]. Es una historia ambientada en Cajamarca, en un clima de violencia regional, tomada del estudio de Lewis Taylor sobre los bandidos políticos cajamarquinos de principios de siglo XX[58]. Fernando de Trazegnies espera que este cuento sea un homenaje al «inolvidable Jorge Luis Borges», de quien retoma la idea contenida en una de sus historias de prolongar mentalmente el instante de la muerte. Asevera Fernando de Trazegnies que la atmósfera que rodea a *La silla* es diferente, pues mientras el relato borgiano recurre a una intervención divina para suspender el momento de la muerte, Zenón Torres se limita a aplicar una técnica matemática basada en la teoría de los fractales. Por otra parte, el cuento de Borges se desarrolla en forma lineal, persigue contar una historia milagrosa, pero historia en medio de todo. *La silla*, en cambio, posee toda la intención de instalar un universo ficticio, al sugerir la posibilidad de varios desarrollos contradictorios de la acción sin decidirse por unos u otros[59].

Finalmente «El fonógrafo» es enteramente un producto de la imaginación. La fiesta en el club Lawn Tennis de la Exposición nunca tuvo lugar y los festejos en Lima por la celebración del año nuevo correspondiente al cambio de siglo, no fueron demasiado entusiastas: nadie se agitó mucho y todo el mundo se fue a dormir a las doce de la noche, inmediatamente después de escuchar la salva real del cuartel de Santa Catalina[60]. Además, el cuento encierra un anacronismo, el primer fonógrafo fue presentado en Lima en 1892, ocho años antes de la fecha en la que el relato tiene lugar[61], y no era todavía un gramófono *His Master's Voice*, como el descrito en el cuento, sino un verdadero fonógrafo, es decir, el modelo bastante más primitivo diseñado por Edison[62].

---

55 Soldi (1982).

56 De Trazegnies (2007: 180-181).

57 Ortega (1947).

58 Taylor (1987).

59 De Trazegnies (2007: 181-182).

60 Cfr. *El Comercio* (Lima, 2 de enero de 1990: 2-3).

61 *El Comercio* (Lima, 22 de marzo de 1892); *vide etiam*, los números del mismo diario del 4, 8, 22 y 26 de abril y del 9 de julio de 1892. En la primera edición de 1900, *El Comercio* publica un aviso de venta de un fonógrafo, todavía del tipo de Edison, con muy poco uso y fuerte rebaja; forma parte de la venta de un conjunto de 86 cilindros con grabaciones de óperas.

62 De Trazegnies (2007: 181-182).

La pasión por cultivar las letras se extiende en la literatura en diversos trabajos, es de grato recuerdo *Atracción apasionada*[63], novela cuya trama se desarrolla en dos líneas históricas distintas, por un lado Jean-Baptiste Levasseur, francés avecinado en Arequipa que tiene una idea muy propia de la felicidad, tanto que es teórico y apologista del MPMO —Movimiento por la Promiscuidad Matemáticamente Organizada— y en el otro frente temporal se encuentra Alejo, arquitecto restaurador de edificios coloniales que vive el ocaso de su relación marital, a causa de la infidelidad de su bella esposa Emma, quien termina atrapada, no queda claro muy bien porqué, en las mañas del abogado Manuel Natalio Arquímedes Uchay cuya especialidad —aparte del derecho tributario— eran las señoras. Gaspar —un culto, cínico, sofisticado y algo sinvergüenza, también entendido en cuestiones de patrimonio cultural— es otro de los abogados de la novela. Mientras que Uchay es andino, Gaspar es criollo; Uchay es liberal, Gaspar, escéptico; Uchay, no tiene idea de cómo comportarse en un restaurante de cinco tenedores, Gaspar se mueve en ese medio como un pez. Son las antinomias de la cultura. Quizás el único elemento de identidad sea la tradición.

7. Fernando de Trazegnies, el creativo

> *Ahora bien, si la aplicación del Derecho no es tanto una disciplina que descubre o que entiende, sino un obrar que crea y que transforma, el Derecho no es una ciencia: es un arte. Como la guerra.*
>
> Fernando de Trazegnies. *Pensando insolentemente*

En una de sus publicaciones, *El derecho como arte*, aporta las herramientas necesarias para lograr el entendimiento de *La teoría pura del derecho* del profesor austriaco Hans Kelsen.

> Pienso que Kelsen tenía razón —sostenía Fernando de Trazegnies— cuando decía que la ciencia del Derecho, termina con el análisis teórico de las normas: no permite llegar hasta la solución de los casos concretos. Del análisis del material legal a la solución efectiva de las controversias hay un salto enorme que, según Kelsen, no se puede dar sino por un acto de voluntad: la razón nos deja todavía en una abstracción y desde ahí tenemos que bajar a tierra mediante una decisión antes que a través de una intelección.

En cambio, Fernando de Trazegnies propone una lectura desde la teoría dinámica del derecho. Según esta, las normas cobrarían interés solamente como punto de

[63] De Trazegnies (2003).

partida de la interpretación, pero no podía restringirse un estudio únicamente a ellas, porque de este modo el derecho como proceso vivo y dialéctico se marchitaría. Las normas positivas, para Fernando de Trazegnies, dejaron de ser derecho porque son «el resultado ya fosilizado de un conflicto que se solucionó con la promulgación de la regla, y, en otro sentido, no son todavía derecho mientras no se pongan en operación, mientras no sean utilizadas por los hombres»[64].

Explica que Kelsen, con su idea de puridad, dejó de estudiar el derecho vivo, que se desarrolla en la sociedad, que es «adulto, operando confusamente e impuramente en la realidad social». Fernando de Trazegnies encuentra que lo más importante del derecho está, con seguridad, «en la aplicación y uso efectivo de las normas y principios, en la guerra de los hombres dentro del campo de batalla jurídico —aquí viene la clasificación— que Kelsen desprecia debido a que no puede ser manejada intelectualmente, debido a que no permite ser abordada científicamente porque no responde a una pureza racional; eso, para Kelsen, ya no es ciencia sino política jurídica»[65].

Sin embargo, el llamado de atención para los que mencionan alegremente y hablan de un «positivismo kelseniano», una suerte de «positivismo pop» en palabras de de Trazegnies —y que hoy llamaríamos «positivismo chicha»—, es que Kelsen tiene muy claro que la aplicación efectiva y real del derecho —no el mero análisis abstracto de carácter lógico-formal— es una tarea abierta de creación y composición antes que una cerrada aplicación silogística»[66].

8. Fernando de Trazegnies, el economista

La filosofía liberal de Fernando de Trazegnies se aproxima al campo de la economía: el abogado no debe de rendir culto a los legalismos y debe ser creador, consultar otras ramas de estudio y hacer de ellas utensilios que mejoren la aplicación práctica del derecho. El Análisis Económico del Derecho impulsado en el Perú por jóvenes estudiantes a inicios de 1990, tuvo a Fernando de Trazegnies como el propulsor más temprano de estas ideas a mediados de 1980. Conceptos como el del 'bolsillo profundo' y la 'difusión social del riesgo', recogidos de Guido Calabresi, profesor de la Universidad de Yale fueron incorporados en la teoría legal peruana. La batuta del movimiento después sería recogida por Alfredo Bullard, Alejandro Falla, Huáscar Escurra, Juan José Haro Seijas, Gerardo Solís entre otros.

---

[64] De Trazegnies (2007: 61).

[65] De Trazegnies (2007: 61).

[66] De Trazegnies (2007: 61).

El Análisis Económico del Derecho (AED) en el Perú fue cultivado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recibió el apoyo del jurista Marcial Rubio Correa quien dio luz verde a esta nueva alternativa de enfocar el derecho al mismo tiempo que otorgó libertad académica para celebrar un congreso internacional de América Latina y el Caribe en el 2004, en las instalaciones del auditorio de derecho de la PUCP, que tuvo entre sus expositores a Robert Cooter, referente obligatorio del *Law and Economics*. En su propuesta económica, Fernando de Trazegnies solicita al abogado realizar una reflexión pragmática del estudio del derecho que enfrente al modo circular y «tradicional» de visualizar un problema jurídico, sin saturarlo de latinajos e interpretaciones circulares, dogmáticas.

El AED es polémico, abre las puertas al debate y propicia un cambio de mentalidad: ya no debe existir más el abogado poeta que recita artículos, y estancar la ley con una pretendida *ratio legis*. Por el contrario, se exige un abogado más creativo: «En resumen —asevera Fernando de Trazegnies—, el análisis económico es sumamente interesante para comprender la verdadera forma como opera el derecho dentro de la sociedad. Este tipo de análisis ayuda a desmitificar ciertos procesos sociales, a denunciar ciertas mitologías jurídicas tradicionales, a colocar las cosas en su sitio dentro del sistema social»[67]. No debemos olvidar, por otro lado, que el uso excesivo de una sola perspectiva parcializa al derecho y le impide realizar una observación integral del caso en particular. De lo contrario se orillaría el contexto social del derecho, con predominio solamente de los criterios de eficiencia económica.

«De otro lado —enfatiza Fernando de Trazegnies—, también hemos comprobado que la racionalidad del mercado depende del grado de información con que se cuente; y que, por principio, nunca se tiene una información total. Y para complicar aún más las cosas, la información —ya sea mayor o menor— no es pareja en toda sociedad»[68]. Las distancias en acceso a la información en nuestro país resultan abismales. Fernando de Trazegnies señala respecto de la información y otros factores determinantes lo siguiente:

> En la toma de decisiones intervienen muchos otros factores que no son estrictamente costos ni beneficios materiales: el nivel de información, los valores en los que la sociedad y los individuos creen, las diferencias sociales, las capacidades o habilidades para operar, la posición dominante que se pueda tener dentro del mercado, los sentimientos y pasiones que ofuscan muchas veces la razón pura, todo ello forma parte del proceso de decisiones y no puede ser dejado de lado.

[67] De Trazegnies (2007: 256).

[68] De Trazegnies (2007: 256).

Lo abordado nos lleva a pensar que el AED, siendo muy importante, «no puede ser asumido de manera candorosa sin riesgo de un esquematismo contraproducente»[69]. Con estas herramientas se alienta una nueva perspectiva del estudio y aplicación del derecho, aún con las serias limitaciones que existen hasta la fecha en nuestro país. Fernando de Trazegnies en el prólogo de *Derecho y Economía* retrata al típico abogado beato de la ley:

> Lamentablemente, al abogado le cuesta mucho aceptar este tipo de análisis porque ha estado acostumbrado a una manera moralista de pensar y, lo que es más grave, se ha creído el sacerdote que cuida y aplica esa moral y el guerrero que la impone contra todo y contra todos. Cuando le dicen que la moral la define cada individuo y que el Derecho se limita a permitir precisamente que cada uno decida lo que es su propio bien y a que pueda lograrlo, los abogados se rasgan las vestiduras y claman blasfemias[70].

En suma, como lo recuerda su amigo Rogelio Pérez-Perdomo, de Trazegnies no es ajeno a las modas y para este caso como él bien diría: «Tratar de entender el Derecho moderno al margen del análisis económico es quedar al margen de la cuestión».

Bibliografía

Adrianzén, Alberto (editor)

1987 *Pensamiento político peruano.* Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (Desco).

Aguirre, Carlos y Walter, Charles (editores)

1990 *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú. Siglos XVIII-XX*. Lima: Instituto de Apoyo Agrario/ Instituto Pasado & Presente.

Avendaño Valdez, Jorge

1995 «Semblanza de un innovador». *La Banca*, edición especial, Lima, mayo, p. 19.

Basadre, Jorge

1937 *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Editorial Antena.

1956 *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima: Librería Internacional del Perú S.A.

1961 *Historia de la República del Perú*, quinta edición, tomo I. Lima: Ediciones Historia.

1984 *Perú: problema y posibilidad*. Lima: Consorcio Técnico de Editores.

[69] De Trazegnies (2000: 257).

[70] Bullard (2003: 19).

Benavides de la Quintana, Alberto
2009 «Semblanza». Véase trabajo en este libro.

Blanco, José María
s/f *Diario de la marcha que hace su Excelencia el Presidente Provisional de la República peruana Don Luis José de Orbegoso a los Departamentos del Sud*. Lima: Félix Denegri (editor), citado por Fernando de Trazegnies en *Imágenes Rotas.*

Bullard Gonzáles, Alfredo
2003 *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, p. 19.
2009 «El cazador del arca perdida». Véase trabajo en este libro.

Daryush, Shayegan
1990 *La mirada mutilada: esquizofrenia cultural, países tradicionales frente a la modernidad*. Barcelona: Editorial Península.

Dershowitz, Alan
2001 *Letters to a young lawyer*. New York: Basic Books, Perseus Book, pp. 3-15.

De Trazegnies Granda, Fernando
1980 «La transferencia de filosofías jurídicas: La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». *Derecho,* número 34. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 37-66.
1981 *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor*. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
1986 «El inverosímil escritor Jorge Luis Borges». *El Comercio*. Lima, domingo 28 de diciembre, sección cultural, p. 3.
1987 «La genealogía del Derecho peruano. Los juegos de trueques y préstamos». En Adrianzén, A. 1987: 99-133. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (Desco).
1992 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Primera reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
1994 *En el país de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la inmigración china del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
1994 *Historia del Derecho Peruano. Problema metodológico*. Clase inaugural dictada el 23 de marzo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 9.

2000 *Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2007 *Imágenes rotas*. Lima: Universidad Ricardo Palma / Editorial Universitaria.

De Trazegnies Granda, Leopoldo

2009 «De los libros y la fidelidad». Véase trabajo en este libro.

De Trazegnies Thorne, Carolina

2009 «Fernando de Trazegnies en cinco palabras y un ruiseñor». Véase trabajo en este libro.

Ferrero, Raúl

1958 *El liberalismo peruano. Contribución a una historia de las ideas*. Lima: Talleres de Artes Gráficas de Tipografía Peruana S.A. Rávago e hijos.

Flores Galindo, Alberto

1988 «Los consolidados (una mala palabra) y las multitudes». En *Revista Andina* Año 1, número 6. Cuzco, pp. 263-276.

Garavito, Hugo

1989 *El Perú liberal. Partidos e ideas políticas de la ilustración a la república aristocrática*. Lima: El Virrey.

Gonzáles Arica, Guillermo

1998 «Los 30 años de los Wisconsin boys». *El Comercio*, Lima, 2 de junio.

Gordon, Robert W.

1975 «Introduction: J. Williard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography». *Law & Society Review*, 10 de enero.

Guevara Gil, Jorge A.

1992 *Propiedad Agraria y Derecho Colonial. Los documentos de la Hacienda Santotis*. Cuzco 1532-1822. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ghibellini, Mario

2003 «La Visita Borrada». *Somos,* suplemento sabatino de *El Comercio,* año XVI, número 887. Lima, 6 de diciembre, pp. 64-68.

Manrique, Nelson

1987 *Mercado interno y región. La Sierra Central, 1820-1930*. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (Desco).

Mayer, Arno J.
1984 *La persistencia del Antiguo Régimen. Europa hasta la Gran Guerra*. Madrid: Alianza Editorial.

Miranda Costa, Juan
2009 «Fernando de Trazegnies: Jurista y Abogado». Véase trabajo en este libro.

Ortega, Víctor
1947 *Un episodio de la montonera de 1898*. Lima.

Pásara, Luis
1970 «El rol del Derecho en la época del guano». *Derecho*, número 28, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 11-32.

Pérez Perdomo, Rogelio
2009 «Sobre la huella de Fernando. La historia social de las ideas jurídicas en América Latina». Véase trabajo en este libro.

Pérez-Taiman, Jorge
2009 «Notas personales sobre el doctor Fernando de Trazegnies Granda». Véase trabajo en este libro.

Quiroz, Alfonso
1987 *La deuda defraudada. Consolidación de 1850 y dominio económico en el Perú*. Lima: Instituto Nacional de Cultura.

Ramos Núñez, Carlos
1992 *Toribio Pacheco, jurista del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
1994 «Derecho y modernidad en el Perú del Ochocientos. Comentarios a propósito de una reimpresión». *Crónicas de Historia del Derecho*, número 1. Instituto Peruano de Historia del Derecho, pp. 63-71.

Sahuaraura Inca, Justo
[1850] *Recuerdos de la Monarquía peruana o bosquejo de la Historia de los Incas, con 16 retratos de la Dinastía Imperial de Manco Cápac*. París: Librería de Rosa, Bouret y Cía., citado por Fernando de Trazegnies en *Imágenes rotas*.

Soldi, Ana María
1982 *La agricultura tradicional en hoyas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Taylor, Lewis
1987 *Bandits and politics in Peru. Landlord and Peasant Violence in Hualgayoc 1900-30*. Cambridge Latin American Miniatures. Cambridge University.

Tierno Galván, Enrique
1962 *Tradición y modernismo*. Madrid: Editorial Tecnos.

Urbano, Enrique (compilador)
1991 *Modernidad en los Andes*. Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas.

Valdivia Cano, Juan Carlos
2009 «Encuentro con un jurista intempestivo». Véase trabajo en este libro.

Vargas Llosa, Mario
1993 *El pez en el agua*. Barcelona: Seix Barral.

Vargas Vargas, Javier
1993 *Historia del Derecho Peruano. Parte General y Derecho Incaico*. Lima: Universidad de Lima.

Wu Brading, Celia
1991 *Generals and Diplomats. Great Britain and Peru 1820-1840*. Cambridge Latin American Miniatures. Cambridge University, citado por Fernando de Trazegnies en *Imágenes rotas*.

SEMBLANZA DE FERNANDO DE TRAZEGNIES*

*Jorge Avendaño V.***

Es difícil ubicar con precisión a Fernando de Trazegnies en un determinado campo de la actividad humana. Es un excelente abogado, sin duda, pero no es solo eso; es también un extraordinario profesor de derecho; y algo más, es un jurista que ha investigado durante varias décadas, ha pronunciado conferencias, ha producido varios libros e innumerables artículos; ha asistido a congresos y ha conducido por más de diez años una prestigiosa Facultad de Derecho. Es también un filósofo del derecho; ha escrito sobre cine e historia; la violencia y la pacificación; sobre los chinos y la modernidad; sobre política y racismo; sobre desarrollo y ecología. Adicionalmente y por encima de todo ello, de Trazegnies es un innovador, un provocador intelectual, un disconforme, un hombre que siempre —desde los días de estudiante universitario— ha planteado tesis controversiales en procura de soluciones novedosas. De él puede decirse, con absoluto rigor, que es una persona intelectualmente inquieta.

Fernando de Trazegnies estudió derecho en la Universidad Católica. Allí se graduó de abogado en 1961. Luego, entre 1964 y 1965, hizo estudios de doctorado en la Universidad de París. Su grado académico de doctor en Derecho lo obtuvo de la Universidad Católica en 1978.

De Trazegnies comenzó a enseñar derecho en 1964 y lo ha hecho ininterrumpidamente hasta hoy. Sus materias preferidas han sido la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho Peruano; sin embargo, también ha dictado Introducción

---

* Palabras introductorias a la conferencia de Fernando de Trazegnies en el Congreso de la República en 1997, dentro del Ciclo titulado «El Perú en los albores del S. XXI». Publicada en Mayer, Rostworowski, Macera, de Trazegnies, Lanssiers, Cisneros, Westphalen, Cabieses, Cazorla, Heraud: *El Perú en los albores del S. XXI*. Ediciones del Congreso de la República. Lima, 1997.

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica. Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados.

al Derecho, Metodología de la Investigación, Informática Jurídica, Romanística e Historia del Pensamiento Jurídico, entre otras materias.

En el plano de la producción bibliográfica, en 1973 publicó unos materiales de enseñanza que llevan el título de *Introducción a la filosofía del derecho y a la teoría general del derecho.* El carácter de estos textos quedó evidenciado, desde la primera página, cuando citó a Shakespeare en su célebre frase: «Primero matemos a todos los abogados».

En 1980 publica *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, con lo cual confirma su preferencia por la teoría del derecho y la historia. Sin embargo, en 1988 se traslada con idéntica solvencia al campo del derecho civil y nos entrega dos valiosos volúmenes sobre la responsabilidad extracontractual, obra a cargo del Fondo Editorial de la Universidad Católica y que ahora está editando Temis de Bogotá. En 1993 publica el libro *Posmodernidad y derecho*, también por la editorial referida.

En 1981 de Trazegnies incursiona abiertamente en el tema histórico, si bien lo jurídico no deja de tener presencia. Publica así *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* y, luego, en 1994, *En el país de las colinas de arena*, una importante reflexión jurídica sobre la inmigración china en el siglo XIX. En 1992, de Trazegnies se aparta de lo anterior e ingresa al campo de la ficción con su obra *Imágenes rotas*.

La vocación universitaria de Fernando de Trazegnies no se ha limitado a la docencia, en la cual por lo demás ha sido y es particularmente generoso. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica entre 1976 y 1987 y miembro del Consejo Universitario de 1979 a 1987.

En agosto de 1971 Fernando de Trazegnies viajó a la Universidad de Harvard, especialmente invitado para participar como profesor visitante —junto con un profesor venezolano, uno de Chile y dos del Japón— en un seminario sobre derecho y desarrollo que formaba parte del ciclo doctoral. Más de un año permaneció de Trazegnies en esa Escuela de Derecho comprometido en el seminario y, además, inmerso en una de las bibliotecas de derecho más ricas del mundo. En ese ambiente privilegiado concibió y comenzó a investigar aquello que años más tarde sería su libro *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, antes referido.

De Trazegnies ha merecido varios premios y condecoraciones. Ninguno es más pertinente, en mi concepto, que el Premio Nacional COSAPI a la Innovación, que le fue conferido el año 1994. La innovación implica el reconocimiento, como ha dicho el propio de Trazegnies, de que el mundo no es estático sino que se renueva a cada instante, aportando nuevos problemas y nuevas soluciones y que el hombre debe colaborar lúcida y responsablemente en esa incesante tarea innovadora.

En materia jurídica las mentes tradicionales reclaman un derecho absolutamente ordenado, sin fisuras, aplicable a través de una lógica férrea, sin dejar lugar a la imaginación; pero como dice el mismo de Trazegnies, el derecho es vida humana en acción, es libertad organizada; por consiguiente, en tanto que libertad, el derecho es cuestionamiento permanente, es innovación constante. Las leyes no son proposiciones formales simples donde todo está previsto y es absolutamente claro; son, más bien, complejos resultados de enfrentamientos sociales; y, estos resultados no permanecen inalterables sino que son expuestos y reformulados a raíz de nuevos enfrentamientos. Por consiguiente, las leyes están siempre expuestas a la corrosión, a la distorsión y a la transformación de su sentido primigenio.

Dejo con ustedes a este innovador incesante.

PALABRAS AL DOCTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

*Alberto Benavides de la Quintana**

Me uno al homenaje que se le brinda al doctor Fernando de Trazegnies y quisiera hablar sobre algo más que sus cualidades personales y su capacidad de eminente jurista y abogado, pero mi profesión de minero y geólogo limitan considerablemente mi capacidad para pronunciarme sobre el tema.

Permítanme, sin embargo, hacer un recuerdo personal de mi padre, el doctor Alberto Benavides Diez Canseco, vocal de la Corte Suprema que hizo su carrera en el Poder Judicial, comenzando de juez y fiscal de la Corte Superior para luego ascender a vocal supremo. Murió pobre con toda dignidad, pero pude apreciar su sentido de justicia en todos los actos de su vida. Puedo decir por eso que viví mi niñez y juventud escuchando opiniones de orden jurídico-legal no solo de mi padre sino de sus numerosos amigos, entre ellos el doctor Jorge Velaochaga, el doctor Manuel Augusto Olaechea y su sobrino el doctor Augusto González Olaechea. Manuel Pablo Olaechea, mi contemporáneo, también frecuentaba mi casa. Otro continuo visitante fue Miguel Grau Wiese, que luego se casó con mi prima hermana Malvina Malachowski Benavides de Grau. Asimismo, tuve oportunidad de conocer y escuchar alegatos jurídicos-legales al doctor Domingo García Rada.

Pasé, pues, buena parte de mi niñez y juventud rodeado de ilustres juristas que bien pudieron haber despertado en mi interés por la abogacía. El destino quiso otra cosa y terminé dedicado plenamente a la geología minera, pero no por eso he olvidado muchas de las sabias enseñanzas que escuché en esa época.

Posteriormente, recurrí al doctor Fernando Schwalb en busca de consejo y asesoría legal pues se me había presentado la oportunidad de tomar en arriendo la mina de Julcani en Huancavelica.

---

* Ingeniero. Patriarca de la Minería. Presidente del Directorio de Minas Buenaventura S.A.A. Académico honorario de la Academia Peruana de la Lengua.

Dentro de su reconocida sensatez y prudencia y más allá de la asesoría legal que me brindaba, encontré en Fernando un entusiasta creyente en las posibilidades mineras del país y muy en particular de lo que la minería podría hacer por el desarrollo del país. Guardo un gran recuerdo de Fernando por su sensatez, austeridad y modestia. Desempeñó importantísimos cargos públicos —como Canciller de la República—, pero jamás hizo alarde de su alta envestidura.

El doctor José Miguel Morales, mi hijo político, ha sido un leal y eficiente colaborador de quien he aprendido que siempre hay que buscar puntos de concordancia y evitar en lo posible la confrontación. Su ayuda ha sido valiosísima para el desarrollo de la Cía. de Minas Buenaventura S.A.A., cuyo Directorio presido.

Menciono estas relaciones personales y profesionales sin ánimo alguno de hacer comparaciones sino por el contrario con el deseo de que estas líneas reflejen que, a pesar de mi profesión de geólogo minero, he mantenido permanente contacto con personas dedicadas a la abogacía, lo cual me permite escribir unas líneas sobre el abogado Fernando de Trazegnies.

Soy testigo de su dedicación al trabajo y de la brillantez de sus presentaciones. Es didáctico y deslumbrante en sus exposiciones. Analiza los problemas con una imparcialidad increíblemente clara, lo que lo convierte no solo en abogado sino en un consejero personal.

En el campo de la Diplomacia, desempeñó el cargo de Ministro de Relaciones, logrando durante su gestión la demarcación territorial del límite entre el Perú y Ecuador que el Perú había tratado infructuosamente de lograr en más de medio siglo.

En lo personal, el doctor Fernando de Trazegnies me ha brindado su amistad, que me ha permitido apreciar sus cualidades personales de caballero a carta cabal.

He leído algunas de sus obras. Mucho me impresionó su riguroso estudio sobre la llegada de chinos al Perú que, dicho sea de paso, no vinieron como esclavos. Fueron en realidad contratados en condición de asalariados. Que posteriormente fueran mal tratados en las haciendas es otro capítulo pero queda claro del estudio de Fernando que vinieron en condición de contratados y todos ellos asalariados.

Me dio mucho gusto leer la historia de Kin-Fo, cocinero de don Ramón Aspíllaga, quien posteriormente abrió su propio restaurante y al final terminó siendo un importante empresario.

Atracción apasionada es una novela importante, multifacética, que sorprende por unir tantas referencias culturales, apuntes históricos, cuadros de costumbres, reflexiones políticas y sueños utópicos con la presencia intempestiva de la pasión humana y el develamiento de la condición del hombre. La novela es un homenaje

a Charles Fourier, a quien está dedicada: «amigo de los gatos, frío apasionado de la pasión, socialista misántropo e historiador onírico […]». Pero los honores que le rinde a Fourier son desilusionados. Tal vez, desconsolados.

De Trazegnies concibe a un alter-ego de Charles Fourier que hubiera llegado a Arequipa en los primeros años de la República. Lo bautiza Jean-Baptiste Levasseur, lo sienta por las mañanas en una banca de la plaza de Armas de Arequipa, lo hace anochecer en casas divertidas, y lo tiene predicando en todo momento, de viva voz o por escrito, las nuevas ideas que deberían llevar a la refundación de la sociedad. Recomiendo su lectura.

Recientemente he leído la traducción que hizo de la novela de Gillion de Trazegnies. Es una novela dinástica de la familia de Trazegnies de mediados del siglo XV. La trama es amena a la vez de fascinante.

Se trata de un joven Gillion de Trazegnies que se casa en el condado de Hainaut con el amor de su vida, Marie, hija del Conde de Ostrevant con la esperanza de tener un sucesor de la tradición y bienes familiares. Pero este sucesor no tiene cuando llegar. Hay una escena muy tierna en que Marie ve un pescado seguido de sus crías en el canal que rodea el castillo, y se echa a llorar pensando que no le ha dado a su esposo el sucesor que esperaba. Gillion nota esta preocupación de su mujer y entonces ofrece al Ser Supremo viajar a Jerusalén a visitar y besar el Santo Sepulcro para brindar su agradecimiento si es que esta gracia le fuera concedida.

No pasó mucho tiempo cuando su amada le confiesa que está esperando descendencia. Se siente entonces Gillion de Trazegnies obligado a cumplir su promesa. Ante las protestas de su esposa y otros parientes, parte para Roma y toma un barco que lo llevará a Jerusalén a cumplir su promesa.

De regreso en Chipre se encuentra con un barco del sultán de Babilonia que se lanza contra el barco de cristianos en que viajaba Gillion de Trazegnies quien lucha con tal braveza y valentía que, al ser derrotados, el sultán decide perdonarle temporalmente la vida, mientras que el resto de la tripulación es pasada por las armas.

Llegado el momento de su ejecución, la hija del sultán, la bella Graciana —que se había enamorado de Gillion— ruega al Sultán que le perdone la vida argumentando que este hombre podría servirle en el futuro. El sultán accede pero lo guarda en un oscuro calabozo al cuidado de Hertan quien confiesa a Gillion que él también es cristiano y hace que la vida de Gillion en el oscuro calabozo sea más llevadera.

El sultán es posteriormente atacado por tropas de otros reinos vecinos, todos ellos sarracenos, y Hertan sugiere al sultán que Gillion puede serle útil. Gillion demuestra gran valor y destreza en el uso de la lanza y la espada en la lucha al

punto que el sultán decide sacarlo del calabozo a condición de que no abandone el país. Continuaron los ataques de otros reinos vecinos, todos ellos sarracenos, y Gillion vuelve a demostrar gran valor y decisión en la lucha ganándose la confianza del sultán.

Surge entonces la figura del desleal Amaury enviado especial de Hainaut para saber de la vida de Gillion, pero que está enamorado de Marie. Le informa que tanto ella como su descendencia habían fallecido durante el parto. La verdad era que la dama Marie había dado a luz con toda felicidad a un par de mellizos. Amaury muere después en forma cobarde en manos de un sarraceno, pues está huyendo de la contienda.

Gillion estuvo muy entristecido por largo tiempo al enterarse del supuesto fallecimiento de la dama Marie y, finalmente, con la aceptación del sultán se casa con la bella Graciana.

Al no regresar ni Gillion ni Amaury, los dos hijos de Gillion viajan al Medio Oriente en busca de su padre. Luego de mil aventuras se reencuentran.

Muchos años más tarde Gillion de Trazegnies logra regresar a Hainaut junto con la bella Graciana y sus dos hijos, descubriendo que ha sido víctima de un engaño y que su amada esposa aún vivía y lo esperaba.

El desenlace es que las dos damas se entregan al servicio de Dios en la abadía de la Oliva. Por su parte Gillion distribuye sus tierras entre sus dos hijos y se va a servir a Nuestro Señor a la abadía de Cambrón.

En el cementerio de la abadía de la Oliva están enterrados Gillion de Trazegnies y a cada lado de su tumba las dos damas que habían sido sus esposas.

Sean estas líneas mi modesto homenaje al polifacético doctor Fernando de Trazegnies, excelente abogado, ameno novelista y mejor amigo.

La familia en 1944: Ferdinand de Trazegnies con su esposa Rosa Granda Vásquez de Velasco y sus hijos Fernando, Carlos y Leopoldo.

Fernando de Trazegnies a los diez meses de edad.

Fernando de Trazegnies, a los dos años, con su oso de peluche.

Fernando de Trazegnies el día de su primera comunión, el 21 de junio de 1944.

Fernando de Trazegnies en 1951 a los 16 años.

Fernando de Trazegnies a los 18 años.

Los antiguos aspirantes a seguir la carrera diplomática caminando por el Jirón de la Unión hacia el Ministerio de Relaciones Exteriores. De izquierda a derecha: Roberto Vélez Arce, Gastón Fernández, Fernando de Trazegnies, Alberto Montaigne y Alfonso Rivero.

Comida universitaria de cuarto año de Derecho. Fernando de Trazegnies, Enrique Lastres, Pancho Giraldo, Alejandro Díaz Marín (al fondo), Ezzio Parodi, Jesús Valentín, Paco Moreyra y Enrique Normand (1958).

Fernando de Trazegnies recibiendo el diploma de Abogado de manos del Decano del Colegio de Abogados de Lima. Andrés Duany Dulanto. Mayo de 1961.

Fernando de Trazegnies en su departamento de París cuando fue a hacer su doctorado (1964 - 1965).

Fernando de Trazegnies en París frente a su departamento en Rue du Dragon.

Fernando de Trazegnies en el escritorio de Rousseau, 1965.

Fernando de Trazegnies en su estudio de San Antonio, detrás de la bola de cristal con la que explicaba a los clientes que no se puede predecir el resultado de un juicio.

Fernando de Trazegnies formó parte de la comisión que investigó las muertes de Uchuraccay. Aquí aparece con algunos campesinos de la zona.

Fernando de Trazegnies en la Feria del Señor de los Milagros en la Plaza de Acho, en la barrera de sol que conserva desde hace más de cuarenta años. Noviembre de 1998.

Vito Rodriguez Banda, Fernando de Trazegnies y Jorge Morelli disfrazados de mandarines en Singapur. Noviembre de 1998.

Este lugar sagrado es el que Fernando de Trazegnies llama su «convento». Aquí se recluye para conversar con quienes más saben… los que escribieron tantos libros.

Fernando de Trazegnies detrás de un conjunto de libros antiguos de su biblioteca, en 2007.

Fernando de Trazegnies, Ana Teresa Thorne, su primera esposa, y sus hijas Nathalie (historiadora), Julie (escritora) y Caroline (abogada).

Sus cinco hijos: Nathalie de Trazegnies Thorne, Carolina de Trazegnies Thorne, Gilles de Trazenies Álvarez-Calderón, Julie de Trazegnies Thorne, Fernando de Trazegnies Álvarez-Calderón.

Con su esposa Ana Teresa Thorne y sus hijas Nathalie y Caroline, delante del cuadro que se colocó en la Facultad de Derecho en conmemoración del decanato de Fernando de Trazegnies.

Milagros Álvarez-Calderón y Fernando de Trazegnies con sus hijos Fernando y Gilles, 2005.

EL CAZADOR DEL ARCA PERDIDA

*Alfredo Bullard González**

Indiana Jones

Steven D. Levitt es quizás el economista más controvertido del mundo actual. Su mérito ha sido entender que la economía no tiene los límites que usualmente se le atribuyen y que, pensando al revés, se pueden ver aquellas cosas que son invisibles cuando se piensan al derecho. Levitt no tiene miedo a decir algo políticamente incorrecto. No teme formular con desenfado sus conclusiones, por más descabelladas que puedan sonar para el no iniciado en la «nueva ciencia» que ha redescubierto. Sus armas son la observación, el realismo, el humor, la simpleza, una inteligencia particular, sumada a una capacidad infinita para el pensamiento paralelo y creativo, una fácil forma de explicar lo que parece difícil, y sobre todo, un espíritu aventurero a toda prueba.

Este afán de aventura lo hace desafiar los peligros del pensamiento convencional, de la tradición, de lo formalmente aceptado. No teme a la burla o al escarnio público. Los enfrenta con una sonrisa burlona y sin duda, cuando escribe sus trabajos, lo hace con toda la intención de generar escándalo. Se siente con recursos para evadir y enfrentar cualquier golpe o emboscada, y su capacidad de improvisar le permite escapar de cualquier trampa intelectual con aire más que victorioso, dejando a su rival no solo derrotado, sino incluso en desairado ridículo. Al leerlo no se puede dejar de admirar su valor para decir lo que piensa de la manera como le provoca decirlo. No importa que suene a locura o irreverencia. Finalmente todo gran descubrimiento fue siempre acusado en sus inicios de locura o irreverencia. Valor, coraje, capacidad de improvisación, inteligencia,

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho por la Universidad de Yale, Estados Unidos. Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla & Escurra Abogados.

habilidad, decisión, constancia, perspicacia, desenfado, gracia, meticulosidad y originalidad son parte de los recursos que este aventurero lleva siempre en su mochila intelectual.

¿Qué aventuras lo han hecho tan famoso? Levitt ha armado, usando economía inteligente, argumentos que explican cosas de lo más diversas e inimaginables. Ha explicado que la reducción del crimen en la década de 1980 en los Estados Unidos no puede entenderse como causada por mejoras en técnicas policíacas o reducción del desempleo, sino en la legalización del aborto entre dieciséis o veinte años antes, lo que explicaría el no nacimiento de potenciales delincuentes. Analiza cómo los padres escogen los nombres de sus hijos y qué relación tienen o no con el éxito en la vida. Descubre que tener libros en casa es más importante que leérselos a los niños o llevarlos a un museo, para generar hijos exitosos. Nos dice cómo los corredores de inmuebles redactan los avisos de venta de casas de manera distinta si el inmueble es de su propiedad o si es de un tercero que les ha encargado la venta, porque los incentivos cambian en una situación y en la otra. Su reflexión sobre cómo la asimetría de información es concientemente generada por todos —los que nos portamos en distintos grados como mentirosos— explica una serie de decisiones equivocadas y ayuda a entender cómo Superman le dio serios golpes a la credibilidad del Ku Klux Klan a mediados del siglo XX. Descubre por qué los narcotraficantes en Estados Unidos siguen viviendo con sus madres. Sugiere por qué el voto por Internet, dirigido a facilitar el voto de los suizos, terminó reduciendo el número de votantes. Explica lo absurdo de distintas opciones para controlar los excrementos de mascotas en las calles de Nueva York. Descubre que la explicación económica de extraños resultados en los campeonatos de sumo en el Japón está en la corrupción oculta y la «cartelización» entre los luchadores. Demuestra que tener una piscina en casa es cien veces más peligroso para los niños que tener una pistola. Desenmascara a los profesores que hacían trampa para que sus alumnos salieran mejor evaluados y así ellos mejoraran su prestigio. Su lista de aventuras intelectuales es mucho más larga y está siempre caracterizada por conclusiones inesperadas[1].

Lo que hace Levitt es tomar cualquier problema y mirarlo de cabeza. Curiosamente suele encontrar que la explicación más simple imaginable suele ser la correcta. Para ello debe desembarcar de su mente el pánico que solemos tener a desafiar lo establecido. Se ha dicho que leer el trabajo de Levitt es como ver a varios científicos tratando de descubrir porqué no funciona una compleja máquina,

[1] Las más importantes pueden encontrarse en Levitt y Dubner (2006) o en la página web <www.freakonomics.com>.

haciendo cálculos y exámenes sofisticados; de pronto viene Levitt y en una sola frase resuelve el problema advirtiendo que alguien se olvido de enchufarla.

Las habilidades y el perfil de Levitt le han valido que el *Wall Street Journal* lo haya calificado como el Indiana Jones de la Economía.

La identificación de Levitt con Indiana Jones no puede ser más acertada. Para los no aficionados al cine de aventura, Indiana Jones es el personaje central de una célebre trilogía cinematográfica iniciada por Steven Spielberg y George Lucas en la década de 1980. Indiana Jones (cuyo verdadero nombre es Henry Jones Jr.) es un arqueólogo muy reconocido que tiene una perspectiva particular del trabajo de campo. Lejos de limitarse a dictar clases en la universidad y realizar excavaciones en sitios arqueológicos con una escobilla y una espátula en mano, se pasea por el mundo buscando los objetos históricos más extraordinarios que nadie ha podido jamás encontrar. Los objetos que busca suelen tener características especiales que no solo le dan valor histórico, sino que son ambicionados por villanos y delincuentes —que incluyen hasta el mismísimo Hitler— debido a los extraordinarios poderes que poseen. Un arqueólogo tradicional jamás podría encontrarlos y rescatarlos, pues la ciencia arqueológica convencional carece de las herramientas para lograrlo.

Como el descubrimiento de las grandes verdades exige un espíritu indomable de aventura, Indiana Jones reemplaza su escobilla y su espátula por un látigo, una pistola, una casaca de cuero y un viejo sombrero; no tiene temor de enfrentar los peligros más diversos para encontrar la verdad. Siempre se las ingenia para ser más audaz que sus rivales y para evadir y escapar de todas las trampas y emboscadas que le ponen por delante.

Sus aventuras se centran en descubrir y rescatar objetos tan buscados y virtualmente esotéricos como el Arca de la Alianza, que contiene la tabla de los Diez Mandamientos; o el mismísimo Santo Grial, la copa que contuvo la sangre de Cristo en la Última Cena, y que concede a quien bebe de ella la inmortalidad.

No importan las peripecias que tenga que realizar o los riesgos que tenga que enfrentar. Al final de la aventura obtiene lo que quiere, derrota a los villanos y nunca pierde el sombrero, que permanece siempre sobre su cabeza como si nada hubiera pasado. No solo triunfa, sino que triunfa con elegancia y con una sonrisa burlona dibujada en el rostro.

La primera vez que me topé con los trabajos de Levitt sentí de inmediato, al lado de esa sensación de aventura cinematográfica, que ya había leído cosas similares antes. Pero me quedó claro que no había leído a Levitt anteriormente. No me costó mucho descubrir que su estilo y forma de enfrentar las cosas se parecía mucho a la de Fernando de Trazegnies. Los temas eran distintos, el método era diferente, pero la actitud aventurera frente al reto intelectual es la misma.

Todo lo que dije sobre Levitt podría aplicarse a Fernando. Comparten el gusto por meterse en el tema que nadie se ha metido, por buscar donde nadie ha hurgado antes y, si alguien lo hizo, buscan la forma de que su aproximación sea totalmente diferente. Reconocen que su campo de conocimiento —en Levitt la Economía y en de Trazegnies el Derecho— es mucho más poderoso que los límites que el pensamiento dogmático y tradicional han tratado de ponerle. Ambos hablan y escriben con desenfado, sin temor a la respuesta. Más bien diría imaginando de antemano, sarcásticamente, cómo será esta, teniendo ya en mente cómo replicarán la crítica que adivinan a la perfección de dónde vendrá y qué palabras y argumentos usarán. No escogen el camino usual. No le temen a la trampa que anticipan les pondrán, y tienen la confianza de superar lo que no pudieron anticipar gracias a su espontaneidad y creatividad.

Usan el sentido del humor como arma, y la metáfora o el ejemplo inesperado y poco convencional como un látigo fulminante que descoloca a su rival y lo deja sin recursos. Y nunca pierden el sombrero, el que mantienen elegantemente sobre la cabeza, como símbolo de que ser poco convencional no significa perder los papeles.

No puedo dejar de confesar que cuando leí la calificación de Levitt como el Indiana Jones de la Economía, me pareció que tal calificación también le venía a pelo a Fernando de Trazegnies en el derecho peruano.

Nadie como él ha asumido el derecho de una manera tan aventurera. Nadie ha explorado territorios tan inhóspitos e inexplorados con tanto éxito, para encontrar lo que buscaba y rescatar tesoros de valor insospechado. No es de extrañar que su faceta de historiador del derecho sea quizás una de las más destacadas y sorprendentes. En eso Fernando es un arqueólogo poco convencional. Y al descubrir algo lo revive y convierte en algo nuevo. Fernando no solo descubre lo que busca, sino que nos muestra sus poderes y descifra esas claves que desatan todo el potencial de lo que acaba de descubrir.

Basta recordar algunas de sus aventuras para ver que su variedad y profundidad no tienen nada que envidiar a las de Levitt. Su descubrimiento del expediente perdido en los archivos de Cajamarca del caso del español que inició un juicio para obtener la compra de su esposa esclava, usando la estrategia legal más inimaginable, no solo nos trajo un caso de nuestro pasado, nos trajo a *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*[2], una historia de belleza histórica, jurídica y humana extraordinarias convertida, gracias al espíritu aventurero de Fernando, en una explicación asombrosamente reveladora de cómo pensaban, pensamos y quizá sigamos pensando los abogados al diseñar nuestras estrategias. Ciriaco Urtecho,

[2] De Trazegnies (1981).

inicialmente condenado por la inercia, la dejadez y el polvo de los archivos a un anonimato lamentable para todos, incluida su propia memoria, fue rescatado para trocar el anonimato en significado trascendente y, por qué no, en emoción de lector sorprendido y admirado por la riqueza de su historia.

La increíble historia de Kin-Fo el inmigrante chino, que es a la vez ficción y realidad, es otro ejemplo maravilloso de la capacidad de convertir el conocimiento en aventura, recogida en *El país de las colinas de arena*[3]. Fernando convirtió a Kin-Fo en el depositario de miles de vidas chinas que dejaron su remoto país para venir al Perú. Ellas experimentaron esperanza, frustración, tortura, maltratos, humillaciones, esclavitudes, alegrías y lamentos, mostrando nuevamente la capacidad del autor para convertir sus hallazgos en algo totalmente nuevo y distinto. Fernando convirtió su investigación sobre la inmigración china en una obra de dos tomos. El primero es una novela con una calidad narrativa y literaria envidiable. El segundo tomo es un análisis histórico-jurídico que linda con lo filosófico, lo antropológico y lo sociológico. El personaje principal se convirtió así no solo en un personaje de la literatura. Es un personaje con un contenido intelectual y académicamente rico, que recoge en sus pensamientos y en sus palabras toda una clave de explicaciones conceptuales importantes, que son reveladas al lector sin que este siquiera se dé cuenta de todo lo que está aprendiendo.

Kin-Fo es de ficción, porque tal como se lo describe —en una sola vida no hubo tantas vivencias— no existió. Pero también es un personaje histórico: cada parte de su vida fue tomada de experiencias reales, de datos documentados, de vidas que padecieron y disfrutaron lo que él vivió. En Kin-Fo está depositada toda la historia de la inmigración china en el Perú, con una sutileza y capacidad narrativa que convierten la historia en algo más que literatura. Y es además un personaje jurídico. No sé si Kin-Fo toma como excusa el derecho o el derecho toma como excusa a Kin-Fo para explicarse. Pero lo cierto es que todos los Kin-Fo —el literario, el histórico y el jurídico— son inseparables, son uno solo y muchos a la vez.

Pero la arqueología trazegniana no se limita a sus trabajos históricos. Sus aventuras se han internado en cavernas más agrestes, más transitadas, aunque muchas veces con un tráfico irrelevante o sin significado. Son cavernas llenas de ídolos con rostros amenazantes y trampas inesperadas como las que aparecen en las películas de Indiana Jones, ocultando tesoros bajo las apariencias más comunes imaginables. Y lo difícil es que han permanecido allí, esperando ser desafiadas

[3] De Trazegnies (1994). El nombre de Kin-Fo es tomado por de Trazegnies de otro autor igualmente aventurero, desenfadado e innovador como Julio Verne. Kin-Fo es el protagonista de la novela *Las tribulaciones de un chino en China,* de ese autor.

por siglos, listas a resistirse a ser profanadas y modificadas. El pensamiento tradicional se parece a esos templos polvorientos, cubiertos de vegetación y telarañas desordenadas, generados por la complicidad de la inercia atrapada en el tiempo, con el poco tránsito de cosas nuevas. Ocultan lo inmóvil. Lo que pretenden, en desafío abierto a la realidad, es convertirse en perpetuas. Amenazan con dardos envenenados, rocas que persiguen a los invasores, o paredes y techos que se cierran sobre los visitantes una vez que estos quedan sellados en su interior. En síntesis, persiguen y amenazan a todo el que pretenda cambiar el statu quo.

Como historiador del derecho, Fernando se enfrentó a retos menos complicados. Si bien la historia influye en nuestra concepción de presente y nuestra visión de futuro, siempre resulta menos invasiva y retadora del orden establecido que las ideas que directamente pretenden cambiar lo que ya existe. Nada más inercialmente amenazador que el derecho tradicional que se siente presente, que se asume como futuro y se niega a reconocerse a sí mismo como pasado.

Afortunadamente para el Perú, pero lamentablemente para el autor de este trabajo, las aventuras de este tipo de Fernando de Trazegnies son incontables y, a diferencia de Indiana Jones, no darían para una trilogía sino para toda una serial de esas que mi padre veía en los cines de barrio todas las matinés y que parecían no acabar nunca, como *Flash Gordon* o *Las aventuras de Paulina*.

Fernando suele meterse donde no lo han invitado, tocando esos temas que nadie ve o que nadie ve de la manera como él los ve. Es, a fin de cuentas, un profanador de templos antiguos y vetustos, candados a la vez desafiantes al intruso. Y que ocultan, tras telarañas, polvos y trampas, riquezas inimaginables. Su recorrido aventurero incluye temas tan diversos como la propia idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX, el pluralismo jurídico, la modernidad, la enseñanza del derecho, el análisis económico del derecho, la responsabilidad civil, los contratos, la propiedad, el derecho ambiental, la informática jurídica, la esclavitud, la relación entre el derecho y la violencia, el derecho internacional, el arbitraje, el derecho de familia, el derecho societario, la filosofía del derecho, la pena de muerte y muchos más, sin contar toda su producción literaria, no necesariamente vinculada al derecho.

Los límites de espacio me obligan a centrarme en tres episodios, que serán tratados con inmerecida superficialidad. Pero el espacio no da para más. Más que una trilogía de películas nos limitaremos a hacer una breve sinopsis que invite al espectador a ver la película, y si ya la vio, a volverla a espectar visitando lo conocido para descubrir lo que pasó inadvertido la primera vez. Construiremos, como en el caso de Indiana Jones, una modesta trilogía de sinopsis.

Los tres episodios sobre Fernando de Trazegnies son su visión de la propiedad, su teoría de la interpretación y su propuesta de modificación del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

La elección de estos tres episodios puede considerarse arbitraria o no según la perspectiva que se tome. La verdad es que se trata de partes del trabajo de Fernando que, por su influencia en mi forma de pensar o por el grato recuerdo que me traen de la primera vez que leí sus trabajos —sensación similar a recordar una buena película de aventuras, solo que con un contenido intelectual más rico y gratificante—, creo que merecen quedar recogidas en este comentario. Es una elección arbitraria en el sentido que no puedo dar ninguna razón objetiva que justifique su elección. Es arbitraria en el sentido que me viene a la mente, por razones subjetivas que no puedo explicar claramente, apenas pienso en el trabajo académico de Fernando.

Los cazadores del arca perdida: redescubriendo la propiedad

La primera película de la trilogía de Indiana Jones fue *Los cazadores del arca perdida*. La trama gira en torno a la búsqueda del Arca de la Alianza, es decir, del arca en la que los israelitas guardaron las tablas que contenían los Diez Mandamientos que Dios había entregado a Moisés.

El arca, que había sido objeto de culto durante siglos por parte del pueblo de Israel, se había perdido en tiempos bíblicos. Según la leyenda relatada en la película, al abrirla —en una curiosa fusión con la caja de Pandora— se desataría un poder incontrolable que destruiría lo que se le pusiera en su camino. Ello despierta el interés de los nazis en plena guerra mundial para encontrar el arca, pues la veían como un arma muy poderosa. En paralelo, Indiana Jones intenta encontrarla para fines más loables, dignos de su condición de arqueólogo, ponerla en un museo, y de paso evitar que se destruya el mundo.

La propiedad ha sido siempre entendida como una suerte de Arca de la Alianza. A su existencia algunos han atribuido la organización social moderna, convirtiéndola en la base sobre la que se sustenta toda la economía. Para otros, en cambio, la propiedad es una suerte de maldición generadora de conflictos sociales imposibles de resolver, y que conduce inevitablemente a expropiaciones, reformas agrarias o limitaciones en atención al interés social. Es así que para un grupo, la propiedad es el contenido de la alianza entre el derecho y la vida social. Para otros el abrir el arca nos conduce a la destrucción de las bases de toda convivencia colectiva razonable, por el fomento al individualismo y del supuesto egoísmo que son asumidos como implícitos.

A pesar de este debate producido con acidez y fuerza en campos como la economía o la sociología, el derecho ha mantenido un tímido cariz dogmático, en el que la propiedad era una de esas cosas con «naturaleza jurídica» sin forma definida más allá de la declaración formal que la ley hacía de su existencia. La propiedad era un arca que debíamos abrir para descubrir qué se encontraba realmente dentro de ella. Finalmente descubrir qué era, sin tocarla, era como hacer una autopsia usando solo un libro de anatomía y sin habernos acercado nunca al cuerpo a ser examinado. Pura teoría.

La década de 1970 fue especialmente dura y poco propicia para la propiedad. El gobierno militar había cuestionado sus bases mismas y la había avasallado, aplastado y olvidado. Acogiendo la perspectiva que la propiedad era la fuente de todos los males del país, el propio concepto fue relativizado con leyes de reforma agraria, comunidades industriales, uso acorde al interés social y normas sobre propiedad social. La propiedad liberal, la del Código Napoleónico, quedó perdida y el Arca de la Alianza virtualmente desapareció durante toda una década. Fue vista como una construcción meramente formal, sin contenido sustantivo, y trató de ser sustituida por conceptos aparentemente más realistas, sacados de las ideas socialistas imperantes.

A finales de esa década —y del gobierno militar—, en 1978, aparece un artículo de Fernando de Trazegnies titulado «La transformación del derecho de propiedad»[4].

Me topé con el artículo diez años después de su publicación, a finales de 1980. Estaba preparando mi tesis para obtener el título de abogado, que luego publiqué como libro[5]. El trabajo trata de encontrar la base de la distinción entre los derechos reales y las obligaciones, distinción que había buscado infructuosamente en posiciones dogmáticas y conceptuales que poco o nada habían ayudado a la comprensión real del problema. La búsqueda de la distinción parecía un ejercicio de mera lógica, abstracto y poco vinculado a la realidad social en la que estos derechos se movían. Las discusiones entre quienes defendían una u otra posición se parecían a la situación de dos calvos peleando por un peine. Mucha discusión para «peinar» una peluca —la realidad— totalmente ausente.

La lectura del trabajo de Fernando salía de ese debate abstracto e inconducente. Mientras la mayoría se perdía en formalismos que buscaban explicar los derechos reales y la propiedad sobre la base de cosas tan inasibles como los poderes que la ley concedía, o una supuesta relación entre las personas y las cosas, de Trazegnies reclamaba con desenfado y un tono hasta burlón, que la propiedad era

4 De Trazegnies (1978).

5 Bullard (1991).

ante todo una realidad histórica que evolucionaba y cambiaba con los tiempos. Vivía capturada más que en los conceptos, en el devenir histórico, pues para él la propiedad es «[…] una de las tantas formas históricas de regulación social, es decir, un sistema de derechos y obligaciones que varía con el tiempo, que adquiere diferentes significados concretos, y que no tiene otro sentido que el que los hombres de una determinada época quieren darle».

En ese sentido propone «[…] no discutir la propiedad como entidad metafísica y ahistórica sino definida en términos operativos, como una forma particular de organizar un tejido de poderes y deberes dentro de un contexto social específico».

> […] no es un concepto universal que sobrepasa la Historia sino un concepto histórico: la propiedad es lo que los hombres quieren que sea; y los hombres quieren cosas distintas según los tiempos. En esa forma la propiedad resulta una noción que recubre realidades muy dispares de organización de las conductas humanas en torno a ciertos objetos. Lo interesante, lo útil, es descubrir las características específicas de cada tejido de derechos y deberes al que se da el nombre de propiedad.
>
> […] Si queremos llegar a un concepto de propiedad que sea aplicable al derecho del hombre de las cavernas, sobre la parte del dinosaurio que le correspondió como resultado de la cacería, y que sea aplicable a la propiedad rentista del siglo XX sobre ciertos títulos valores; si queremos encontrar una definición de propiedad que comprenda igualmente a los bienes del señor feudal o al pescador melanesio y el activo de una empresa capitalista, nos veremos forzados a adelgazar mucho las ideas [para intentar llegar al] ser de la propiedad, hemos tenido que suprimir todas la determinaciones particulares de sus formas históricas; pero de esta manera nos encontramos con la Nada, es decir con ausencia de toda determinación[6].

De Trazegnies nos lleva por nuevos caminos para entender la propiedad, nos conduce también a otra forma de ver el derecho mismo, más realista, más funcional, que pone las cosas en su verdadera dimensión, y deja las discusiones de cómo es la propiedad entre teorías dogmáticas, como el ejemplo aquel de quien no se da cuenta de que la máquina no funciona simplemente porque esta desenchufada.

Así el primer paso para encontrar el Arca de la Alianza es desmitificarla, es visualizarla no como algo divino, sino como algo real, que se puede tocar, ver y por tanto encontrar. El arca retoma así su dimensión humana y con ello la traemos al mundo de los hombres donde podemos encontrarla enterrada bajo algún misterioso templo. El mito se convierte así en dato histórico, y al hacerlo el arqueólogo la pone por fin al alcance de su mano:

---

[6] De Trazegnies (1978: 76-78).

> Personalmente debo confesar que tengo temor a las 'bellas palabras'; a menudo nos hacen olvidar la belleza misma. Cuando una institución humana, creada por el hombre para el servicio del hombre, comienza a escribir su nombre con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas. Este valor prendidamente universal, lejos de facilitarnos la realización de nuestra humanidad, nos dificulta los movimientos, nos ata a una Arcadia que quedó en el pasado o a una Tierra Prometida que nunca dejará de permanecer en el futuro. Y ello nos impide encontrar nuestro camino en el presente, organizar nuestra vida en la mejor forma posible con los medios que tenemos a nuestro alcance, sin sentirnos que traicionamos un ideal del pasado ni una fe del futuro. […] Por eso, creo que es importante recordar, invirtiendo una frase célebre, que las instituciones jurídicas pasan y son los hombres los que quedan[7].

Las frases de de Trazegnies, además de su belleza literaria, ponen al Arca de la Alianza en ese contexto no mítico que la convierte en un objeto que puede encontrarse en una excavación, debajo del polvo, y no en el cielo de los conceptos. Nos propone una propiedad ni mítica ni utópica, sino antropológica, real, distinta, cambiante. Nos plantea liberar al jurista y al hombre de derecho de las cadenas conceptuales que lo atan a sinrazones aparentemente racionales, pero que no son otra cosa que espantapájaros ordenados en un campo para asustar al incauto para que no se acerque a la verdad, pero que no tienen nada de vida, de esa vida que el derecho necesita para resolver el problema de los hombres.

El Arca de la Alianza nos ofrece, como concepto, una Tierra Prometida en una promesa trunca. Pero como realidad histórica nos brinda el camino para descubrirnos a nosotros mismos, entender nuestro pasado y poder predecir nuestro futuro. La propiedad es tan humana como el hombre mismo. No es un concepto bueno o malo en sí mismo. Será buena o mala según sean las ideas que los hombres tengan para ponerla en práctica.

De Trazegnies entonces nos pasea por su trabajo a través de todo el sendero recorrido por el Arca de la Alianza. Ve su evolución, sus grandes hitos, en los que destaca la codificación napoleónica radicalmente distinta a la propiedad medieval, que comprende no solo la titularidad del señor feudal sobre la tierra, sino también sobre la virginidad de las mujeres que la ocupaban. Y nos relata cómo se desmaterializa la propiedad para crear formas más abstractas como las acciones o los títulos valores. La propiedad se desmantela para volverse a ensamblar bajo formas nuevas, como un juego de lego en el que no solo combinamos las piezas de distinta manera, sino que las propias piezas se cambian y reforman a sí mismas.

---

[7] De Trazegnies (1978: 104).

Para quien haya leído mi tesis no será un secreto el tremendo impacto que estas ideas tuvieron en mi forma de pensar. De Trazegnies abrió un camino funcionalista, a partir del cual la arqueología jurídica deja de ser quiromancia o astrología para convertirse en historia real, contable y verificable.

Decimos funcionalista porque de Trazegnies es quizás el primer jurista peruano, sin duda el más exitoso, y el que mejor ha logrado mostrarnos a las instituciones jurídicas en el contexto de su función social. Su aproximación histórica no es sino una aproximación que fusiona un realismo muy norteamericano con un neoinstitucionalismo, similar al que le valió a Douglas North el Premio Nobel de Economía hace poco más de una década, solo que una década antes que la ideas neointitucionalistas se pusieran de moda.

Y ello es quizás lo que más llama la atención: cuando descubrí el artículo de Fernando, ya tenía diez años de haber sido escrito. Y sonaba novedoso. Quizá lo más asombroso es el contexto histórico en el que fue escrito. A finales de 1970 nadie imaginaba la propiedad en el contexto que se descubre en su trabajo. Su trabajo es ahistórico, no en el sentido de alejarse de la historia, sino que se adelanta a su tiempo. Por eso su funcionalismo resulta tan atractivo para quienes luego cultivamos el análisis económico del derecho. Fernando de Trazegnies reclamó realismo mucho antes que la realidad estuviera en la agenda de los juristas peruanos.

Lo que «La transformación del derecho de propiedad» muestra no es solo un concepto distinto de una institución jurídica. Es una nueva forma de pensar en el derecho peruano. Muestra un Arca de la Alianza palpable, que lejos de prometer una Tierra Prometida, es ella misma la Tierra Prometida.

Fernando se convierte así, en el primer realista jurídico en el Perú, en el primer neoinstitucionalista, en el primer funcionalista. Es el primer aventurero que en lugar de buscar el Arca de la Alianza sobre nuestras cabezas, en el paraíso de los conceptos jurídicos, la buscó sepultada bajo nuestros pies, en el polvo de la realidad donde la dogmática la había enterrado con la esperanza que nunca la encontráramos.

El templo de la perdición: la interpretación de la ley

En la segunda película de la trilogía de Indiana Jones, todo gira en torno a tres piedras que tienen la capacidad de conceder a su poseedor un tremendo poder. Para ello, una de las piedras es sustraída de un pequeño pueblo, y al hacerlo genera hambruna y desesperación. Da el poder de esclavizar a las personas e incluso sacarles el corazón para supuestamente concederles más poder. Indiana Jones, quien casualmente llega al pueblo, emprende la aventura de recuperar las

piedras y devolver la robada a su pueblo original. Para ello se interna en el Templo de la Perdición, donde el que entra es privado de discernimiento y convertido en esclavo de un orden dictatorial cuasi religioso.

Fernando emprende una aventura similar cuando denuncia el poder de la interpretación y sobre todo la capacidad para alejar el derecho de la realidad. Así, en «La muerte del legislador»[8], Fernando enfrenta a las huestes positivistas que pretenden maniatar al intérprete y sujetarlo a la dictadura de la ley. El positivismo que denuncia de Trazegnies pretende construir un templo en el que la ley se vuelve una entelequia sobrenatural que condena la libertad de interpretación como un pecado. Se enfrenta a lo que denomina «positivismo pop», que ha convertido la labor interpretativa en un mecanismo para esclavizar a los seres humanos al texto frío e irreflexivo de la ley. Ese positivismo pretende «sacarle el corazón» al operador del derecho al negarle la herramienta más creativa que tiene: la propia interpretación. Denuncia justamente al legislador que rinde culto a ese «positivismo pop» y que pretende matar al intérprete.

En contraposición de Trazegnies condena al legislador a la pena de muerte, sosteniendo que una vez acabada la labor de legislar, la ley toma vida propia, para redefinirse en la nueva vida que le da el intérprete. Citando a Roland Barthes, hace un paralelo entre el autor de un texto literario y el autor de una ley, y nos dice que «el autor debería morirse después de haber escrito su obra para allanarle el camino al texto»[9].

Nuevamente, de Trazegnies no puede dejar de lado su vocación literaria y nos regala una hermosa analogía entre legislar y escribir literatura, pero revalorizando el acto creativo del lector para recrear la obra equiparándola al acto creativo del intérprete al recrear la ley.

«La muerte del legislador» es otra de las creaciones de Fernando que han tenido un importante impacto en mi forma de pensar. Un texto fresco y renovador, contestatario a la forma ordinaria de pensar, con una metáfora hermosa y un razonamiento jurídico marcado por un pensamiento filosófico que revaloriza la capacidad del individuo frente al derecho. Una propuesta desenfadada que convierte a la ley en instrumento y al individuo en fin.

La primera vez que leí ese texto, hace ya como diez años, comprendí mejor mi rol de abogado. Entendí que no estamos solo para aplicar leyes, sino para recrearlas. Y comprendí que nuestro rol principal no es conocer la ley sino interpretarla.

---

[8] De Trazegnies (1995). Véase el texto completo en <www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/89/art19.htm>.

[9] De Trazegnies (1995: 1).

No puedo dejar de reconocer un tono libertario en «La muerte del legislador». El trabajo destila afán de libertad, de revolución liberal, de emancipación de la ley, no como orden necesario para la convivencia, sino como límite irracional a nuestra libertad. A fin de cuentas, la ley es una de las formas como el Estado nos somete a su voluntad, aprovechándose del miedo que los hombres a veces tienen de alejarse de su regazo y que colocan como objetivo una seguridad jurídica inmóvil, de museo de cera, cuando la verdadera seguridad proviene de la capacidad del sistema de responder a las exigencias de la realidad. El operador jurídico medroso, al temer alejarse de la ley, le teme a fin de cuentas a su propia creatividad:

> Hay personas que tienen miedo de la creatividad y que quisieran actuar siempre de manera regular y segura. Para ellas se hace indispensable garantizar la verdad del derecho, sea a través reprocedimientos rígidos de interpretación que quisieran tomar prestado su rigor de las matemáticas, sea a través de garantes que pueden ser la tradición, el derecho romano, la razón o incluso Dios. En lugar de crecer y asumir la plena responsabilidad de inventar su vida, esas personas preferirán estar protegidos como los niños, por reglas claras, tener siempre un gran papá que pensara y legislara por ellos. Y ese papá puede ser Dios, puede ser el legislador o ciertos autores cuya palabra tiene autoridad ex cátedra porque están irrefutablemente imbuidos del espíritu del derecho; incluso ese gran papá puede ser el consenso popular idealizado y antropomorfizado.
>
> Una filosofía dinámica del derecho, como la que quiero proponer aquí, tiene por eso que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas, para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser servidor sumiso del legislador o de la escuela o de la doctrina aceptada, sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir bajo su propio riesgo, la tara de creación permanente del derecho[10].

Se recoge así el ideal liberal de libertad con responsabilidad. Fernando convierte la interpretación en un mecanismo de liberación efectiva, de poner la ley al servicio de la realidad y no la realidad al servicio de la ley. Finalmente la ley no es sino un instrumento de convivencia social, y la convivencia social requiere flexibilidad para adaptarse al día a día, para aceptar el cambio, y sobre todo para cambiar el derecho más rápidamente de lo que el legislador puede cambiar la ley. Como dice de Trazegnies «El derecho […] no es un ser sino un devenir, no es algo hecho sino algo haciéndose permanentemente; y eso implica que es algo deshaciéndose permanentemente»[11]. En esa línea

[10] De Trazegnies (1995: 13-14).

[11] De Trazegnies (1995: 15).

> […] la interpretación parece constituir un fenómeno medular porque es el acto a través del cual el derecho se hace carne, toma la forma de comportamiento efectivo, autorizado o prohibido. […] La interpretación es así la inserción del derecho en la vida, el paso de un derecho nominal a un verdadero derecho actuando dentro de la sociedad, el camino por el que una afirmación prospectiva —la ley— se convierte en una conducta efectiva. Colocarnos en la interpretación significa, entonces, situarnos en un eje, en una bisagra, en un puente que une lo ideal y lo real[12].

El artículo muestra así un espíritu de redención del operador del derecho, del juez, del árbitro o del abogado, y sobre todo del hombre común, sobre los barrotes fríos en los que los «positivistas pop» pretenden encerrarlo. El intérprete se diferencia del legislador que es Estado, que es una colectividad muchas veces inorgánica que solo representa un conglomerado de intereses no necesariamente coherente. El intérprete es un individuo, cuya voluntad creativa le da derecho a desafiar no la ley, sino la 'leguleyada'. Como bien dice Fernando, no es aceptable la llamada «interpretación auténtica» que hace el legislador, como la única admisible. Por último las opiniones de los legisladores sobre la ley solo pueden ser consideradas como lecturas posibles[13]de todo un universo más amplio que incluye el derecho a leer la ley de todos y cada uno de nosotros. «Por último la intención del legislador es solo un mito, que cumple una función de legitimación; y el 'intencionalismo' —esto es la interpretación según la intención del legislador— es una falacia. Con la argucia de ampararse en la intención del legislador es posible pasar las propias intenciones como si fueran hechos objetivos y ajenos»[14].

En contraste «[…] el intérprete no tiene una verdad que descubrir detrás del texto; tiene un texto que puede decir muchas cosas».

Para de Trazegnies la ley no es igual a derecho porque en medio de los dos el intérprete convierte la ley en derecho: «[…] no podemos cegarnos a una realidad inobjetable: el derecho —es decir lo que la sociedad quiere que los hombres hagan o no hagan— es bastante más que la ley, paralelamente a ella, la sociedad se expresa a través de valores, convicciones de distinto orden, que no tienen una formulación precisa y que no están contenidos en las normas»[15].

Y muestra además uno de los rasgos claves del pensamiento de de Trazegnies: su funcionalismo, su realismo para entender el derecho solo en perspectiva de realidad, un derecho cuyo objetivo es servir al ser humano y resolver problemas concretos.

---

[12] De Trazegnies (1995: 2-3).

[13] De Trazegnies (1995: 9).

[14] De Trazegnies (1995: 10).

[15] De Trazegnies (1995: 3).

Por eso no es de extrañar la simpatía que esas ideas generaron en mí cuando leí el discurso. Un movimiento como el «Análisis económico del derecho» solo puede tener cabida en un pensamiento como el de Fernando, que visualiza al intérprete en su capacidad de usar la ley como herramienta. Sin un intérprete como el que plantea Fernando, el análisis económico del derecho sería pura especulación teórica.

Pero Fernando no propone un derecho caótico, sujeto a las ocurrencias eventuales de los numerosos intérpretes ocasionales —en número y en intereses— de las normas. Matar al legislador no es convertir el derecho en caos, ni liberar al intérprete de toda atadura. En un sentido hobbesiano, el derecho exige orden, pero orden racional. Entonces la rigidez positivista es reemplazada por el principio rector de la razón, por aquello que nos da humanidad. Y convierte la razón, y no el texto de la ley, en el límite al intérprete. Es la razón la que crea los límites, y como la razón es expresión de humanidad, Fernando propone un derecho más humano.

Como bien dice de Trazegnies, su propuesta no quiere decir que la interpretación no tenga límites. «Los textos pueden ser muy abiertos, pero su forma misma impone una semiosis limitada a los marcos textuales»[16].

Como bien indica el mismo Fernando:

> Esto significa que no hay una libertad creativa irrestricta y que, por consiguiente, no todas las interpretaciones serán correctas, aunque no exista solamente una y solo una correcta: aun siendo varias o muchas las interpretaciones válidas, habrán ciertas interpretaciones que manifiestamente no lo son porque se oponen frontalmente al texto mismo de la ley o porque no pueden ser extraídas de ella por ningún procedimiento racionalmente aceptable[17].

Y continúa con mucha claridad: «La razón concentra, mientras la libertad desparrama. Pero si la razón concentra demasiado, mata la libertad y se vuelve totalitaria; y si la libertad desborda a la razón, el cosmos se disuelve en el caos y la propia libertad se pierde»[18].

Concluye diciendo: «La seguridad jurídica no es, entonces, producto del dogmatismo ni de la rigidez sino de la creatividad coincidente, una libertad creadora organizada socialmente por la razón. Y esa razón que organiza no es un obstáculo ni una restricción a la libertad sino una forma de hacerla más eficiente y productiva»[19].

---

[16] De Trazegnies (1995: 11).

[17] De Trazegnies (1995: 12).

[18] De Trazegnies (1995: 16).

[19] De Trazegnies (1995: 17).

En síntesis nos plantea el derecho como medio para ser libre. Libertad sin Estado de derecho es libertinaje. Y Estado de derecho sin libertad no es Estado de derecho. La interpretación hace que libertad y Estado de derecho puedan vivir juntos, porque nos libera de la ley fría, pero nos sujeta al ejercicio responsable de esa libertad.

Cuando uno lee «La muerte del legislador» no puede dejar de reconocer quién es el personaje del intérprete. Fernando se visualiza, sin decirlo, como el personaje principal, como el hombre que interpreta. Para quien conoce a Fernando en su vida profesional o académica, en sus informes legales o en los casos en los que participa como árbitro, actúa exactamente como él mismo describe al intérprete. Es así de creativo, es así de libre, pero también es así de racional. Su inteligencia lo libera de la ley, pero a su vez lo limita. Su razonamiento se convierte en novedad y en orden a la vez. En ese sentido no es exagerado decir que «La muerte del legislador» tiene un contenido autobiográfico: nos cuenta parte de la vida de Fernando de Trazegnies.

El intérprete es entonces el Indiana Jones de la aventura. Es el personaje travieso y avezado, que desafía la ley pero no para destruirla, sino para domarla y convertirla en instrumento útil. Entra al templo de la perdición con la seguridad que recuperará su derecho a interpretar y liberarse de la esclavitud positivista que critica. Entra a la búsqueda del tesoro hurtado y escondido, en el que la interpretación es la forma en que se encuentra la verdad. Como él mismo dice: «La verdad supone, entonces, encontrar un tesoro escondido, un mensaje más allá del texto, que espera ser descubierto, que espera ser decodificado mediante la interpretación»[20]. Entonces sale triunfante del templo teniendo la facultad de interpretación que nos libera en una mano, y la verdad producto de la misma interpretación, en la otra. Nos regresa así a los hombres lo que el legislador positivista pretendía quitarnos.

«La muerte del legislador» es uno de los trabajos más transversales de todo el derecho, que nos ha entregado Fernando. Más allá de su valor jurídico, atraviesa toda la estructura del derecho mismo, es filosofía del derecho, y es a su vez filosofía a secas. Es antropología y funcionalismo. Y es un manifiesto profundo y a la vez panfletario —en el buen sentido del término, es decir, con capacidad de comunicar ideas— que nos trae a Fernando de Trazegnies como un libertario responsable, como alguien que cree que el derecho está antes para liberar que para obligar. Y así nos libera del templo positivista, que conduce a la pérdida de la dignidad humana y reconoce que el derecho es, antes que ley, decisión humana racional.

[20] De Trazegnies (1995: 5).

La última cruzada

En la tercera película Indiana Jones va en búsqueda del Santo Grial, la copa usada en la Última Cena, en la que Cristo convirtió el vino en su sangre. La recuperación del Santo Grial había sido, al menos en el discurso, uno de los objetivos de las cruzadas durante el medioevo, pero nunca fue encontrado. Se decía que quien bebiera del Santo Grial sería siempre joven, y con ello, inmortal —al menos según la película—. Luego de enfrentarse a innumerables dificultades, Indiana Jones encuentra el Santo Grial en una caverna, aunque finalmente lo pierde, al típico estilo de Hollywood, cuando la caverna colapsa casi detrás de los pasos del héroe de la película.

El Santo Grial ha sido por siglos un signo de esperanza, de renovación de fe y, en la película, un mecanismo de rejuvenecimiento, de camino hacía una segunda juventud. Los cruzados enfrentaron distancias inmensas, y los más diversos enemigos para buscarlo. Finalmente encontrarlo era, antes que nada, una forma de hacer trascendente su vida.

En el derecho siempre ha habido cruzados que buscaban santos griales. Lo tradicional, el apego al orden establecido, la resistencia al cambio, han puesto distancias inmensas entre esos cruzados y sus objetivos. Los santos griales representan esa renovación de la fe en el derecho, pero no entendido como orden ya establecido, sino como una fe nueva, una fe depositada en una herramienta para mejorar la convivencia humana. Por supuesto que quienes ya tienen posiciones tomadas se atrincheran en «tierras santas» que deben defenderse con fanatismo casi religioso, y reaccionarán con violencia intelectual frente a lo que intente cambiar el status quo. Como bien dice Fernando refiriéndose a las posiciones de los que asumen esta perspectiva dentro del derecho civil:

> El encastillamiento del derecho civil dentro de unas murallas que cada vez más se convierten en ruinas responde tanto a la dinámica de los defensores tradicionales como a la de los sitiadores revolucionarios. Los primeros —los juristas civilistas clásicos— intentan conservar la plaza sin cambio alguno y no tienen más remedio que retroceder ante los asaltos de la modernidad, para quedar relegados a las habitaciones íntimas de la fortaleza[21].

El último episodio de nuestra trilogía nos muestra a un cruzado —afortunadamente no el último, porque aún sigue en la brega— buscando su Santo Grial en terrenos «sagrados» defendidos por «fanáticos religiosos».

Muchas veces los abogados tomamos el derecho como una religión, como un orden sobrenatural que se explica a sí mismo. Es una fe ciega, no basada en

[21] De Trazegnies (1988, tomo II: 158).

la razón, sino en la tradición. Nos resistimos entonces al cambio, y planteamos que el pensamiento renovador es tan peligroso como la herejía. Esos abogados designan a sus sacerdotes —los solemos llamar juristas— que se preparan a resistir los desafíos de cualquier innovación. Para ellos pensar demasiado es peligroso. Para qué pensar si ya la «religión» ha puesto dogmas para evitarnos el esfuerzo. Esos «sacerdotes» son entonces «dogmáticos».

La dogmática ha sido y es enemiga de la razón. Se puede decir que dogmática y razón son casi antónimos. Un derecho sin razón es forma vacía. El derecho no es un juego de ajedrez en el que las reglas formales no pueden ser cambiadas. Los seres humanos no son ni alfiles, ni caballos, ni peones, condenados a moverse siempre de manera predefinida. Los seres humanos necesitan que las reglas cambien cuando sus necesidades, legitimadas y validadas por la razón, así lo requieren. En ese sentido, en la esencia del derecho está que las reglas se respeten, pero que justamente ese respeto esté legitimado por su consistencia con la realidad. En el «ajedrez» de la realidad, las fichas no pueden estar sujetas a la vanidad y soberbia de los jugadores. El alfil reclamará que la diagonal le es insuficiente y el caballo dirá que su caprichoso movimiento en 'L' no lo conduce a ningún lado. El derecho no puede decirnos que no va a cambiar porque las reglas siempre —o hace mucho tiempo— son las mismas. En el derecho una de las reglas centrales es que las reglas pueden, y deben, cambiar según lo que necesitemos los seres humanos.

Claro que los juristas dogmáticos dirán que eso no es cierto. O en todo caso que un cambio importante nunca es necesario. Nos dirán que sí se han cambiado reglas, pero lo que en realidad hacen es maquillar las instituciones existentes. Cambiarán comas y palabras intrascendentes en las leyes y sugerirán fórmulas novedosas en la doctrina, en la que la novedad radica en el cambio de la expresión en latín que suele usarse, por otra expresión también en latín, supuestamente diferente, pero que dicen lo mismo.

O lo que es peor. Los dogmáticos permiten —y a veces consagran intencionalmente— que bajo las supuestas formas que pretenden ser ideológicamente neutrales, se escondan ideologías de todo calibre, que van desde un conservadurismo extremo a un socialismo soterrado. Lo «progre» entonces no es la innovación que la razón sugiere, sino una curiosa alianza entre lo formal y una emoción que cree que las palabras bonitas hacen que el derecho sirva al ser humano. Dirán que un código civil se ha vuelto humanista y social —es decir individualista y colectivista al mismo tiempo— porque reconoce el daño a la persona como algo distinto al daño moral, aunque la estructura básica de las instituciones jurídicas sea la misma que nos dejaron los romanos.

Es curioso como este falso progresismo, que no es otra cosa que dogmática pintada de colores chillones y recargados, logró meterse en el Código de 1984, y

por el contrario, progresismos verdaderos, cambios interesantes, quedaron en el tintero con el único argumento de ser «demasiado modernos».

Fernando de Trazegnies siempre ha sido contestatario de la dogmática, y nunca ha tenido temor de plantear un cambio radical cuando lo ha creído necesario. Su espíritu, sanamente rebelde, no se ve solo en su teoría de la interpretación, sino en sus propias propuestas de cambio legislativo. Quizás el ejemplo más notable sea su propuesta de reforma en el área de responsabilidad extracontractual en el proceso de reforma de la legislación civil que culminó con el Código Civil de 1984.

Junto con la propuesta de Jorge Avendaño para cambiar el régimen de transferencia de propiedad, me atrevería a decir que la propuesta de Fernando del nuevo sistema de responsabilidad civil, basado en la distribución social del daño derivado del accidente, fueron los únicos temas realmente novedosos e interesantes en el proyecto de reforma. Debo reconocer que, a diferencia de la propuesta de Avendaño, cuyo contenido comparto plenamente, tengo varias discrepancias con la propuesta de Fernando, centrada principalmente en un régimen de seguros obligatorios. Pero ese no es el punto. El esfuerzo de los cruzados es admirable incluso para aquellos que no comparten las convicciones religiosas cristianas.

La propuesta de Fernando era innovadora, inteligente y, sobre todo, puso la agenda de la reforma en contexto de realidad, de funcionalidad de las instituciones, sacándonos de las absurdas discusiones sobre las bondades mayores o menores de la doctrina italiana sobre la francesa.

La introducción de herramientas económicas por de Trazegnies, no compartidas plenamente en sus conclusiones, pero reconocidas como elemento de análisis relevante, es la primera experiencia seria de discusión sobre la base del análisis económico del derecho en el Perú. Fernando abrió, con su propuesta, la puerta al análisis económico del derecho, y si bien mostró su reserva de residir permanentemente en la casa cuya puerta había abierto, sí reconoció que le gustaba visitarla, y por qué no, pasar una que otra noche en ella, con cierta periodicidad, para despertar reposado y renovado al día siguiente. Lamentablemente el debate jurídico, y lo que es más asombroso, las posiciones de ciertas empresas, no estuvo a la altura. Se le cuestionó por todas las razones equivocadas imaginables.

El Santo Grial no es propiamente un bien, es una actitud. Fernando perdió al no poder incorporar sus planteamientos al código civil, mientras otras propuestas como la del daño a la persona, un mero ejercicio teórico sin trascendencia práctica y desvinculado de la realidad, quedaba impunemente en su articulado. Pero no es que el Santo Grial se perdiera, como en la película de Indiana Jones, antes de que colapsara la caverna derrumbada. Fernando se dio maña para sacar de la caverna una actitud distinta hacia el derecho, actitud que luego se vería reflejada en la ebullición del funcionalismo en las dos décadas siguientes. Sacó una actitud

contestataria que renueva, que rejuvenece el derecho, de alguna manera lo hace inmortal, porque solo cambiando mantiene su vigencia. Para los dogmáticos hacer inmortal el derecho era hacer que sus reglas duren para siempre. Para Fernando hacer inmortal el derecho es hacer que viva para siempre. Y durar y vivir no son lo mismo. Vivir significa recorrer la vida de los hombres con trascendencia. Vivir refleja un ser dinámico. En contrapartida durar es estar allí, como una piedra imposible de mover, pero a su vez incapaz de moverse.

A pesar de que su propuesta no fue recogida, su planteamiento rejuveneció el sistema jurídico peruano. Contestó a lo que él mismo definió como la vejez prematura del derecho y la necesidad de renovarlo.

> […] paradójicamente, un país subdesarrollado no es un país todavía joven, como usualmente se cree, ni un país inmaduro que está en proceso de cuajarse. Un país subdesarrollado es, más bien, un país enfermo de vejez: vejez de métodos y técnicas, con el consiguiente artritismo intelectual que nos hace resistentes al cambio. Más propiamente, un país subdesarrollado es un país joven, pero que se ha hecho viejo antes de tiempo: es algo lamentablemente tan monstruoso como un niño revejido, cuyo entumecimiento prematuro le impide crecer[22].

Hoy, en el siglo XXI, la dogmática está jaqueada por posiciones más realistas, no solo provenientes del análisis económico del derecho, sino de la insatisfacción de los estudiantes de derecho —las nuevas generaciones—, con las explicaciones, pesadas, abstractas y formales, que sienten como impostadas porque no tienen nada de realidad que las sustente.

Siempre he creído que la reforma del Código Civil peruano, que culminó en el Código Civil de 1984, estuvo lejos de ser una renovación real de nuestro sistema legal. Fue una reforma dada en un momento inapropiado, cuando el mundo estaba cambiando y soplaban nuevos vientos que no llegaron a refrescar sus páginas. El código civil nace cuando el socialismo se derrumbaba y los paradigmas estatistas habían demostrado, con la miseria que trajo su fracaso, que estaban agotados. Pero el año 1984 fue malo porque nos trajo un código más marcado por el pasado que por el futuro. Tomó del cambio lo antiguo, lo que estaba modificándose, y no lo nuevo, lo que reemplazaba a lo anterior. Nuestro código se dio bajo la influencia de un mundo que estaba en decadencia y, por tanto, trajo un código lleno de lastres y limitaciones, algunos de los cuales se han ido levantando con sucesivas reformas, pero muchos han quedado enclavados en su articulado. Todo se agravó además por una mala influencia del Código italiano de 1942, un código corporativista, fruto del nacional-socialismo —o dicho sin eufemismos, fascista—, impulsado por Mussolini, que más allá de algunas virtudes técnicas interesantes,

[22] De Trazegnies (1988, tomo II: 165).

está desfasado con lo que debe ser una regulación moderna de derecho privado. Ello me condujo hace ya unos años a calificar al código de 1984 como el código del fin de la historia, en abierta referencia a la obra de Francis Fukuyama. Un código que se quedó marcado por la historia antigua y que se resistió a vivir en el nuevo mundo resultante.

Yo ingresé a la Facultad de Derecho en el año 1984, unos meses antes de la entrada en vigencia del nuevo código civil. No tenía mucha idea del proceso que se siguió para configurarlo. Sí recuerdo, en cambio, los comentarios socarrones de algunos profesores hacia la propuesta de de Trazegnies. No entendía muy bien en qué consistía. Las críticas lo trataban como alguien que había tenido la curiosa ocurrencia de incorporar al código unas reglas que no existían en ninguna parte del mundo. Por supuesto que me imaginé a de Trazegnies, a quien no conocía, como una suerte de científico loco, despeinado, que mostraba una serie de artilugios extravagantes, presentándolos como la solución a todos los males de la realidad.

El artilugio principal que presentó en ese entonces era lo que llamó la teoría de la difusión social del daño. El articulado que propuso efectivamente no tenía parangón en el mundo. Nadie había propuesto unas normas como las que él redactó. Si bien los sistemas de seguro obligatorios existían hacía décadas, era el primer intento por generar un conjunto de principios orientadores de su funcionamiento de manera orgánica.

El planteamiento de de Trazegnies implicaba darle otra dimensión a la responsabilidad derivada de los accidentes. Se decía que la responsabilidad había sido tratada en una dimensión diádica, en una relación entre causante y víctima, pero que en el fondo la mayoría de las situaciones de accidente se derivaban de riesgos que la sociedad había decidido tolerar. «En estos casos —que constituyen la mayoría— parecería que es también la sociedad la que debe, de alguna manera, contribuir a la reparación de la víctima»[23].

A partir de ello planteó que la manera más justa —y a la vez más eficiente— de manejar estos riesgos era distribuir los costos generados entre toda la sociedad, sea a través del sistema de precios o a través del sistema de seguros. El objetivo era que todos pagáramos, lo que además de reducir el sufrimiento causado por el accidente, es lo más adecuado porque todos nos beneficiamos de la existencia de las actividades riesgosas. Como señala el propio Fernando el objetivo es «[…] diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intemporalmente, de

[23] De Trazegnies (1988, tomo I: 51).

manera que el 'responsable' no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico»[24].

Su propuesta legislativa planteaba la existencia de seguros obligatorios, complementada por una regla de acuerdo a la cual, el seguro debía de ser asumido por quien estaba en mejor posibilidad de evitar el riesgo, es decir el *cheapest cost avoider* o más barato «evitador» del riesgo de Calabresi. Y si la actividad no era asegurable, la responsabilidad recaía también en quien pudiera minimizar sus costos de mejor manera.

Con esas reglas pretendía privilegiar la compensación a la víctima —la que para Fernando es el objetivo principal del sistema de responsabilidad civil—, pero sin descuidar del todo el desincentivo del accidente, lo que ya no ocurriría mediante el pago de una indemnización, sino mediante el pago de las primas al seguro.

Por supuesto que un académico perspicaz como Fernando advirtió el problema de riesgo moral que enfrentaba su propuesta. El riesgo moral es la situación que se enfrenta cuando el potencial causante de un daño no asume los costos que el daño genera porque este tiene algún tipo de cobertura. Por ejemplo, si tengo seguro de accidentes no me cuidaré mucho en evitarlos porque el seguro siempre pagará. Ello derivará en mayores accidentes. Si bien las compañías de seguro tratan de evitar ese problema mediante diferentes medidas, tales como el pago de franquicias, exclusiones del seguro o ajuste la las primas, el efecto no es completo porque no se puede internalizar el íntegro del daño causado en quien toma las acciones que lo causan. Sin embargo, Fernando señala que ese tipo de problemas tiene que ser resuelto por otros mecanismos como regulaciones y sanciones administrativas y penales que se encarguen de desincentivar accidentes.

La primera vez que tomé contacto plenamente con su propuesta fue cuando leí su libro *La responsabilidad extracontractual,* alrededor del año 1988; quedé convencido de que Fernando tenía razón. La explicación era impecablemente clara y tenía una lógica difícil de controvertir. Fue la primera vez que vi que en el Perú se hacía un análisis económico de una institución legal. Por ello no puedo dejar de reconocer que las teorías de de Trazegnies están entre las influencias más importantes que motivaron mi interés por la relación entre la economía y el derecho.

Años después cambié de parecer. Estudiando el tema consideré que el acentuado énfasis en la compensación a la víctima descuidaba el problema del desincentivo de accidentes, en particular en situaciones en las que, y si bien reconozco que en algunos casos pueden resolver ciertos problemas creo que pueden

[24] De Trazegnies (1988, tomo I: 53).

generar más distorsiones que las que corrigen. Creo que el problema de riesgo moral no es deleznable y lo cierto es que, usar mecanismos como las sanciones penales o administrativas para cumplir este objetivo, puede conducir a la generación de una mayor regulación, aumentando los costos de la intervención del Estado. Quizás el tema que queda más al descubierto es el generado por la necesidad de controlar situaciones donde las precauciones para evitar accidentes son recíprocas. Recordemos que la mayoría de accidentes requieren de precauciones no solo de los causantes, sino también de las víctimas. Por ejemplo, en los accidentes de tránsito requerimos no solo conductores cuidadosos sino peatones responsables. El excesivo énfasis en proteger a la víctima puede crear incentivos perversos para que esta no tome precauciones; y peatones descuidados significan más accidentes.

Pero discrepar con Fernando no es ni ha sido tarea fácil. Más de una vez hemos debatido sobre el tema, y debo reconocer que ha estado a punto de persuadirme de retornar a mi posición original, coincidente con la suya. Creo que cada vez que lo hemos discutido ambos hemos salido enriquecidos.

Más allá de detalles, sin embargo, lo importante de su propuesta, más que el fondo, es la perspectiva. El aporte de Fernando fue cambiar la agenda de discusión e introducir la lógica económica y la interdisciplinariedad en la lógica legislativa. Rescató el Santo Grial, entendido como actitud renovadora, y dio inicio a un proceso de rejuvenecimiento del derecho.

La propuesta de Fernando merecía —yo diría que exigía— una respuesta franca y frontal en la que se discutiera la esencia y no la periferia. Exigía un diálogo. Pero de alguna manera, por el tipo de respuestas que le dieron, lo dejaron monologando, sin escuchar realmente lo que proponía. El resultado final fue un código tan tradicional como sus predecesores.

Así, su propuesta fue descartada no porque se argumentó contra ella, sino simplemente porque nunca se entendió. Lo que ocurrió hubiera merecido un esfuerzo serio por rebatir sus argumentos. Ese esfuerzo nunca existió. Lo más curioso es que el rechazo no fue tan enfático por parte de los juristas como lo fue el rechazo de las propias compañías de seguros. Más allá de lo absurdas que fueron las razones que se dieron, se tuvo miedo a lo distinto. El resultado fue que una de las propuestas más innovadoras de la historia del derecho peruano fue descartada más por ignorancia que por razones.

Lo curioso, como ya dijimos, fue que el rechazo mayor no provino de los civilistas clásicos —que tampoco estaban felices con la idea que se implementara la propuesta— sino de las propias compañías de seguros, que se llenaron de excusas para evitar que se recogiera en el código. El rechazo de estas empresas es sorprendente y desconcertante. Uno de los grupos que más se beneficiaría con la idea se negó a discutirla en términos serios. Finalmente terminó vetando el proyecto.

Lo cierto es que, contra lo que podría creerse, de Trazegnies no fue derrotado. La no aprobación de su propuesta no impidió que sus ideas siguieran empujando cambios. Como bien anunció Fernando refiriéndose al aborto de su propuesta:

> No obstante, las ideas nunca mueren totalmente: son como el ave fénix que renace de sus cenizas. Y muchas veces hace falta el fuego del sacrificio para que se repare en la idea y esta pase a formar parte de los temas de discusión, lo que es el comienzo de su introducción. Con el debate que ha habido en torno al seguro obligatorio y la difusión social del riesgo, la semilla ha sido plantada. Dentro del medio asegurador peruano hay cerebros lúcidos que, superando los prejuicios de algunos, sabrán hacerse cargo de tal idea, abonarla adecuadamente con sus conocimientos especializados y colaborar con ella para que se convierta en árbol frondoso bajo cuyas ramas puedan encontrar protección y abrigo las víctimas peruanas que actualmente caen en la desesperación frente a las maniobras de «responsables» irresponsables y de aseguradores cuya mira apunta únicamente a liberar a sus asegurados (y, de paso a sí mismos) de una obligación económica, antes que a contribuir al resarcimiento de las víctimas[25].

Lo que no imaginó Fernando es que la semilla que sembró trascendería el mundo de la responsabilidad extracontractual y los seguros. No solo ocurrió la aprobación hace muy pocos años del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) basado sin duda en sus ideas, sino que su forma de pensar generó la aparición de toda una generación que, como él, y más allá de discrepancias o coincidencias, piensa, «insolentemente», sin temor a lo establecido.

Indiana Jones (iv)

Los aficionados al cine siempre esperan la secuela de la última película de una serie. Lo cierto es que una vida tan académicamente rica como la de Fernando de Trazegnies ha dado a sus seguidores innumerables oportunidades de observar sus aventuras y nadie duda que seguirán habiendo muchas «películas» más.

Fernando tiene el mérito de haber traído a nuestro país un realismo jurídico, pero con altura académica. Nos ha traído un funcionalismo con sólidas bases conceptuales. Lo que ha hecho no es un realismo fácil de esos que creen que por usar un par de datos ya está sustentándose en la realidad. Su aventurerismo hace que se ensucie los zapatos, pero manteniendo limpias las ideas. Y a diferencia de Indiana Jones, Fernando no es ficción.

Lo que hace una aventura interesante es que tenga resultados. Los aventureros —los reales y los de ficción— que no alcanzan sus fines no pasan a la historia. La trascendencia del pensamiento innovador es su éxito. Fernando es un aventurero

[25] De Trazegnies (1988, tomo II: 181).

exitoso. Nunca ha cejado en su esfuerzo de conseguir lo que se propone y renovarnos cada día con alguna idea nueva. Nada impulsa más a un aventurero que el amor por la aventura. Nada impulsa más a un aventurero de las ideas que el amor por las ideas. Fernando es un enamorado del pensar, y su amor por las ideas es contagioso. Por eso estoy seguro de que lo veremos combatiendo, por mucho tiempo más, los órdenes establecidos, de manera desafiante y decidida. Siempre lo veremos a las afueras de uno de esos templos oscuros y tenebrosos, agazapado, preparándose para entrar a desafiarlo y extraer los tesoros que compartirá con nosotros. Lo veremos convirtiendo reliquias en innovaciones y mostrándonos que esos artilugios que saca de la manga no son obra de un científico loco, sino de alguna genialidad. Así como Ciriaco Urtecho fue litigante por amor, Fernando será siempre un aventurero por amor a las ideas.

Bibliografía

Bullard Gonzales, Alfredo

1991 *La relación jurídico patrimonial. Reales versus obligaciones*. Lima: Ara editores.

De Trazegnies, Fernando

1978 «La trasformación del derecho de propiedad». En *Derecho PUC*, Nº 33, Lima.

1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1988 «La responsabilidad extracontractual». En *Biblioteca para leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1994 *En el país de las colinas de arena. Reflexiones jurídicas sobre la inmigración china en el Perú del Siglo XIX desde la perspectiva del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1995 «Discurso de incorporación como miembro de número a la Academia Peruana de Derecho». 4 de mayo de 1995.

DE LOS LIBROS Y LA FIDELIDAD

*Leopoldo de Trazegnies Granda**

Fundamentalmente hay que ser fieles a las ideas y a las bibliotecas, decía el sabio Tamaral, porque en el fondo una persona no es más que eso, lo que piensa, lo que lee y lo que escribe. Fernando tiene muy buenas ideas, siempre las tuvo, y tiene una magnífica biblioteca, que no siempre tuvo sino que la ha ido reuniendo con los trabajos y los días, como un meticuloso Hesíodo limeño.

Su biblioteca es de naturaleza polifónica porque expresa su pensamiento múltiple. En sus estanterías mora y de allí salió, *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, su primer trabajo literario basado en el derecho y la justicia, dos de sus grandes preocupaciones sobre las que tiene escritos varios tratados. ¿Hay algo más digno y más literario, en el sentido que le daba Albert Camus a la existencia, que litigar durante toda la vida por un ideal, como Ciriaco que pleiteó incansablemente contra el orden social injusto que mantenía a su amada en la esclavitud para al fin conseguirla en los últimos años de su vida? El premio tardío al amor fue el triunfo de la justicia en la que él nunca dejó de confiar.

Hay muchas conquistas que llegan tarde, como la liberación laboral de los inmigrantes chinos en el Perú, que causó mucho dolor en varias generaciones, a la que Fernando le dedicó su segundo trabajo literario, la documentadísima novela *En el país de las colinas de arena*. También en esta obra su pensamiento gira en torno a la dignidad humana de todo un colectivo de trabajadores orientales que abandonaron el País de las Flores para incorporarse como nuevos peruanos al otro lado del océano Pacífico, en el «país de las colinas de arena», donde desgraciadamente solo encontraron opresión y oprobio. La literatura también sirve para explicar el pasado, es bueno recordarlo por vergonzoso que este sea, el pueblo que no reconoce su historia se arriesga a repetirla.

---

* Poeta, novelista e historiador peruano. Ganador del Premio Ancentor de Asturias (1982) y reconocido con mención honrosa en la II Bienal de Poesía, Panamá (1927).

Su tercer trabajo, Atracción apasionada, marca los límites de la ficción frente al mundo real. Quien no sea capaz de crear utopías no le merece la pena vivir la realidad, por disparatadas que sean la realidad y las utopías. A diferencia de los grandes simios el hombre es un ser utópico y tiene derecho a fabular, a proponer el orden que considere conveniente, aunque se equivoque y se equivoca con frecuencia.

Mi hermano jurista vuelca sus ideales de un mundo más justo, basado en el derecho, sobre sus textos literarios. A través de los tres protagonistas de sus novelas, Ciriaco de Urtecho, Kin-Fo (homónimo del atribulado chino de Julio Verne) y Jean-Baptiste Levasseur (idealista francés afincado en la Arequipa del siglo pasado), construye una visión crítica de la cambiante e injusta sociedad occidental en que vivimos, pero siempre con la seguridad de que el ordenamiento jurídico se impondrá al fin para impartir justicia, aunque a veces lo haga tarde y después de haber sufrido muchas penurias físicas y morales. Es el optimismo racionalista del pesimista sentimental.

Su coherencia radica en su fidelidad legal y su infidelidad literaria, que es una buena combinación para analizar los derechos humanos desde la ley y desde la ficción. Su biblioteca no es pues una torre de marfil, sino una fábrica de ideas sobre lo que ocurre en la calle al estilo machadiano. Entre primeras ediciones de quijotes y últimas ediciones de filósofos galos desarrolla toda su actividad intelectual.

Fernando desciende de una familia entrópica donde sus miembros tienen una marcada tendencia a abandonar sus raíces comunes para dispersarse por el mundo. Como hermano transterrado que soy, puedo decir que él, contrariamente a sus ancestros, en un ejercicio de fidelidad telúrica, fue el único miembro de la familia formada por el diplomático belga que nos dio el apellido, que no se apartó nunca del Perú con la firme voluntad de permanecer entre sus ideas y sus libros y dedicar todo su esfuerzo al país donde tuvimos la suerte de nacer.

Bibliografía

De Trazegnies, Fernando

1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1994 *En el país de las colinas de arena*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2004 *Atracción apasionada*. Lima: Editorial Laberintos.

FERNANDO DE TRAZEGNIES EN CINCO PALABRAS Y UN RUISEÑOR

*Carolina de Trazegnies Thorne**

Cuando me invitaron a escribir este artículo pensé que no habría mejor manera de presentar a Fernando de Trazegnies que a través de uno de sus objetos preferidos: un libro. No es mi intención escoger su libro favorito o el que más ha leído. Más bien, tomaré como ayuda para empezar esta semblanza una novela de ficción legal que es también un relato de la vida personal de un abogado y de su relación con sus hijos. El libro al que me refiero es la novela titulada *Para matar a un ruiseñor* de la escritora estadounidense Harper Lee[1]. Paralelamente a los sucesos y actuados de un proceso penal, *Para matar a un ruiseñor* nos cuenta cómo la niña Jean Louise (o *Scout*) y su hermano Jeremy viven el proceso de comprender y valorar a su padre, Atticus Finch, como persona, padre y abogado[2]. El epígrafe

---

* Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la Universidad de Columbia, USA. Asociada del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

Quiero agradecer a Juan Pablo, una vez por cada una de las veces que ha tenido que leer este artículo y por sus valiosos y picantes aportes, y al grupo de profesionales que se ha reunido en esta oportunidad por la gran cantidad de tiempo, ideas y esfuerzo que han dedicado en homenaje a mi padre.

[1] *Para matar a un ruiseñor* trata de Atticus Finch, un abogado en el pueblo de Maycomb, Alabama, que asume la defensa de un hombre de color que había sido falsamente acusado de violar a una mujer blanca. Como tal, es una novela regional hablando de temas universales como tolerancia, coraje, compasión y justicia. Ha generado fuerte discusión académica y crítica literaria en distintas dimensiones, que van desde la evolución del racismo en el sur de los Estados Unidos hasta la ética profesional de los abogados y la calidad como padre de Atticus Finch. De forma significativa ha sido analizada por seguidores de la disciplina denominada Derecho y Literatura que, en una de sus variantes, propone el uso de la literatura como herramienta que permite explorar conceptos relacionados con el derecho, tales como la aplicación del derecho en una determinada sociedad, la justicia, el ejercicio de la profesión o incluso la vida de los abogados.

[2] El aspecto familiar de la novela y la construcción del personaje de Atticus Finch han sido objeto de diversos trabajos académicos. Véanse Godwin (1993-1994: 511-530); O'Malley (1991: 509); Shaffer (1993-1994: 532-561); Freedman (1993-1994: 473-482); Fountaine (2003-2004: 123-138); Mayhue Jr. (2001: 813).

escogido por Lee es bastante ilustrativo: «Los abogados, supongo, fueron niños alguna vez»[3].

El carácter y la vida familiar de estos personajes es un aspecto central en la novela. Tan es así que el inicio del relato, construido cuidadosamente, nos invita a continuar con la lectura, más que para descubrir el final del proceso o de la historia, para conocer a estos personajes y la relación que existe entre ellos[4].

Un curioso ejemplo es la simbología de los nombres escogidos por Lee para los personajes. El padre de familia, Atticus, es nombrado tras el íntimo amigo de Cicerón[5]. El apodo de Jean Louise, la hija, es *Scout,* la 'exploradora'. Scout es el personaje que a lo largo de la novela va descubriendo y narrando los hechos de importancia de la vida de su padre[6]. Por su parte, Jeremy o Jem, el hijo mayor, es la «joya» de la familia, tal vez el más cercano a crecer a semejanza de su padre[7].

Hay quienes han sostenido que *Para matar a un ruiseñor* fue escrita no solo pensando en el mundo de los abogados sino también como homenaje a estos[8]. Lee dedica la novela a su padre y a su hermana, ambos abogados. Con las solemnes palabras de la dedicatoria: «En consideración al Amor y *Afecto*»[9]. El libro queda enmarcado como si hubiera sido copiado de una escritura de garantía redactada por su personaje principal, Atticus Finch.

Sea este o no el caso, hay fragmentos de la historia de Lee que, como hija de un abogado, no pasaron desapercibidos a mi lectura.

Es que las historias son herramientas que permiten dar sentido a las ideas y a eventos que se relacionan con las personas. Las historias capturan una esencia del razonamiento humano a la que los argumentos puramente racionales

---

[3] *Lawyers, I suppose, where children once*. (Charles Lamb).

[4] Godwin (1993-1994: 512-513). Godwin explica como es que la trama de Para matar a un ruiseñor es en realidad curiosamente simple y carente de sustento. El lector no se mantiene atento a la novela para descubrir si Atticus va a ganar el juicio seguido contra Tom Robinson, la respuesta es dada al principio del libro, ni para saber cómo fue que Jem se rompió el brazo, aspecto con el que comienza la novela pero que Lee nos hace olvidar rápidamente. Lo que compromete al lector es la voz de Scout y el carácter de Atticus, no saber como termina la historia sino conocer más sobre Atticus, Scout y Jem.

[5] Titus Pomponius Atticus (110-109 a.C. a 32 d.C.) fue un personaje romano conocido por ser uno de los amigos más cercanos del orador y filósofo Marco Tulio Cicerón. La correspondencia entre ambos ha sido preservada en dieciséis libros denominados *Epístolas a Atticus* (*Epistulae ad Atticum*) y es a este a quien Cicerón le dedica su tratado sobre la amistad (*De Amicitia*). Es reconocido como un personaje especialmente cultivado y de buen criterio.

[6] En el idioma inglés, uno de los significados de la palabra *scout* es 'alguien que encuentra caminos por territorio inexplorado'.

[7] Jem, apodo de Jeremy, es un juego de palabras para *gem* que en inglés significa 'piedra preciosa'.

[8] Véase Shaffer (1993-1994: 532).

[9] «Dedicatoria para el señor Lee y Alice. En consideración al Amor y Afecto» (traducción libre).

son incapaces de llegar, principalmente porque tienen el poder de producir experiencias, introspecciones o reacciones emocionales, ya sea de identificación o rechazo[10].

Scout Finch, la narradora de la historia, cuenta que, a temprana edad, tenía dificultades para entender y explicar la profesión de su padre. Según Scout, su padre no «era nada». Ello porque trabajaba en una oficina y no en una farmacia ni manejando un camión, ni tampoco era algo así como «el comisario del pueblo»[11]. No tenía una profesión «tangible» que pudiera describir fácilmente y así presumir ante sus amigos de la escuela. De esta manera, bajo el razonamiento de sus hijos, Atticus Finch «[…] no hacía nada que pudiera despertar admiración de nadie»[12]. Scout misma agrega que «[…] con esos atributos, sin embargo, no permanecería tan discreto como ellos [Scout y Jem] hubieran querido»[13].

De la misma manera, recuerdo claramente no haber tenido idea de qué implicaba que Fernando de Trazegnies fuera abogado ni cómo describir lo que hacía ni por qué tenía que leer y estudiar tanto.

De otro lado, la relación de Scout con su padre está llena de rituales[14] que me hicieron recordar mis propias experiencias con Fernando de Trazegnies. Así por ejemplo, la memoria que tiene Scout de las vivencias con su padre está fuertemente marcada por los momentos de lectura que compartían.

Un episodio especialmente ilustrativo es la negociación que Scout sostiene con Atticus sobre la necesidad de continuar yendo a la escuela. La maestra de Scout había exigido que ella interrumpa sus sesiones de lectura con Atticus pues había aprendido a leer prematuramente y se encontraba más adelantada que el resto de la clase. Para no tener que dejarlas de lado, Scout plantea a su padre que prefiere dejar la escuela, planteamiento con el cual, evidentemente, Atticus está en desacuerdo. Así llegaron a un compromiso o, como ella lo llama, un «acuerdo de mutuas concesiones»: Scout seguiría yendo a la escuela con la condición de que Atticus y ella continuaran leyendo juntos por las noches a pesar de lo exigido por la maestra[15].

El pasaje anterior es también un ejemplo de cómo en la vida cotidiana, Atticus va trasladando a sus hijos enseñanzas valiosas que toma del mundo del derecho. Atticus no solo inculca a sus hijos el hábito de la lectura sino que también les

---

[10] Bruner (2002: 8-31). En similar sentido véase Minow (1966: 26).

[11] Lee (1982: 89).

[12] Lee (1982).

[13] Lee (1982).

[14] Véase *Harvard Law Review* (2003-2004, volumen 117: 1690).

[15] Lee (1982: 28-32).

enseña a pensar por sí mismos respondiendo honestamente a sus preguntas[16] a no juzgar a otras personas sin «meterse dentro de su piel y caminar en ella»[17], a solucionar sus discrepancias mediante argumentos en vez de puños[18]. Atticus es también el mediador en las peleas entre sus hijos[19]. Scout cuenta que asimiló ciertas normas jurídicas junto con su papilla de bebé tales como «nunca interrogar a un testigo en juicio si aún no sabes la respuesta»[20].

Otra razón por la que inmediatamente pensé en *Para matar a un ruiseñor* es por el «punto de vista» utilizado en la novela.

El punto de vista define los ojos a través de los cuales los lectores vivirán la historia que se relata, la voz que describirá la acción. El punto de vista en el relato de una historia es una de las técnicas literarias que más influencia la percepción de la audiencia, pues marca la perspectiva desde la cual esta es contada y determina qué escenas se pueden o no incluir en el relato.

En *Para matar a un ruiseñor,* Harper Lee cuenta la historia de la familia Finch utilizando un juego de dos narradores que representan la niñez y adultez de Scout, la hija menor. En el relato de Scout, Atticus Finch es un personaje humano, que algunas veces se equivoca y otras no[21]. De otro lado, la familiaridad que transmite Scout como narradora es tal que nos invita a llamarlo por su primer nombre, no Finch o Atticus Finch sino simplemente Atticus[22].

En el caso que el punto de vista de la novela fuese otro que el de su hija menor, de seguro no estaría comentado este libro. Como ejemplo del poder del punto de vista en un relato, quiero describir un caso hipotético. Si la historia de Fernando de Trazegnies estuviera siendo relatada en este momento por uno de los comediantes del programa Los Chistosos, el punto de vista sería sin duda completamente diferente. Por ejemplo, estos comediantes contarían la historia del personaje «Fernando de Transilvania», sin dejar de mencionar su célebre frase «sangrecita, sangrecita […]».

---

[16] «Cuando un niño pregunta a algo, contéstale por Dios. Pero no hagas toda una producción de ello. Los niños son niños, pero pueden detectar una evasión más rápido que un adulto y la evasión simplemente los ofusca». Atticus en *Para matar a un ruiseñor.* Traducción libre de Lee (1982: 87).

[17] «Primero que nada […] si puedes aprender un simple truco, Scout, te llevarás mucho mejor con todo tipo de personas. Uno nunca entiende a una persona hasta no considerar las cosas desde su punto de vista, hasta que uno se mete dentro de su piel y camina en ella». Atticus en *Para matar a un ruiseñor.* Traducción libre de Lee (1982: 87).

[18] Lee (1982: 1).

[19] Lee (1982).

[20] Lee (1982: 177).

[21] Freedman (1993-1994: 482).

[22] Godwin (1993-1994: 511).

En cambio, de manera similar a lo que sucede en *Para matar a un ruiseñor*, en esta oportunidad me ha tocado presentarles a Fernando de Trazegnies desde el punto de vista de la menor de sus hijas.

Como digna hija de abogado, debo hacer una advertencia. Este artículo no contiene un punto de vista objetivo o imparcial sobre Fernando de Trazegnies. Desde ya me disculpo con el lector —y con el homenajeado, especialmente— por alguna posible equivocación o inexactitud en el relato.

Fernando de Trazegnies nació el 3 de setiembre de 1935; es el mayor de los tres hijos de Ferdinand de Trazegnies Maeck, belga, diplomático de profesión, y María Rosa Granda Vásquez de Velasco, peruana. Estudió en el colegio de los jesuitas (hoy, Colegio Inmaculada) y vivió toda su infancia en Miraflores. Tengo entendido que decidió estudiar la carrera de Derecho con la idea de ser diplomático como su padre. Sin embargo, la suspensión de la Escuela Diplomática por esos años y la ilusión de casarse con mi mamá lo impulsaron a optar por el ejercicio privado. Se graduó de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1961. Desde ese entonces ha mantenido con la que él llama su *Alma Mater* un apego y vinculación especial, lo que se evidencia por el hecho de que fue decano de la Facultad de Derecho por cerca de once años y que en 2007 cumplió cuarenta y tres años como profesor en la misma facultad.

Fue padre por primera vez a los treinta y cuatro años y en su primer matrimonio tuvo tres hijas mujeres: Nathalie Anne, Julie Anne y Caroline Anne Milagros Rosa. Creo que pensó que no iba a tener más hijos y por eso me puso tantos nombres.

Sin embargo, fallecida mi mamá, en abril de 1997, se casó en segundas nupcias con Milagros Alvarez-Calderón Larco con quien tiene dos hijos, Ferdinand Gillion Auguste y Gilles Othon. Es decir, fue padre nuevamente a los sesenta y dos y sesenta y cuatro años. En efecto, Fernando de Trazegnies no se ha caracterizado por ser una persona a la que le gusta hacer las cosas de la manera usual.

Fernando de Trazegnies inició su vida profesional en el estudio Olaechea, del que formó parte por casi diez años. Fue abogado asociado y luego socio de dicho estudio desde 1965 hasta 1972, cuando se retiró al viajar a Boston.

De regreso al Perú formó su propio estudio, por muchos años el estudio de Trazegnies y Trelles, luego el estudio de Trazegnies y Uría y actualmente el estudio Fernando de Trazegnies Granda. Se alejó entre los años 1998 y 2001 del ejercicio privado del derecho para asumir el cargo de ministro de Relaciones Exteriores.

No voy a detenerme más en sus ocupaciones o sus logros, los que estoy segura muchos ya conocen y seguramente otros invitados a este homenaje tratarán mejor que yo y con mayor detalle. Mi propósito es compartir con ustedes cinco ideas claves que, desde mi punto de vista, describen a Fernando de Trazegnies.

Empezaré por decir que Fernando de Trazegnies es un hombre de gran curiosidad intelectual por el mundo.

Así, pese a que en la vida cotidiana es muy despistado —y por tanto puede ser un peligro con artefactos como un paraguas o confundir una crema de alcachofa con una sopa de lentejas— es una persona que está constantemente en busca de nuevas experiencias y conocimientos. Probablemente esta curiosidad intelectual es lo que le ha hecho dedicar su actividad académica a temas muy variados, que van desde el levantamiento del velo societario en el arbitraje hasta la idea del derecho en el Perú prehispánico; desde materias civiles como la teoría jurídica del accidente y la transformación del derecho de propiedad, hasta los argumentos legales utilizados por Ciriaco de Urtecho para liberar de la esclavitud a su mujer[23].

También es probable que esta curiosidad sea la responsable de que haya expandido su actividad académica más allá del derecho y asumido una visión de la profesión marcadamente interdisciplinaria, algo que creo realmente lo distingue como abogado.

En efecto, algo que tengo claro sobre Fernando de Trazegnies es su visión de que el Derecho debe ir entrelazado con otras ramas del conocimiento para ser de verdadera utilidad.

Para explicar este punto tomaré sus propias palabras. En una reciente entrevista le preguntaron qué disciplina elegiría entre el Derecho, la Filosofía, la Historia y la Literatura, si tuviera que escoger entre una de ellas. El entrevistador dio en el clavo ya que su respuesta es bastante ilustrativa de su forma pensar:

> Si optara por una sola de estas perspectivas dejaría de ser yo mismo; y, además, si optara solo por el derecho creo que desestabilizaría la estructura mental de lo que yo creo debe ser un abogado moderno. El abogado, hoy menos que nunca, no es un hombre que vive en las nubes y resuelve desde ahí arriba los problemas que ascienden a través de la neblina de la realidad. El abogado tiene que estar profundamente inmerso en la realidad, porque es ahí donde se forman los problemas y es ahí donde las soluciones jurídicas tienen que funcionar. Si la solución jurídica no tiene validez u operatividad en la realidad misma, no pasa de ser una forma de masturbación mental, quizás muy inteligente y placentera pero inútil[24].

Dicho esto, no podría describir a Fernando de Trazegnies sin enumerar con mayor detalle algunos de los aspectos en los cuales se ha interesado. Al lado del derecho, la filosofía, la historia y la literatura son sus más grandes amores, pero no sus únicos intereses.

---

[23] De Trazegnies (2004; 1992: 44-49; 1978: 75-104; 1981: 214).

[24] De Trazegnies (2007).

Fernando de Trazegnies es un gran amante de los libros. Aquí debo hacer una mención a mi abuelo Ferdinand, quien entiendo le transmitió esta pasión por la colección de libros y la lectura, de la misma manera como él la ha transmitido a sus hijos.

Difícilmente podría presentarles una semblanza de Fernando de Trazegnies sin describir su biblioteca.

Empezaré por la etapa pre-biblioteca, cuando vivíamos en la casa de la calle Santa Cruz en Miraflores. No es que la biblioteca no existiera en ese entonces pues mi papá ya había adquirido (y probablemente leído) un porcentaje importante de su colección. ¡Es que no existía físicamente un lugar para ella y por esa razón los libros estaban por toda la casa!

Recuerdo vivamente las quejas de mi mamá y la emoción cuando nos mudamos a la nueva casa de La Molina pues los libros tendrían por fin su sitio, para no andar dando vueltas por la casa. Especialmente la torturaban las seis o siete torres de libros al lado de la mesa de noche. En la casa de La Molina, que fue construida especialmente para ellos (los libros, creo yo), la biblioteca tendría su propia ubicación predominante. Estaba sobreentendido que los libros permanecerían en ella, pero el tiempo probaría lo contrario. Si bien en un inicio la biblioteca parecía inmensa y, hasta me atrevería a decir, se veía un poco vacía, esta superó todos sus límites. Muchas veces le he escuchado discutir sobre la necesidad de una ampliación. Cuando hoy paso por la puerta de su dormitorio para comprobar que las torres de libros al lado de la mesa de noche siguen siendo las mismas que hace veinticinco o treinta años, no puedo dejar de soltar una sonrisa en nombre de los que serían los reclamos de mi mamá.

Pocas personas tienen el privilegio de poder merodear libremente por la biblioteca con el consentimiento de ambos: Fernando y la biblioteca. Nosotros sus hijos claro que sí, pero siempre con la instrucción de dejar un papelito en el lugar del «delito» para tener un registro de dónde y desde cuando había desaparecido el susodicho libro. A pesar de mis múltiples sugerencias, nunca quiso contratar un bibliotecario que se encargara de organizarla y hacerla más accesible. Se encarga él mismo, por épocas con más efectividad que otras, de catalogarla y en alguna ocasión, hasta de crear el programa de computación apropiado.

Así, desde que tengo uso de razón, la biblioteca es el lugar sagrado de la casa. En realidad está mal dicho. No es su lugar sagrado en la casa sino su lugar sagrado en el mundo. La biblioteca tiene vida propia y probablemente reconoce sus pasos tanto como él reconoce la ubicación de cada uno de sus libros[25].

[25] Esta idea ha sido tomada del cuento inédito «La biblioteca», de Fernando de Trazegnies.

Otras actividades que han distraído su atención y que merece la pena citar (porque ninguno de los que estuvimos cerca olvidaremos su entusiasmo por ellas) son el *tai chi,* la vela que practicaba en nuestro adorado Paracas y la fotografía. Un dato curioso: en los años setenta montó una exposición de fotos en la galería «Secuencia» y luego en la Pontificia Universidad Católica del Perú con el nombre de «Testigo Ocular», en la que también participó Enrique Normand Sparks, su colega y cercano amigo desde la universidad.

Otra de sus aficiones es la tauromaquia. Durante la feria del Señor de los Milagros, los domingos son sagrados pues Fernando de Trazegnies solo puede faltar a las corridas de Acho por caso fortuito o fuerza mayor. Ir con él a la plaza es muy entretenido pues es un entendido en la materia. Alguna que otra vez incluso se ha animado a torear, no en Acho ni con el mismo éxito, pero con mucho coraje y elegancia.

Como papá, Fernando de Trazegnies trata constantemente de transmitir a sus hijos su pasión por distintos intereses y sobre todo su permanente curiosidad intelectual. Por ejemplo, los momentos de lectura siempre han sido rituales preciados en la relación de Fernando de Trazegnies con sus hijos. Si nosotros hubiéramos nacido en el mundo de Scout Finch hubiéramos enfrentado un problema similar pues nos enseñó a leer antes que la escuela. Por suerte, gracias a los avances de la educación y la psicología modernas, entrar al jardín infantil sabiendo leer fue visto como una oportunidad y no como problema que había que controlar por nuestros maestros.

Definitivamente no es casualidad que sus tres hijas mayores nos hayamos dedicado a profesiones correspondientes a sus mayores intereses: la historia, la literatura y el derecho.

Claro que como hijas de Fernando de Trazegnies no siempre nos hemos sentido cómodas con tanta actividad intelectual. Recuerdo por ejemplo muy claramente la época en que estaba terminando *En el país de las colinas de arena*. Para ese entonces yo tenía alrededor de doce años y estaba lejos de poder comprender el esfuerzo y tiempo invertido en ese trabajo. Mi papá nos trataba de involucrar en su proyecto de distinta manera. Nathalie, mi hermana mayor, historiadora de profesión, se pasó unas vacaciones enteras investigando en los microfilms del diario El Comercio noticias de la época de la inmigración china. A mi mamá le jalaba una silla al lado de la computadora para leerle sus avances. En algunas ocasiones, nos leía a todos sus nuevos capítulos en la sobremesa del almuerzo. Y esa navidad en lugar de villancicos escuchamos la música de Pavarotti en concierto en China. Seguramente él recuerda igual que yo el día que furiosa grité: «Por favor, ¡no me interesan más los chinos!».

Recuerdo también cuando terminó su primer libro no jurídico. *Atracción apasionada* nació con el mismo entusiasmo que lo caracteriza y hasta me atrevería a decir que más, ya que sostengo la teoría de que algunas de las escenas del libro son relatos autobiográficos. Antes de mandarlo a edición, él repartió copias a todos con la idea de recibir críticas y comentarios. Yo sentía mucha emoción por leer la novela, pero grande fue mi sorpresa pues no me tocó una copia. Cuando le increpé al respecto me dijo que no era posible ya que la novela tenía unas cuantas «escenas indecentes». Yo tenía para ese entonces veinticuatro años. Por supuesto que un par de días más tarde conseguí una copia (que disfruté mucho, tanto por la novela como por la negociación).

Para que tengan una idea de la intensidad que acompañó a estos trabajos tomaré prestada nuevamente sus propias palabras. Hace poco confesó que los libros que él ha escrito son como sus hijos y no sabría a cual de ellos querer más. «¿A cuál de los hijos se quiere más? Esta es una pregunta incontestable. A todos se les quiere mucho y desde distintas perspectivas y apreciando en ellos distintas cualidades»[26].

Una tercera característica de Fernando de Trazegnies es la de ser un hombre que sabe mirar el futuro sin olvidar el pasado. De esta forma, mantiene un curioso balance entre lo tradicional y lo moderno.

En efecto, su generación presenció muchos cambios a los que supo adaptarse sin chistar. Conoció de adulto la televisión y —aunque trate de disimularlo con un libro— es un televidente nocturno incorregible. A una edad avanzada vio nacer la computadora personal y al poco tiempo, si mal no recuerdo alrededor de 1984, adquirió una. Desde ese entonces no sabría decir qué nació primero, si Fernando o la computadora, ya que me sería difícil describirlo sin relacionar su imagen sentado en el escritorio, escribiendo. Demás está decir que maneja la computadora y el Internet mucho mejor que yo.

Algunos recordarán su curso de Informática Jurídica en los años ochenta, cuando el uso de la computadora en la facultad no estaba tan extendido como ahora. Y muchos otros habrán visitado —y si no, los invito a hacerlo— su página personal de Internet creada sobre el servidor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, llena de artículos académicos, cuentos o «travesuras literarias» como él las llamaría: fotos, explicaciones genealógicas, novelas medievales, entre otros.

Curiosamente, Fernando de Trazegnies es también un hombre que mira constantemente el pasado. El estudio de la historia y otras ramas vinculadas, como la genealogía, siempre han ocupado una especial atención en su vida.

---

[26] Entrevista publicada en *Columnas*, Revista Legal.

La época medieval tiene su propio lugar dentro de la atracción de Fernando de Trazegnies por nuestro pasado. Esto es algo que realmente lo distingue. Parece haber nacido con un pie en la Edad Media. Con una máquina del tiempo probablemente hubiera estado seriamente tentado a internarse en ella, de no ser, claro, por la gran falta que le habría hecho la computadora.

Su biblioteca, diseñada por él mismo, es una evidencia física de esta atracción por el medioevo. Entrar en ella es como entrar a la biblioteca de un convento medieval. Esto se evidencia desde su construcción, pues está compuesta por una bóveda y varias puertas secretas, siendo una de ellas la de su escritorio. Los objetos que guarda también dicen mucho. Los libros antiguos son de los más preciados de su colección. Y dentro de las cosas que lo acompañan se encuentran una rueda giratoria de diseño medieval para apoyar libros, una armadura, escudos, espadas y lanzas.

Existía en mi casa la leyenda que la armadura se la había hecho a medida, aunque cuando le pregunté me contestó que no era cierto. Sin embargo, recuerdo claramente el día en que la armadura llegó a la casa en una caja inmensa que parecía un cajón funerario, y la emoción con que la recibió. Pienso entonces que hubiera podido serlo perfectamente.

Otra característica de Fernando de Trazegnies es la de ser un gran conversador. Tiene mucha facilidad para escribir pero sobre todo, como buen abogado, para dialogar. Puede perder el alma en el relato, hasta el punto, por ejemplo, de voltear la cara noventa grados mientras maneja —y mantenerla así— para contarle una historia al copiloto, o de «picarse» si nota que su audiencia ha perdido atención.

En el ámbito público ello lo hace un excelente expositor. En la vida social y familiar, la sobremesa dominical es siempre la ocasión perfecta para largas tertulias. En alguna oportunidad recuerdo haber tomado el café hablando sobre la realidad política del país y seguir sentados durante varias horas en el mismo lugar hablando sobre los templarios.

Como gran conversador, Fernando de Trazegnies tiene hasta hoy una inmensa pasión por enseñar. Sin duda ser la abogada de la familia me hizo conocer a un Fernando de Trazegnies diferente, entre otras cosas, porque tuve la oportunidad de llevar sus clases de Filosofía del Derecho. Por supuesto que en la facultad ya había escuchado todo tipo de halagos, críticas o anécdotas sobre él como profesor. La más popular era en torno a la hora en que llegaba a clase. La leyenda dice que solía llegar casi al finalizar la hora. Con la misma frecuencia escuché sin embargo que era capaz de mantener la atención de todos sus alumnos desde que comenzaba la clase hasta que terminaba, aunque ello sucediera mucho después de la hora programada.

Otras anécdotas populares se encuentran relacionadas con la picardía que siempre lo ha caracterizado, como el incluir dentro de sus materiales de lectura chistes de Mafalda, fotografías memorables como la foto de los tribunales cusqueños de Martín Chambi o imágenes de «los actores» (llámense Hobbes, Weber o unas langostas acusadas de asesinas), todo esto probablemente forma parte de lo que considera una educación integral. Alguna vez escuché el rumor de que había enmarcado una advertencia de «no copiar» en sus exámenes dentro de una caricatura suya que había salido publicada en el diario.

Llevar clase con él fue como conocernos nuevamente. Yo no lo conocía como profesor y él, naturalmente, no me conocía como alumna. Le llamó mucho la atención ver que yo era muy distraída. Como debe ser, no tenía ninguna consideración especial conmigo. En clase nos tratábamos como si no nos conociéramos, aunque en más de una ocasión conseguí luego un entretenido almuerzo con él.

Por último debo decir que Fernando de Trazegnies es un individualista. Un ejemplo es su visión de la profesión de abogado y el ejercicio del derecho asentada sobre la base de fomentar la inteligencia y el punto de vista de cada uno.

La mejor manera de describirlo es nuevamente recurriendo a sus propias palabras:

> […] siempre rechacé la teoría de homogeneizar a los abogados del Estudio con la idea de consolidar la institucionalidad y traté más bien de que cada uno de los que trabajaba conmigo desarrollara su propia singularidad. Nunca impuse conductas ni puntos de vista a nadie bajo el pretexto de perfeccionar la organización.
>
> […] Yo no acepto, por principio, ni el estudio-fábrica ni el estudio-colegio […] El estudio-fábrica engulle a cada uno de los abogados —incluyendo a los propios directores y socios (¡nada se diga de los practicantes!)— dentro de una maquinaria ineluctable, donde cada persona es simplemente un factor de producción legal. […] La situación es complicada cuando se considera como 'pérdidas de tiempo' los trabajos de investigación jurídica, porque no son directamente profesionales ni pueden ser facturables a ningún cliente. […] El estudio-colegio es el que cumple dos funciones, ambas abominables: homogeniza y pueriliza a la organización. El estudio-colegio —que ciertamente no es incompatible con el estudio-fábrica— pretende uniformizar a todos los abogados que trabajan en el estudio, hacerlos pensar, escribir y reaccionar de la misma manera, bajo el pretexto de 'consolidar' la institución[27].

Trabajar juntos ha sido una experiencia invalorable desde el punto de vista profesional y personal. No es difícil apreciar su capacidad para darle una óptica diferente y creativa a cualquier asunto. Algunas ocasiones, por supuesto, han sido menos dóciles, como cuando por esas casualidades de la vida hemos defendido

[27] Entrevista publicada en Columnas, Revista Legal.

posiciones enfrentadas en una controversia. Alguna vez habré escuchado un «tu jefe me ha pegado una estocada» o «tu papá me ha contestado con otra». Pero incluso en aquellos momentos hemos sabido reírnos del asunto y dejar el lado personal alejado del profesional.

Desde un punto de vista personal, trabajar juntos ha sido una oportunidad para crear nuevos rituales dentro del agitado ritmo de nuestras vidas adultas. Solía esperar con gusto cuando teníamos una audiencia o reunión en común porque era una oportunidad para juntarnos a almorzar y ponernos un poco al día o, cuando menos, para tomarnos un café camino al auto y conversar un poco. Contar con ese espacio fortaleció mucho la relación que ya teníamos.

¿Qué más puedo decirles? Seguramente he dejado de lado muchas cosas que podría haberles contado y otras tantas que no tengo (ni puedo) mencionar. Espero sin embargo haberles contado, a través de estas cinco ideas claves, la esencia de lo que es tener de padre, colega y amigo a Fernando de Trazegnies.

De todos sus hijos, creo haber tenido la suerte de haber conocido a mi papá en sus más variadas facetas. Hemos sido padre e hija, profesor y alumna y colegas. He vivido con él a través de sus dos matrimonios. Lo vi morir al lado de mi mamá y renacer al lado de Milagros. Lo he visto pasar por situaciones personales y profesionales muy difíciles con una entereza y un coraje envidiables. Lo he visto ser un padre estricto o regañón, y un padre que se permite contar con complicidad chistes «rosados» a sus hijos. Lo he visto reír y llorar con sus nietos.

Debo decir que el papá de hoy es muy diferente al papá que recuerdo de chica. En ese entonces, mi papá era *hippie* y un poco revolucionario. De eso todavía existen algunos rezagos como los *long play* de Los Beatles o de Pink Floyd que ocupan un espacio entre sus colecciones, uno que otro terno acampanado de corduroy y algunos pequeños objetos que empezó a coleccionar en su escritorio de Arias Aragüez: un cubo de fotos en las que aparece con pelo largo y poncho y un cuadro psicodélico que algunos sostienen tenía por objeto marear o tomar el pelo a quien entrara a la habitación (actualmente lo tengo en mi oficina).

Pero hay una esencia que se ha mantenido común a las distintas experiencias, vestimentas, facetas e ideologías y que he tratado de transmitir a lo largo de este artículo. Robando una de sus propias palabras, puedo decir que Fernando de Trazegnies es un «apasionado»[28]. Un apasionado por el conocimiento y por el aprendizaje pero sobre todo es un apasionado por la vida.

Como diría Scout Finch, con ese atributo no ha permanecido tan discreto como me hubiera imaginado; cuando aún no sabía describir qué hacía.

[28] En referencia a su novela *Atracción apasionada.*

Bibliografía

Bruner, Jerome

2002 *Making Stories. Law, Literature Life*. Nueva York: Farrar, Straus & Giroux.

De Trazegnies, Fernando

1978 «La transformación del derecho de propiedad». *Derecho PUC,* Nº 33, pp. 75-104, Lima.

1981 *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1992 «¿Hay un Derecho Prehispánico?». *Ius et Veritas*, Lima, año 3, Nº 4, mayo, pp. 44-49.

2004 *Atracción apasionada*. Lima: Editorial Laberintos.

2004 «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Ius et Veritas*, Lima, año 14, Nº 29, pp. 12-22.

2007 «Entrevista a Fernando de Trazegnies Granda». *Columnas*, Lima, revista legal del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados, Nº 147, segunda época, mayo-junio.

Fountaine, Cynthia L.

2003-04 «In the shadow of Atticus Finch: Constructing a Heroic Lawyer». *Widener Law Journal*. Pensilvania, Nº 13, pp. 123-138.

Freedman, Monroe H.

1993-94 «Atticus Finch: Right and Wrong». *Alabama Law Review.* Alabama, Nº 45, pp. 473-482.

Godwin Phelps, Teresa

1993-94 «The margins of Maycomb. A Rereading of To Kill a Mockingbird». *Alabama Law Review*. Alabama, Nº 45, pp. 511-530.

Lee, Harper

1982 *Para matar a un ruiseñor.* Nueva York: Warner Books.

Mayhue Jr, Robert W.

2001 «Crisis of conscience: Lessons Learned from Legal Literature Through an Analysis of *To Kill a Mockingbird* and *Intruder in the dust*». *South Dakota Law Review*. Dakota, Nº 46, p. 813.

Minow, Martha
1996 «Stories in law». *Law's Stories, Narrative and Rhetoric in the Law*. New Haven: Yale University Press, p. 26.

O'Malley, William
1991 «*Atticus Finch* and the Family». *America*, Nº 164, 11 de mayo.

Shaffer, Thomas
1993/94 «Growing up good in Maycomb». *Alabama Law Review*. Alabama, Nº 45, pp. 532-561.

Revistas

2004 «Being Atticus Finch. The professional role of empathy in to kill a Mockingbird». *Harvard Law Review*, vol. 117, p. 1690.

FERNANDO DE TRAZEGNIES: JURISTA Y ABOGADO

*Juan Miranda Costa**

La muy rica personalidad de Fernando de Trazegnies nos enfrenta al dilema de escoger una de sus varias mejores expresiones. Así, entre el asiduo visitante del jardín de Academo y el jurista y abogado; hemos preferido al segundo, no solo por el cercano vínculo que nos ha unido varias veces en su ejercicio, sino porque creemos que su aporte al Derecho tiene especial importancia en la búsqueda de la justicia, tema fundamental para la sociedad en la tarea inconclusa de construir la nación.

La nota predominante en la actitud y pensamiento de de Trazegnies abogado, está, sin duda, en la inquietud por el fondo de los problemas que se debaten. Con rara claridad ve cual es el tema central de una disputa o divergencia y por eso, en sus dictámenes o alegatos define el principio jurídico que va a enmarcar el proceso.

Conocedor como pocos de la doctrina jurídica, no se limita al formulismo, sino que hay siempre en su discurrir una angustia por encontrar los mandamientos que deben presidir lo que queremos llamar «orden jurídico», y en ese empeño no teme en contradecir conceptos que muchas veces ocultan la verdad.

Sin duda la mejor demostración de su talento jurídico estuvo en negociaciones que dieron fin al secular problema territorial con nuestro vecino del norte. La estrategia que diseñó de Trazegnies tuvo como principio irrenunciable el sostener la validez del Protocolo de Río de Janeiro y obtener del Ecuador su claro y explícito reconocimiento: lo obtuvo. La segunda línea estaba una vez reconocido el Tratado, que tenía además el aval de los países garantes, resolver dentro de ese marco la diferencia sobre su aplicación y no sobre su validez; y así la materia a discutir estuvo limitada a determinar áreas de la cordillera del Cóndor siguiendo

* Abogado. Doctor en Derecho. Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

siempre las líneas trazadas por Días de Aguiar. Por ello, el haber ganado la paz con nuestro vecino del norte es uno de los grandes sucesos de nuestra historia diplomática al que el nombre de de Trazegnies estará siempre vinculado.

La claridad de su pensamiento jurídico lo eleva a la categoría de los grandes, y ello se ha dado en sus luminosos dictámenes e informes las muchas veces que, sea como abogado de parte, como árbitro o como consultor, ha abordado temas relevantes en el derecho civil y societario. La defensa de la «jerarquía de norma» siguiendo los principios de Kelsen; el límite de las facultades de los órganos societarios obligados, y casi siempre olvidados, de cumplir con el mandato imperativo de cernirse al objeto social en defensa del accionista minoritario y de los terceros, que conllevan la nulidad de los actos *ultra vires* y en no pocos casos la responsabilidad de los descuidados o abusivos administradores; sus propuestas para resolver los problemas que el mundo moderno debe dar a la responsabilidad extra contractual, y cubrir los riesgos con seguros obligatorios; el descubrimiento del «velo» en actos contractuales para así evitar incumplimientos y señalar a los verdaderamente responsables, son muestras de la muy variada riqueza del talento, que es algo más que inteligencia, de Fernando de Trazegnies: abogado y jurista.

La institución del arbitraje, como forma expeditiva y porqué no decirlo de calidad para resolver los conflictos, ha dado oportunidad para conocer a través de laudos su prestancia como juez, lo que nos lleva irremediablemente a pensar y plantear ese gran reclamo nacional que es la reforma de nuestro arcaico sistema judicial.

No cabe, y esta reflexión, es el mejor homenaje que podamos rendir a de Trazegnies, un país moderno y democrático, sin una justicia que inspire confianza en el ciudadano común y corriente, que se dicte en términos claros y vinculantes, que señale pautas definidas de los derechos y que evite la corrupción. El problema de la reforma judicial sobrepasa a los poderes del Estado, pertenece a la nación, y por ello es un deber y una obligación que a todos nos compromete.

Sabemos que existen valiosos trabajos sobre cómo iniciar el largo proceso de la reforma, pero su urgencia hace imperativo que quien por mandato constitucional encarna a la nación le dé prioridad a tan magna tarea que conlleva un cambio cultural, y cumplir así el reto y la aventura de enfrentar el siglo XXI.

Con estas breves pero muy sinceras líneas, me sumo al merecido homenaje que el profesor de Trazegnies justamente merece.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

*Felipe Ortiz de Zevallos**

A Fernando lo conocí, primero, por las referencias elogiosas de sus alumnos y colegas universitarios en la Universidad Católica; luego, como destacado profesional en derecho y excelente jurista, de prosa elegante y magistral; por último, como lector de sus varios libros y cordial amigo. En Grupo Apoyo tuvimos, además, el privilegio de que fuera, antes de que asumiera el cargo de Canciller de la República, miembro de nuestro directorio, función que ejerció con sabiduría, entusiasmo y generosidad.

De las diversas anécdotas que pudiera relatar sobre Fernando, la que podría interesar más al lector de este libro es la experiencia que ambos compartimos, junto con otros tres distinguidos peruanos, con un puñado de ecuatorianos en la Universidad de Harvard, por invitación del doctor Roger Fisher, director del programa de negociación de dicho centro de estudios.

Era marzo de 1995 y las tropas de Ecuador y Perú se enfrentaban en el Cenepa. Recuerdo haber recibido en jueves santo, camino a una casa de playa en el sur, una llamada invitándome a una reunión que se iniciaría el domingo de Pascua en Cambridge. El profesor Fisher, siguiendo sus teorías sobre negociación, quería ensayar un acercamiento inusual, durante una semana completa de invierno bostoniano, entre cinco ecuatorianos y cinco peruanos que, siendo personas influyentes en sus sociedades, carecieran, en dicho momento concreto, de una representación oficial formal. Por parte del Perú, recuerdo que participaron el vice-almirante(r) Jorge Dubois, el embajador Luis Marchand, el comandante (luego vice-almirante) José Gonzales Quijano, Fernando y yo. Entre los ecuatorianos, además de un general en ejercicio, participó Benjamín Ortiz, a quien había yo conocido anteriormente como director de uno de los principales diarios de Quito.

---

* Ingeniero industrial. Máster en Administración y Sistemas por la Rochester University y estudios de posgrado en la Escuela de Negocios de la Universidad de Harvard. Ha sido Rector de la Universidad del Pacífico y Embajador del Perú en los Estados Unidos.

La reunión resultó muy impactante para todos nosotros. Haciendo uso de sus audífonos para la interpretación, Roger simulaba estar durmiendo pacíficamente mientras escuchaba nuestros acalorados debates, para sorprendernos, cada cierto tiempo, con un comentario o una sugerencia que nos descuadraba un poco. Habíamos todos llegado con diversos documentos y mapas de soporte, pero Fisher nos prohibió usarlos en la reunión. «Por cientos de años ustedes han discutido con mapas —afirmó— y ahora sus soldados están matándose en la frontera que comparten. Probemos, por una vez, negociar sin mapas». Al término de la primera sesión, nos comentó que, en su larga experiencia como colaborador para la solución de conflictos, nunca había encontrado un caso en el cual le fuera tan difícil distinguir —por fisonomía, rasgos culturales y acento— entre quienes argumentaban desde posiciones contrarias.

En un momento de la reunión, el profesor Fisher le pidió a cada grupo de nacionales que resumiera en dos páginas la posición de su respectivo país. Cuando cada parte había realizado el complicado esfuerzo de sintetizar y concretar la argumentación de su respectiva visión de las cosas, cambió de roles, y le pidió a cada grupo que, ante un auditorio imaginario, y como jugando, postulara la posición contraria. Recién entendí, entonces, en qué consistía el bloqueo mental. Teníamos, tanto ecuatorianos como peruanos, una incapacidad emocional por entender la eventual racionalidad de la otra parte.

Una negociación es el proceso por el cual las partes interesadas resuelven disputas, concuerdan en cursos de acción, reclaman ventajas individuales o colectivas y/o buscan resultados que sirvan a sus mutuos intereses. La contribución de Fisher a la teoría de la negociación ha consistido en que las partes no deben ver esta desde el punto de vista, naturalmente limitado, de sus «posiciones» (los mapas, los documentos, etcétera), sino desde el concepto más amplio de sus «intereses» (el futuro, la posibilidad de espacios de integración, etcétera). Cuando se negocia desde posiciones que terminan en irreductibles, lo más probable es que una parte solo pueda ganar algo a costa de la otra; la transacción, por tanto, resulta una de gana-pierde. En cambio, cuando se amplía la mirada para tomar en cuenta los intereses, la transacción puede resultar una en la que ambos perciban que, en conjunto, han salido ganadores, aunque para ello haya sido necesario ceder en posiciones muy específicas. El convenio de paz entre Ecuador y Perú es un ejemplo clásico de este último caso. Fernando de Trazegnies y Benjamín Ortiz, cancilleres de ambos países, participaron, años antes del acuerdo finalmente suscrito, en esta reunión premonitoria.

Fernando, toda su vida, ha sido, esencialmente, un innovador. La palabra «innovar» se remonta al siglo XV. Viene del francés de entonces *innovacyon* que quiere decir 'renovación' o 'nueva manera de hacer las cosas'. La innovación

efectiva, no la improvisación sugestiva en una charla de café, la logran aquellos individuos inquietos, inspirados y fascinantes, con una necesidad casi genética por el cambio. Los mejores sistemas institucionales o burocráticos pueden tolerar o soportar el cambio, pero no es posible generarlo sin innovadores.

Mitchell Ditkoff, quien es uno de los consultores empresariales sobre innovación, listó, alguna vez, un conjunto de cualidades que caracterizan al innovador:

— *Desafiante del status quo*. Insatisfecho con la realidad, retador de la rutina y de las premisas sobre las cuales esta se soporta.

— *Curioso.* Explorador activo, investigador de nuevas posibilidades, buscador de sorpresas.

— *Auto-motivado*. Estimulado por demandas internas, iniciador entusiasta de nuevos proyectos, exigente consigo mismo.

— *Visionario*. Altamente imaginativo, proyectado hacia el futuro, con un pensamiento que no solo es racional sino integral.

— *Amigo eventual de lo fantástico*. Evaluador de escenarios originales, interesado en volver posible aquello que aparentemente resulta imposible.

— *Tomador de riesgos*. Sin temor excesivo al fracaso, experimentador, poco conformista.

— *Proactivo*. Dispuesto a cambiar las condiciones del trabajo si ello es requerido, estimulador del pensamiento libre y de la interacción personal.

— *Sentido de humor*. Con capacidad de sonreír ante las diversas incongruencias y sorpresas de la vida.

— *Con una personalidad integrada.* Que entiende que «lo perfecto es enemigo de lo bueno»; no tan preocupado por lo que otros piensan sobre uno.

— *Flexible, adaptable.* Abierto al cambio, a realizar ajustes en los planes, a revisar múltiples ideas y soluciones.

— *Abierto a nuevas conexiones.* Habilidad para establecer relaciones entre elementos aparentemente desconectados y para sintetizar combinaciones sorprendentes.

— *Reflexivo.* Disposición a interiorizar problemas y desafíos, capacidad de concentrarse bien en su adecuado análisis.

— *Identificador de patrones.* Perceptivo y discriminador de lo irrelevante. Capaz de identificar principios y tendencias para construir un panorama amplio y de largo alcance.

— *Tolerante con la ambigüedad.* Mantenimiento de la calma en medio del caos, aceptación de las paradojas, resistencia a aceptar precipitadamente la primera idea que surja para el intento de resolver un problema.
— *Comprometido con el aprendizaje.* Buscador incansable de nuevos conocimientos, rápido para la absorción de elementos inéditos, con capacidad para balancear adecuadamente la búsqueda de información con la acción.
— *Equilibrio entre la intuición y el análisis.* Habilidad para alternar entre el pensamiento divergente y el convergente, confianza en el propio instinto sin que este haga perder la cabeza.
— *Colaborador.* Buen equilibrio entre el individualismo y el arte político, abierto a la mentoría y a la participación plural en la medida que esta se requiera.
— *Formalmente articulado.* Capacidad para comunicar potentemente sus ideas y para expresar conceptos abstractos en un lenguaje significativo y motivador.
— *Resistente.* Superación efectiva de los contratiempos, capacidad para renovarse con las críticas, disposición constante a un nuevo intento.
— *Perseverante.* Trabajador y persistente, capacidad para el seguimiento y la búsqueda de resultados felices.

Estas veinte cualidades describen bien a Fernando de Trazegnies, un innovador brillante a lo largo de toda su fructífera vida.

SOBRE LA HUELLA DE FERNANDO LA HISTORIA SOCIAL DE LAS IDEAS JURÍDICAS EN AMÉRICA LATINA

Rogelio Pérez Perdomo *

Fernando de Trazegnies tiene contribuciones muy importantes a la manera como hoy abordamos la historia del pensamiento jurídico y del derecho. Sus obras son de especial interés para una aproximación que podemos llamar la historia social del derecho o la historia social del pensamiento jurídico. En este trabajo me referiré en particular a su libro *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, que es el primero entre varios otros trabajos que están dentro de la línea de investigación señalada. La razón de la escogencia tiene que ver con la importancia del libro mismo, una obra mayor en el pensamiento jurídico latinoamericano, pero también a circunstancias subjetivas que me hacen sentir especialmente próximo de este trabajo.

En la introducción a la obra el autor explica que no está haciendo filosofía del derecho, dogmática jurídica ni sociología del derecho, las tres perspectivas en las cuales se consideraba legítimo abordar lo jurídico para la época. La historia social de las ideas jurídicas trata de integrar estas disciplinas, pero haciéndolo puede producir resultados que no son satisfactorios para ninguna. De allí que en un tono a la vez prudente y desafiante indica que se coloca en una «tierra de nadie» que, a la vez, es tierra de todos. Conoce que su esfuerzo innovador puede encontrar la crítica y desafiantemente confiesa que no rinde pleitesía «a los feudos metodológicos existentes»[1]. Es curioso que no mencione la historia del derecho, en la cual hoy podemos colocar esta y otras obras de Fernando de Trazegnies. Una explicación posible es que la historia del derecho en la época no se consideraba una disciplina «científica» o «autónoma», para usar el lenguaje de ese tiempo, sino una ayuda para el estudio dogmático o legalista del derecho o una excrecencia de este.

---

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de la Universidad Metropolitana de Caracas, Venezuela.

[1] De Trazegnies (1979: 23).

En los casi treinta años que nos separan de esta obra de Fernando la historia del derecho ha tenido un desarrollo importante, y podrían distinguirse dos maneras de hacerla: la historia social del derecho o el esfuerzo por explicar el derecho en su relación con los cambios sociales; y la historia intelectual, que trata de recrear la discusión de las ideas, prestando mucha atención a los léxicos de la época. Ambas maneras de hacer historia no son excluyentes, pero como cada una tiene sus propios patrones de rigor, quienes hacemos historia del derecho podemos ser identificados por los patrones a los cuales prestamos mayor atención. La historia social del derecho es muy cercana a la sociología del derecho y puede sostenerse que es una forma de ella, que le presta atención a la dimensión temporal. La historia intelectual es la forma presente de hacer historia de la filosofía, que presta más atención al contexto intelectual que al carácter único de un determinado pensador. Esto no excluye que se siga haciendo una historia más tradicional, interesada especialmente en destacar determinadas fuentes o hechos, pero que no se plantea la tarea con el rigor que hoy requerimos de los estudios sociales o filosóficos.

La historia social del derecho se ha desarrollado en América Latina con distintos puntos de partida. En este trabajo no será cuestión de ver cómo surgió en cada uno de los historiadores sino que, por tratarse de un homenaje a Fernando de Trazegnies, parece apropiado que destaquemos en primer lugar de dónde viene su planteamiento y el contexto intelectual en la cual se produjo esta obra. En la segunda parte haremos una presentación bastante personal de lo que percibimos como dos ejes de la historia social del derecho en América Latina evaluando su desarrollo presente. En la última, analizaremos algunas de las tareas que tienen por delante quienes cultivan el campo.

1.

Hacia 1965 Fernando de Trazegnies fue estudiante en el doctorado de filosofía del derecho en la Universidad de París y allí nos conocimos. El gran profesor en el área en ese momento era Michel Villey cuyas clases de historia de la filosofía del derecho en la vieja Facultad de Derecho de la plaza del Panthéon eran concurridas por un pequeño número de entusiastas. Villey dirigía también el seminario de filosofía del derecho en la cual los profesores y algunos estudiantes interesados en la materia presentaban sus trabajos, asimismo se dedicaba a orientar a los estudiantes del doctorado en filosofía del derecho. Adicionalmente Villey dirigía *Archives de Philosophie du Droit*, que era para la época la revista más acreditada mundialmente en el área. El tema central que se escogía para el seminario era al año siguiente el tema central de la revista.

El lugar central de Villey en la filosofía del derecho en la Francia de ese momento no era producto del azar. Había comenzado como profesor de historia del derecho y los historiadores y romanistas lo respetaban. A la vez tenía un conocimiento profundo de la filosofía, especialmente de la ética y la filosofía política. Preparaba sus clases minuciosamente escribiendo a mano notas muy detalladas. Las clases eran verdaderamente magistrales. Eran conferencias muy bien organizadas, pronunciadas con elocuencia. Como era costumbre en la época usaba toga para sus clases.

La figura de Villey y su dedicación a la vida académica impresionaba mucho a los jóvenes estudiantes de entonces, entre los cuales nos encontrábamos Fernando de Trazegnies y yo. Naturalmente surgió entre nosotros la amistad instantánea que ocurre cuando dos latinoamericanos interesados en los mismos temas se encuentran en un lugar como París. ¿Qué aprendimos de Villey? En primer lugar, cabe destacar que Villey tenía un efecto liberador. Su primer consejo fue leer y concentrarse directamente en los autores que uno deseaba estudiar, sin timidez y sin buscar comentadores. Fue así como nos sumergió en obras como la de Descartes, Pascal, Grocio, Hobbes, casi con la prohibición de que leyéramos manuales de historia de la filosofía. En segundo lugar, Villey iba directo a analizar su concepción de derecho y del método, evitando los piélagos enormes de la teorización excesiva. En su conversación informal tomaba con cierta burla a los filósofos de moda, a quienes acusaba de pagarse de palabras o enredarse inútilmente en conceptos. Sartre y Althusser, que tenían muy buena acogida en la época, estaban entre sus blancos más frecuentes. Villey estaba muy pendiente de las consecuencias que se desprendían de tesis filosóficas para la práctica del derecho y de usar estas prácticas como parámetro de validación de las teorías. Por último, había una completa entrega al trabajo intelectual que era un ejemplo extraordinario para quienes fuimos sus alumnos. La obra de Villey[2] es sustancial, pero el aprendizaje de haber sido su alumno es insustituible. Releyendo a de Trazegnies he encontrado las trazas de la iconoclasia villeyana y su poco respeto por los territorios disciplinarios, aunque Fernando probablemente es más sensible a las modas.

A nuestro regreso de París, Fernando y yo nos convertimos en profesores de filosofía del derecho en Lima y en Caracas, respectivamente. Creo que ambos encontramos los mismos problemas para ser filósofos del derecho en países de escasa tradición filosófico jurídica. Hubiéramos podido hacer los trabajos usuales en la época, como por ejemplo, «el concepto de validez en Kelsen», pero nuestro trabajo con Villey nos había preparado a poner en cuestión los fundamentos de cualquier concepción y a no rendir pleitesía a un autor simplemente por el

[2] Villey (1962, 1969, 1975, 1983 y otros).

hecho de que fuera conocido. A la vez, tomar los autores peruanos o venezolanos del siglo XIX no permitía levantar un vuelo teórico. Nuestros instrumentos de análisis filosófico claramente no eran apropiados para pensadores de importancia puramente local. Pienso que ambos percibimos que necesitábamos tener otros instrumentos para estudiar el pensamiento jurídico de nuestros respectivos países en un contexto social.

Largas conversaciones con Lloyd Weinreb, joven profesor de Harvard trabajando en Bogotá en temas de derecho y desarrollo en la época, me convencieron que la respuesta a mi búsqueda podía estar en Harvard. Por ello tomé la decisión de estudiar en esa universidad y le comuniqué a Fernando mi proyecto. Fernando lo vio con gran interés, pero luego supe que fue el entusiasmo de Ana Tere lo que en definitiva hizo que nos encontráramos en Harvard, de nuevo como estudiantes después de ser profesores. Fue un paso importante que Villey resintió. Le pareció inapropiado que consideráramos necesario estudiar en Harvard después de haberlo hecho en París.

En Harvard tomamos el seminario de derecho y desarrollo de Steiner y Unger, el curso de filosofía del derecho de Unger, el de filosofía política de Rawls, el de derecho y cambio social en África de Fuller y Smith, el de *legal process* con Duncan Kennedy y tal vez otros menos memorables. Dawson ya no tenía ningún curso, pero recuerdo sus iluminadoras conferencias sobre historia del derecho americano para los estudiantes extranjeros y su disposición a juzgar *frisbee* con nosotros a pesar de que en la época lo veíamos como una persona de edad avanzada. Fue una etapa de exposición a muchos estímulos intelectuales y vitales. El eje de nuestra educación era el seminario de derecho y desarrollo que proponía analizar distintas concepciones del derecho y su relación con el desarrollo económico y social. El análisis de la experiencia de Estados Unidos, de Alemania y de Japón fueron los casos centrales, pero las lecturas eran vastas, sin límites geográficos ni temporales. Además de la cantidad de lecturas que suponían los cursos, y de los materiales que consultábamos para escribir los *papers* que nos pedían los profesores, leíamos por nuestra cuenta, un poco al azar, de lo que encontrábamos en las estupendas librerías y en bibliotecas infinitas. Creo que fue así como entramos en contacto con algunas de las obras capitales del pensamiento sociológico de los Estados Unidos.

Tal vez más importante que las clases, fueron las largas conversaciones en la cafetería de los estudiantes —el *Harkness common room*— en las que también tomaban parte los chilenos Andrés Cúneo y Julio Faúndez, que igualmente eran participantes en el seminario de derecho y desarrollo. En ese ambiente comentábamos los libros descubiertos, junto con discutir la política de Estados Unidos o de nuestros respectivos países. Harvard nos permitía interactuar con compañeros belgas, alemanes, japoneses, árabes, africanos, además de norteamericanos y latinoamericanos con los

que conversábamos de todo tipo de temas, pero creo que las conversaciones más sustanciosas las teníamos entre los latinoamericanos que mencioné, incluyendo a Unger, que para nosotros era mitad profesor mitad compañero por ser de nuestra edad. Creo que Fernando era nuestro líder informal y el más escuchado porque era el que más leía y, sobre todo, el que más hablaba.

La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX tiene relación con el seminario sobre derecho y desarrollo en el cual fuimos activos participantes. Una de las ideas centrales en la obra, la de modernización tradicionalista, fue ampliamente discutida en el seminario. En la obra de Unger —*Law in Nodern Society*—, citada ampliamente por Fernando, aparece como una explicación al desarrollo japonés. Sin embargo, lo que deseo destacar aquí es que Unger no la aplica a América Latina, a pesar de que él conoce bien la historia del Brasil, y que no hay demasiado en común entre lo que propone Unger en su libro con la obra de Fernando. Unger la usa para explicar la modernización japonesa del siglo XIX, pero América Latina requería más bien explicar el esfuerzo modernizador mismo y su fracaso.

La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX se confiesa como una obra que viene de la filosofía del derecho y que se propone estudiar el pensamiento jurídico. Lo hace con una metodología distinta a la tradicional en la filosofía del derecho, pues no le interesa destacar las genealogías de pensamiento ni su rigor conceptual, sino la relación con la sociedad en que autores y legisladores vivían. Tal vez hoy no veamos que para hacerlo había que romper unas cuantas cadenas disciplinarias como muy concientemente lo destacó Fernando.

El formalismo jurídico y sus funciones sociales en la Venezuela del siglo XIX, que fue la obra que publiqué casi simultáneamente a la de Fernando, tiene en común con esta que se propone el análisis del pensamiento jurídico en su contexto social. Su método es bastante cercano. Son obras distintas, en el sentido que Fernando se propone desentrañar el proyecto de los juristas y pensadores jurídicos del Perú. Usa el concepto de modernización tradicionalista para explicar el proyecto de modernización en el cual se inscribe el esfuerzo de los juristas. La obra sobre Venezuela no cuestiona tanto el proyecto sino para qué sirvió. Por esto no recurre a la idea de modernización tradicionalista sino a la de funciones latentes, que toma de Merton. No es este el lugar para analizar la mía. Basta destacar que aunque distintas en sus propósitos son obras que asumen una aproximación metodológica fundamentalmente similar y tienen muchos otros puntos de contacto en la manera como abordan el estudio del pensamiento jurídico. No en vano trabajamos la misma literatura y la conversamos ampliamente.

La obra de Fernando no se detuvo en *Las ideas jurídicas del Perú republicano.* Le agradecemos otras tan bien documentadas como esta, obras que han abierto otras avenidas de investigación. Su obra sobre los aspectos jurídicos de la inmigración de

los chinos en el Perú [3] es impresionante, como lo es que la investigación lo llevara a plantearla en novela. Otro de sus libros, *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, está siempre incluido en mis cursos sobre el derecho en América Latina o sobre cultura jurídica latinoamericana e invariablemente se convierte en una de las lecturas preferidas de los estudiantes. Habría mucho que decir sobre estas y otras obras, pero en este trabajo lo que planteo es explorar la fecundidad del estudio de las ideas jurídicas en su contexto social y la visión del derecho que nos pueden proveer.

El análisis de los estudios históricos sobre el derecho, o la historiografía jurídica, es un campo disciplinario no desarrollado en América Latina. En una típica escuela de derecho de la segunda mitad del siglo XX se estudiaba el derecho romano generalmente en dos períodos. En el primero se estudiaba algo de la historia de Roma y el derecho de los antiguos romanos. En el segundo una especie de derecho romano abstracto que se consideraba una buena introducción al derecho de las obligaciones. Como fácilmente puede inferirse, tal derecho romano no tenía nada que ver con el derecho antiguo o medieval sino con la reestructuración racionalista del derecho romano, convertido en la *ratio scripta*.

El derecho nacional o el derecho de América Latina no tenían espacio en los estudios jurídicos. Algunos historiadores habían adelantado estudios, sobre el derecho del período colonial, pero la concepción positivista del derecho puso límites estrechos a la investigación. Una parte importante de los estudios sobre el derecho colonial tomaba como punto de referencia las reglas que aparecían en la *Recopilación de las Leyes de Indias*. El siglo XIX era generalmente ignorado, salvo en lo que podríamos llamar la historia de las constituciones y la historia del código civil.

Esta manera de abordar la historia del derecho deriva claramente de una definición previa del derecho como conjunto de reglas obligatorias establecidas por el estado. En esa concepción, el derecho se identifica con la legislación y la historia del derecho es fundamentalmente una historia de la legislación. La sociología del derecho nos ha permitido pensar al derecho de otra manera, como un sistema social o como patrones de conductas sociales que pueden tener una relación con la organización del estado y otros sistemas de control. La investigación sociojurídica puede englobar la legislación y dar cuenta de ella, pero no está limitada a ella. La legislación es un esfuerzo de organización institucional, bien sea creando un aparato que funciona con determinadas reglas o tratando de moldear las conductas de los ciudadanos en un determinado sentido. El hecho que una legislación sea formulada no implica que necesariamente sea exitosa en sus propósitos. Esto permite entender cuánto empobrece a la investigación la

[3] De Trazegnies (1994).

versión puramente legislativa del derecho y cuánto desfigura al derecho el que no lo veamos como una disciplina que estudia la sociedad y que tiene un referente empírico. La filosofía del derecho nos ha enseñado a relacionar la legislación y otras expresiones de lo normativo con ideas centrales sobre cómo concebir la sociedad y su organización. Por ello, la historia del derecho como historia de la legislación es algo intelectualmente muy poco estimulante. Es natural que de Trazegnies no quisiera ser identificado como historiador del derecho hacia 1979 y que ahora entendamos que su esfuerzo ha ayudado a cambiar el campo de estudio.

2.

El siglo XIX es un período especialmente desafiante para los historiadores del derecho. Cada país de América Latina produjo en esa época constituciones y los códigos que sirvieron luego como espinazo de los estudios de derecho. Cada país de América Latina desarrolló también sus propias escuelas de derecho y produjo una literatura jurídica. En esta parte del trabajo analizaremos el significado de esa producción en su contexto social. Vamos a prestar especial atención a las constituciones y a los códigos civiles, pues son los documentos jurídicos mejor conocidos y estudiados. Por esto mismo tal vez sean los más apropiados para mostrar lo que una visión de historia social puede aportar a su relectura.

Como bien sabemos, las constituciones son documentos políticos, pero hoy las concebimos además como los más importantes documentos jurídicos donde están expresadas las reglas jurídicas de mayor jerarquía. En el siglo XIX esta segunda dimensión de la constitución no era destacada. Es cierto que se incluyó la constitución o el derecho constitucional desde temprano en los planes de estudio de derecho, pero era una asignatura similar a la economía política: relacionada con el derecho pero no expresión de este. Recuérdese que durante el período colonial el derecho era el derecho romano —o derecho civil, pues era lo mismo— y el derecho canónico. La inclusión de la constitución tenía que ver con el proyecto de convertir las escuelas de derecho en escuelas de ciencias políticas, como se las denominó en el siglo XIX y primera mitad del XX. Por ejemplo, en Chile, la inclusión del derecho constitucional fue explícitamente polémico porque se temió que pudiera hacer subversivos a los estudiantes y hubo distinguidos juristas que se opusieron a esa inclusión[4]. En Venezuela la principal obra de derecho constitucional de la primera mitad del siglo XIX se denomina *Manual político del venezolano*[5].

[4] Serrano (1994).

[5] Yanes (1839).

Para el historiador de derecho lo primero a destacar es el considerable consenso que se produce ante la idea de que una constitución es necesaria. Este consenso es más impresionante si se piensa que las constituciones eran artículos bastante recientes y no muy difundidos en el mundo. La idea de que una nación o un estado se puedan crear o constituir, fue una idea novedosa a comienzos del siglo XIX que muy pronto encontró en el mundo discusión teórica y obstáculos prácticos. De hecho, hubo una fuerte tendencia en Europa que destacaba que la formación de una nación era un proceso histórico lento, y que tratar de moldearlo podía tener graves peligros. Las menciones a la constitución inglesa, o la exaltación de la constitución inglesa como modelo, pueden ser entendidas en clave de oposición a una constitución escrita, pues bien sabemos que los ingleses no tenían —y de hecho no tienen todavía— una constitución escrita. La constitución como la conocemos hoy era el modelo americano o francés revolucionario en la época. ¿Por qué nuestros intelectuales optaron con relativa facilidad por este modelo revolucionario? La explicación seguramente está en el quiebre de la legitimidad monárquica tradicional. Si había que configurar nuevos estados las constituciones eran instrumentos listos para ser utilizados.

La adopción de una constitución estaba llena de los piélagos más peligrosos. Un tema absolutamente ineludible era la relación con la Iglesia católica. La monarquía española era teocrática. El poder del rey venía directamente de Dios y la Iglesia era una parte muy importante del aparato de poder público. Al desconocer la legitimidad del rey se sacuden las bases de la organización política. En la organización del nuevo estado hay importantes decisiones que tomar, definir cuál es la fuente de la soberanía y la relación del estado con la religión y con la Iglesia.

Al fallar Dios como fuente del poder legítimo, el pueblo es la alternativa para fundar el poder del estado. La teoría del gobierno representativo, aceptada en Europa, es fácilmente trasplantable. Bastaba con reservar la ciudadanía activa a los propietarios o a las personas que sabían leer y escribir para excluir las clases peligrosas. La rebelión de Túpac Amaru a finales del siglo XVIII y los acontecimientos de Haití a comienzos del siglo XIX estaban lo suficientemente frescos para indicarles cautela a los modernizadores. Pero esto deja pendiente el problema del papel de la Iglesia y la distribución espacial de poder. El primer punto generó la distinción entre liberales y conservadores, proponiendo los últimos mantener la Iglesia en un lugar central del orden social. El segundo punto generó la división entre unitarios o centralistas y federales. No fueron las únicas divisiones: hubo los militaristas y civilistas, y los partidarios de un determinado caudillo o de otro. Cada grupo y tal vez cada caudillo deseaba tener la constitución que les acomodara mejor. La constitución se convirtió así en un documento en el ojo de los huracanes políticos, lo que explica sus frecuentes cambios o desconocimientos.

La importancia propiamente política de la constitución no debería hacernos olvidar que hoy los juristas la concebimos como un documento jurídico. La expectativa que los gobiernos se condujeran conforme a la constitución existió desde el inicio de nuestras repúblicas, pues efectivamente el propósito de cualquier constitución es distribuir el poder entre los distintos órganos del Estado. Por ello se habló de gobierno constitucional. La expresión es un antecedente de la que usamos hoy de estado de derecho, pero no puede ser usada como totalmente equivalente. Hay un momento en el cual la constitución se juridifica, se la convierte en un texto que puede ser invocado ante los tribunales y el derecho pasa a ser un regulador de la conducta del estado. Es en ese momento que se puede hablar de estado de derecho. ¿Cuándo y por qué ocurre ese cambio? Las preguntas tienen una respuesta empírica que se relaciona con la historia del derecho constitucional y del derecho administrativo en cada uno de nuestros países. Mi hipótesis es que el cambio en la concepción de la constitución comienza con el establecimiento de los recursos de inconstitucionalidad ante órganos judiciales y se configura lentamente con el ejercicio efectivo de esas acciones. Una hipótesis es que ese camino hacia el estado de derecho no comenzó a ser recorrido sino en el siglo XX y que, en general, la mayor parte de los países latinoamericanos están todavía distantes de ese tipo ideal que es el estado derecho. Esto me parece un tema central para la historia del estado de derecho. Hay una literatura en cada una de nuestras naciones sobre la constitución y tal vez sobre la literatura constitucional pero conjeturo que ha faltado el enfoque socio-político que nos llevaría a revalorizar al derecho constitucional como parte del esfuerzo de construcción del estado de derecho.

La historia de los códigos civiles y del derecho civil es bastante distinta. El contenido de los códigos civiles viene de las instituciones de Justiniano y de su elaboración por la jurisprudencia humanista y la llamada Escuela del Derecho Natural y de Gentes[6]. El código civil que llega como gran artículo de importación es el francés, vinculado a ideas revolucionarias o en todo caso a una sociedad considerablemente laica como ya era Francia a comienzos del siglo XIX. A diferencia de las constituciones, los códigos civiles demoraron en ser adoptados y durante las primeras décadas de vida independiente la legislación española siguió vigente conforme a las propias constituciones o disposiciones legales nacionales. Los historiadores del derecho han notado que la legislación española era muy criticada por su desorden, complejidad y abundancia[7]. No parece muy apropiado tampoco que países que se iniciaban en la vida independiente mantuvieran la

[6] Arnaud (1969).

[7] Tau Anzoátegui (1977, 1987, 1992).

legislación del poder colonial del cual se habían liberado. Por esto la demora en codificar se convirtió en un problema a explicar por los historiadores del derecho. Ha obtenido distintas respuestas nacionales, que generalmente destacan las dificultades de la vida civil a raíz de la independencia. Aquí trataremos de responder esa pregunta pero también otras que no se han formulado y que nos parecen de la mayor importancia para una historia social de las ideas jurídicas.

La primera pregunta es si la legislación española estaba vigente y era usada en la América hispana. Para los positivistas legalistas la respuesta es obvia, por cuanto identifican derecho con legislación y porque la propia *Recopilación de las Leyes de Indias* establece el orden de aplicación de los textos legales en el continente. Para un historiador social del derecho esto no es suficiente. En primer lugar, cabe notar que la *Recopilación de Leyes de Indias* no se estudiaba en las universidades, aunque a finales del siglo XVIII se comenzó a introducir dentro del derecho romano también al derecho patrio, es decir, el de Castilla. Pero no se comentaban las *Leyes de Indias* sino las *Siete Partidas*, que estaba de último en el orden de aplicación de la legislación castellana. En segundo lugar, en los listados de bibliotecas dejadas por los abogados del período colonial la *Recopilación de las Leyes de Indias* y las otras compilaciones españolas no aparecen sino raramente[8]. En otras palabras no eran libros frecuentes y, por lo tanto, no puede suponerse que fueran corrientemente usados y consultados. La hipótesis es que eran otros los libros consultados, y el *test* es que se encuentren en abundancia en las bibliotecas de la época. Por ejemplo, claramente las *Ilustraciones del derecho real de España* de Juan de Sala era una obra muy consultada al final del período colonial y se lo siguió usando durante el siglo XIX pues hubo ediciones «del *Sala* hispano mexicano, hispano-chileno o hispano-venezolano» después de la Independencia. La ventaja del *Sala* es que ponía a pie de página el texto legislativo español que justificaba la regla. La legislación española podía ser citada con facilidad de manera indirecta. También es importante destacar que, dada su propia formación y la crítica generalizada a la legislación, los juristas no eran legalistas. Lo verosímil es que la codificación nacional no sustituyó a las grandes compilaciones españolas sino a la obra de Sala u otras obras por el estilo y lo importante es que en las décadas siguientes a la adopción de los códigos se configuró la mentalidad legalista[9].

La segunda pregunta es ¿por qué demoró la codificación? Por supuesto, hay muchas respuestas que tratan de explicarlo por las condiciones específicas en las cuales vivían los países a raíz de la independencia. Cabe también poner en duda las explicaciones y mirar lo ocurrido en los países donde no hubo esa demora.

---

8 Barrientos Grandon (1993).

9 Pérez Perdomo (2004).

La codificación se veía mezclada con el tema de la reforma de la legislación. Cambiar las reglas de derecho afectaba intereses muy importantes, en particular los de la Iglesia católica. Por ejemplo, todo lo relacionado con el matrimonio, la familia, las sucesiones, registros de estado civil de las personas (nacimiento, matrimonios y defunciones) era materia de la Iglesia y generalmente estaba en manos de tribunales eclesiásticos. Regular estas materias en el Código Civil era un desafío a la Iglesia. Introducir reglas de mercados afectaba las instituciones de manos muertas, en su mayoría eclesiásticas. Regular como iguales a las personas, planteaba el problema de los esclavos y de los indios, con regulaciones tradicionales sobre su capacidad de obligarse. La codificación civil se hizo posible cuando los temas de codificación y reforma se separaron. Por esto los primeros códigos civiles tienden a remitir materias importantes a la regulación eclesiástica o simplemente ignorar que había indios y esclavos. Luego hubo otros problemas, como el status de los hijos naturales y de la mujer, que tocaban aspectos muy importantes de la vida social. En otras palabras, la codificación civil no era un mero problema técnico. Tenía que ver con la discusión fundamental del proyecto de sociedad y es explicable que se buscara el consenso antes de aprobar un código que podía resultar excesivamente polémico.

Una tercera pregunta que generalmente no nos hemos hecho los historiadores del derecho es la de la estabilidad de los códigos civiles y los cambios que han sufrido. En su estructura la mayor parte de los códigos civiles en los distintos países de América Latina vienen todavía del siglo XIX. Los cambios han sido localizados pero probablemente no sean significativos. Generalmente se presentan como mejoras técnicas, pero en realidad puede que tengan que ver con cambios sociales realmente importantes. Para ello habrá que ver los cambios en relación con prácticas sociales y prácticas del derecho.

Esta visión personal de la historia social, de la historia de las ideas jurídicas, ha privilegiado dos textos fundamentales: la Constitución y el Código Civil, o si se quiere, el derecho constitucional y el derecho civil. La síntesis ofrecida ha sido posible porque existe un material investigativo del mayor interés que se ha producido en los últimos treinta años en América Latina, que no debemos descuidar. Por supuesto, no tiene ninguna intención de cerrar un campo o de sugerir que ese campo es el único que vale la pena explorar. Hay otros temas y problemas en la historia social de las ideas jurídicas y hay otras áreas. Por ejemplo, la historia del derecho laboral o del derecho administrativo, relacionada con el cambio de las relaciones laborales y del Estado —o de la manera como las concebimos— pueden ser del mayor interés. Nuestros temas y campos son solo ejemplos.

3.

América Latina pertenece a la tradición jurídica romanista, y respecto a esta tradición se ha destacado la importancia de los académicos, los productores de doctrina[10]. El centro del derecho, especialmente en los siglos XIX y XX, lo ocupa la legislación, pero los grandes intérpretes son los autores de las obras de doctrina. Esto distingue nuestra tradición del *common law*, en el cual los personajes centrales son los jueces. Los juristas más acreditados son personas centrales para el sistema jurídico, preparan la legislación, escriben los trabajos que van a ser consultados para interpretarla y son los profesores que preparan las nuevas generaciones. Además son importantes en la política: son consultados por los gobernantes y generalmente ocupan altos cargos en determinados períodos de su vida.

En América Latina la situación de los juristas ha variado en el tiempo. En el siglo XIX el número de estudiantes y graduados universitarios en derecho era bastante reducido y, en el fondo, el título de abogado era un carnet de pertenencia a la elite política. En el siglo XX la población de estudiantes de derecho y abogados creció exponencialmente, con una marcada estratificación profesional[11]. Esto significa que ya no todos los abogados pertenecen a la elite política ni tienen la misma influencia en la conducción del sistema jurídico, pero hay un grupo influyente e importante[12].

La importancia política de los abogados, y también su importancia para la comprensión del funcionamiento del sistema jurídico, han hecho que historiadores e historiadores del derecho se hayan ocupado de ellos[13]. Este número importante de trabajos nos permite conocer ahora mucho mejor a los abogados latinoamericanos y sus papeles históricos que lo que sabíamos hace cincuenta años. Curiosamente, los autores de derecho, es decir una parte importante del tope de los abogados, no han merecido una atención acorde con su importancia.

En el presente sabemos ya con bastante precisión lo que estudiaban los abogados, su procedencia social, su ocupación y los roles sociales que desempeñaron en los siglos XIX y XX y también antes, en el período colonial. Sabemos que tuvieron un papel destacado en la independencia y que configuraron la elite política de América Latina desde la fundación de los estados independientes hasta bien avanzado el siglo XX. En el siglo XIX los abogados solo ocupaban los altos cargos del Estado lo cual implicaba que la mayor parte de los abogados estaban

---

[10] Merryman (1985).

[11] Pérez Perdomo (2004).

[12] Dezalay & Garth (2002, 2003).

[13] Por ejemplo, González Echenique (1954), Uribe Urán (2000), Gaitán Bohórquez (2002), Falcão (1979 y 1988).

ocupados en la función pública y que la mayor parte de altos cargos públicos estaban ocupados por abogados[14]. La ocupación de abogado en sentido estricto, es decir de persona que asesora jurídicamente a otra y lo representa en juicio, no era especialmente lucrativa ni la mayor fuente de actividad para los abogados. En el siglo XX la ocupación de abogado se hace más lucrativa y un buen número de graduados en derecho son ocupacionalmente abogados. También aumenta su número y el estado sigue siendo el principal empleador de los abogados, pero no solo las altas posiciones corresponden a los abogados sino también las de la pequeña burocracia. Los abogados han sido verdaderas huestes de Estado[15].

La relación de los abogados con el estado no ha dejado de plantear disonancias cognitivas. Falcão observó que los abogados brasileros de mediados de siglo XX se preparaban para el ejercicio de una profesión liberal. Estudiaban con intensidad el derecho civil y otras ramas del derecho privado, y prestaban atención al derecho procesal. Pero, como pudo documentar con cifras entre los graduados en el nordeste, la mayor parte de ellos ocupaba cargos en la burocracia estatal.

Los abogados que son profesores de derecho y que publican obras en la disciplina tienen una importancia mayor que los abogados ordinarios. Son los creadores y difusores de ideas jurídicas. Como lo dice muy bien Fernando:

> Así, todo aquel que usa el Derecho —y, particularmente, el filósofo del Derecho, el legislador, el jurista— se enfrenta con numerosos elementos cuya existencia no puede ser negada: teorías, normas, intereses, doctrinas legales. En principio, se encuentra condicionado por todas ellas. Pero esas condiciones son asumidas de manera diferente de acuerdo a la libertad de cada sujeto; esas condiciones que no pueden ser negadas, son cargadas de un sentido diferente[16].

Los autores de obras sobre el derecho son pues muy importantes en las transformaciones de los sistemas jurídicos y también en su conexión con la política, pues generalmente ocupan posiciones políticas de primera magnitud. En la obra que analizamos (de Trazegnies, 1979) estudia en particular más de una docena de autores peruanos del siglo XIX, además de varios europeos con enorme influencia en la cultura de los juristas peruanos. En cada país hay estudios biográficos de un número de grandes juristas y entre ellos algunos extraordinariamente bien documentados o rigurosamente reflexivos.

Para el historiador social del derecho quedan muchas interrogantes. Algunas de estas son en el estilo de la sociología de la ciencia que se plantea temas de productividad y creatividad. Por ejemplo, estudiando el derecho venezolano,

---

[14] Pérez Perdomo (1981, 2004).

[15] Gaitán Bohórquez (2002).

[16] De Trazegnies (1979:354).

encontré grandes juristas, con gran prestigio social como juristas, que publicaron muy poco o nada en materia de derecho. Entendí que en la Venezuela tradicional, con una elite muy pequeña, realmente no era necesario publicar para consolidar un prestigio como jurista. Clases y conferencias elocuentes podían muy bien sustituir las publicaciones. Naturalmente esto plantea el problema inverso: ¿Por qué publicaban quienes publicaban? ¿Qué agregaba la publicación a un jurista? En el presente, cuando las universidades estimulan la publicación, ¿por qué hay colegas bien preparados e imaginativos que no publican o publican poco? Y también hay preguntas mucho mayores y más difíciles de responder, como cuál ha sido el impacto de nuestros juristas en la configuración de esa imagen floja del estado de derecho que ha predominado en la América Latina.

Fernando de Trazegnies es uno de los juristas latinoamericanos que ha hecho contribuciones muy importantes al estudio del derecho, y en particular a la constitución del campo de la historia social del derecho. En este trabajo me he propuesto decir algo sobre la biografía intelectual de Fernando y comentar la contribución de su primera obra, a la vez que presentar una visión personal de la situación actual del campo que él contribuyó a abrir, incluyendo reflexiones sobre lo mucho que queda por explorar y por hacer. Entre esas tareas está el estudiar mejor la obra de Fernando.

Bibliografía

Arnaud, André-Jean

1969 *Les origines doctrinales du Code Civil.* París: Librairie Général de Droit et Jurisprudence.

Barrientos Grandon, Javier

1993 *La cultura jurídica en la Nueva España.* México: UNAM.

Botana, Natalio

1994 «Las transformaciones del credo constitucional». En Annino, Castro Leiva & Guerra (editores). *De los imperios a las naciones: Iberoamérica*. Zaragoza: IberCaja.

De Trazegnies Granda, Fernando

1979 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1995 *En el país de las colinas de arena.* Dos volúmenes, segunda edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dezalay, Yves & B.Garth
2002 *The internationalization of palace wars: Lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press.
2003 «Patterns of foreign investments and state transformation in Latin America». En L. Friedman & R. Pérez-Perdomo (editores). *Legal cultures in the age of globalization. Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press.

Falcão, Joaquim
1978 «Os cursos jurídicos e a formação do estado naciona». En A.W. Bastos (coordinador). *Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras.* Brasilia: Camara dos Deputados.
1979 «Lawyers in Brazil: Ideals and praxis». *International Journal of the Sociology of Law,* Nº 7.
1988 «Lawyers in Brazil». En R. Abel & P. Lewis (editores). *Lawyers in society. The civil law world*. Berkeley: University of California Press.

Gaitán Bohórquez, Julio
2002 *Huestes de Estado. La formación universitaria de los juristas en los comienzos del estado colombiano*. Bogotá: Centro Editorial de la Universidad del Rosario.

González Echenique, Javier
1954 *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago: Imprenta Universitaria.

González, María del Refugio
1981 *Estudios sobre la historia del derecho civil en México en el siglo XIX*. México: Universidad Nacional Autónoma.
1988 *El derecho civil en México 1821-1871.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.
1998 *Historia del derecho mexicano.* México: Universidad Nacional Autónoma de México y Mc Graw Hill.

Guzmán Brito, Alejandro
2000 *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Merryman, John Henry
1985 *The Civil Law Tradition.* Segunda edición. Stanford: Stanford University Press.

Pérez Perdomo, Rogelio
1978 *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*. Caracas: Monte Ávila.
1981 *Los abogados en Venezuela. Estudio de una elite intelectual y política*. Caracas: Monte Ávila.
2004 *Los abogados de América Latina, una introducción histórica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Serrano, Sol
1994 *Universidad y nación. Chile en el siglo XIX.* Santiago: Editorial Universitaria.

Tau Anzoátegui, Víctor
1977 *La codificación en Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad.
1987 *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX y XX).* Segunda edición. Buenos Aires: Perrot.
1992 *Casuismo y sistema*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
1997 *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano.* Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
2001 *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación.* Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Uribe-Urán, Víctor M.
2000 *Honorable lives. Lawyers, family, and politics in Colombia, 1780-1850*. Pittsburg: University of Pittsburg Press.

Villey, Michel
1962 *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Segunda edición. París: Dalloz.
1969 *Seize essais sur la philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*. París: Dalloz.
1975 *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*. París: Dalloz.
1983 *Le droit et les droits de l'homme.* París: Presses Universitaires de France.

Yanes, Francisco
1959 *Manual político del venezolano*. Caracas: Academia Nacional de la Historia.

NOTAS PERSONALES SOBRE EL DOCTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

*Jorge Pérez-Taiman**

Mi primer recuerdo de Fernando de Trazegnies se remonta a mi época universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, entre los años 1971 y 1974, período de muy gratos recuerdos en que la Facultad transitaba entre la enseñanza tradicional del Derecho y una metodología más interactiva y moderna, que estaban implantado algunos jóvenes profesores que habían retornado de la Universidad de Wisconsin, y a los que el agudo ingenio juvenil había bautizado como los *Wisconsin Boys.* Eran todavía los años de la hermosa e histórica Casa Riva Agüero, de las originales y verdaderas «encerronas» anuales de derecho —la facultad cerraba literalmente sus añosas puertas para la celebración— y del fácil tránsito entre la facultad y los estudios de abogados, las notarías, y las secretarías de juzgado —localizados todos en el centro histórico de Lima— para aquellos estudiantes que ya empezábamos a tener nuestros primeros contactos con el ejercicio profesional como practicantes. Fernando fue nuestro profesor de Filosofía del Derecho y ya desplegaba en ese entonces un amplio e inusual dominio no solo de la ciencia jurídica, sino también de la historia, de la filosofía y de la literatura, aparte de la bonhomía y caballerosidad que siempre lo han caracterizado.

Transcurrieron algunos años y el destino me había convertido —durante la dictadura militar— en un joven abogado especializado en hidrocarburos, que trabajaba entonces en la mayor empresa productora de petróleo del país. Tiempos difíciles, donde a las empresas petroleras extranjeras se les veía con mucho recelo. Prominentes miembros de la izquierda peruana —supuestamente doctos abogados algunos, astutos economistas otros— habían desarrollado gran parte de

* Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Comparative Jurisprudence en la Universidad de Nueva York, USA. Socio principal del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados. Ministro consejero y encargado de negocios de la Soberana Orden Militar de Malta.

sus carreras políticas sobre la base de un ataque constante a las pocas empresas privadas del sector. Obnubilados por sus convicciones marxistas —tenían la común característica de ignorar absolutamente los principios más básicos de la ciencia jurídica y las reglas inmutables que rigen la economía— hicieron de la empresa un objeto permanente de hostigamiento con la complicidad de sumisos burócratas y la complacencia o indiferencia del público en general, que no había olvidado lo aprendido en los colegios acerca del Laudo de la Brea y Pariñas, y que veía con la mayor naturalidad que el Estado no cumpliera con sus compromisos contractuales o no respetara los derechos de las empresas petroleras. Grave ausencia de principios que permitiría a los militares, tiempo después, la expropiación y confiscación de una serie de empresas exitosas en sectores vitales de la economía, en aplicación del mismo absurdo criterio de constituir «actividades estratégicas» y de una supuesta relación con la dignidad nacional. Así, uno de los últimos actos significativos del gobierno militar fue declarar la renegociación unilateral de los contratos petroleros el 7 de diciembre de 1979, mediante la publicación en *El Peruano* de los decretos leyes 22774 y 22775, que contenían en buen grado de detalle las nuevas condiciones que el gobierno imponía unilateralmente y que regirían los contratos que supuestamente serían renegociados.

Como podrá entenderse, esa decisión gubernamental causó un tremendo impacto en la empresa y a los abogados nos puso a trabajar a marchas forzadas en un proceso durísimo de negociación en que se tuvo que enfrentar fundamentalmente —durante largos ocho meses— la prepotencia e incompetencia de la dictadura militar. Independientemente de la solidez de nuestros argumentos jurídicos, era difícil tarea la de enfrentar a una contraparte omnipotente que basaba su accionar en razones de un supuesto «interés nacional» e ignoraba olímpicamente los más elementales principios jurídicos de respeto a los contratos. Pese a la alta carga política de la situación y al hecho de que había en realidad poco que renegociar debido a que los términos estaban ya fijados por los mencionados decretos leyes, nos esforzábamos por minimizar, hasta donde fuera posible, las condiciones negativas que el gobierno militar nos imponía. En varias ocasiones recurrimos a algunos de los mejores estudios jurídicos locales con el objeto de obtener asesoría sobre diferentes aspectos legales.

Para los que hemos tenido algún grado de exposición al derecho americano no es un secreto el alto grado de profundidad analítica que normalmente ostentan los abogados formados en el *common law.* No era por ello sorprendente que, con mucha frecuencia, nuestras propias opiniones o las de nuestros asesores externos fueran puestas a prueba por nuestros colegas norteamericanos mediante agudas preguntas que demostraban un prolijo análisis, y que desnudaban algunas omisiones o superficialidades conceptuales hasta ese momento imperceptibles al

que escribe y a nuestros más experimentados asesores externos. Esa era más o menos la norma, y la consecuencia inmediata se plasmaba en repreguntas que no pocas veces ponían en aprietos a los abogados de planta y a nuestros mejores consultores.

Un buen día, sin embargo, la complejidad de la consulta planteada internamente por nuestros colegas del norte, sobre un tema específico cuya materia no viene al caso recordar, creó la necesidad de recurrir a un asesor de nivel más académico, con la esperanza de encontrar la profundidad conceptual y analítica que las circunstancias requerían. Luego de un corto debate interno, acordamos convocar a Fernando de Trazegnies, quien gentilmente aceptó asesorarnos en el tema. A los pocos días recibimos una contundente opinión legal que fue prestamente traducida al inglés y presentada al más brillante de los abogados de la oficina corporativa de la compañía que, por entonces, debido a la crisis de la renegociación, había abandonado su oficina en California para prácticamente mudarse a Lima. Dada la complejidad de la consulta planteada, el que escribe se preparaba para anotar y luego formular las repreguntas que eran casi rutina en esos casos. Sin embargo, grande fue mi sorpresa cuando John —así se llamaba mi brillante colega norteamericano— exclamó sentirse totalmente satisfecho con la opinión para, acto seguido, comentar complacido que era la primera vez que veía tal profundidad y calidad de análisis jurídico en lo que iba de su experiencia con abogados peruanos. Esta anécdota, que sería suficiente para halagar a cualquiera, cobraba mucha mayor relevancia viniendo de un abogado unánimemente reconocido dentro y fuera de la empresa como una verdadera lumbrera, el profesional a quienes recurríamos internamente cada vez que teníamos un problema legal aparentemente insoluble. Nunca tuve oportunidad de comentarle esta anécdota a Fernando, omisión que espero subsanar con la inclusión de la misma en esta crónica personal.

No tuve mayor contacto personal con Fernando de Trazegnies en los años subsiguientes, entre otras cosas porque fui trasladado por la empresa a Estados Unidos, desde donde viajaba a los diversos lugares del mundo donde era requerida mi presencia para negociar un contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos, comprar o vender una empresa del rubro. Sin embargo, su presencia en los medios como embajador de la Soberana y Militar Orden de Malta siempre me intrigó, sin sospechar que algún día yo —por esas cosas del destino— estaría también profundamente ligado a esta institución casi milenaria, según relataré luego en esta crónica.

Por obvias razones, tampoco me fueron indiferentes los cruciales esfuerzos personales de Fernando para el logro de la ahora fructífera paz con el Ecuador. Enfrentado a una circunstancia donde el anterior negociador había renunciado por razones que no nos corresponde juzgar, Fernando tomó la posta y fue actor

principal en ese proceso, primero como presidente de la delegación que representó al Perú en las conversaciones de naturaleza sustantiva para solucionar los impasses fronterizos subsistentes entre los dos países (1977-1998), luego como coordinador de la Comisión Peruana sobre Límites encargada de tratar con Ecuador (1998) y, finalmente, como ministro de Relaciones Exteriores y Canciller de la República (1998-2000). El Acuerdo Definitivo de Paz, Amistad y Límites con el Ecuador lleva la firma de Fernando de Trazegnies, como un legado inapreciable a las nuevas generaciones de ambos países, hecho que la historia deberá registrar en su debido valor cuando la distancia permita separar y distinguir los hechos y acciones valiosas de un gobierno, de aquellos otros negativos y lamentables que motivaron su caída. Ello permitirá también que aquellas personas que colaboraron con su inteligencia y esfuerzo en los logros del Acuerdo de paz, reciban el justo reconocimiento que la historia les depara. Este libro-homenaje a Fernando de Trazegnies Granda apunta merecidamente en esa dirección.

A mediados del año 2005, el recientemente nombrado embajador de la Soberana y Militar Orden de Malta, Esteban Juan Caselli, me convocó para proponerme trabajar con él como ministro consejero y eventual encargado de negocios de la embajada, cuando él estuviera ausente del país. Luego de unos días —habiéndome informado en mayor profundidad sobre la fascinante historia de dicha orden de caballería y, principalmente, de la noble misión humanitaria que desarrolla alrededor del mundo— acepté gustosamente el honroso encargo, lo que me acercó nuevamente a Fernando de Trazegnies, quien poco tiempo después fue nombrado presidente de la Asociación Peruana de los Caballeros de Malta.

La relación de Fernando con la Orden de Malta es muy larga, y se remonta al año 1947, cuando la Orden decidió que había llegado el momento de formar una asociación peruana, y comisionó al padre de Fernando, el entonces diplomático belga don Ferdinand de Trazegnies, para que identifique nuevos miembros y proceda a crear con ellos la correspondiente asociación, misión que concluye con éxito el 27 de febrero de 1951 y que corona con el reconocimiento de la Orden, por parte del gobierno peruano, como entidad soberana con capacidad para acreditar representantes diplomáticos, el 15 de abril de 1953.

Como simple Caballero de Malta, o como Embajador de la Orden —cargo al que renunció en 1988 para jurar como ministro de Relaciones Exteriores del Perú— o en su cargo actual de presidente de la Asociación Peruana, Fernando de Trazegnies ha sido parte de varias de las silenciosas acciones sociales de la Orden en el Perú, en cumplimiento de su dual misión de defensa de la fe y auxilio a los más necesitados. Estas abarcan, históricamente, el equipamiento de los talleres de rehabilitación para leprosos en Iquitos y la construcción del hospital de enfermedades tropicales y lepra en Lima; el mantenimiento, durante muchos años, de un

consultorio médico gratuito en el convento de San Francisco, en Lima. También se ha construido, equipado y apoyado el policlínico Orden de Malta, ubicado en Pamplona Baja, al sur de la capital. La Asociación Peruana también apoya al colegio mixto nacional «Orden Soberana y Militar de Malta», en el cono sur de Lima, que cuenta con cuatro mil alumnos a cargo de ciento diez profesores, y ofrece educación primaria y secundaria completas y un ciclo nocturno para obreros. Por último, cabe destacar la presencia de la Asociación Peruana que preside Fernando en el apoyo a las obras sociales y religiosas que desarrolla Malteser Perú —órgano de ayuda humanitaria de Orden de Malta— en el valle Amauta, a la espalda de Huaycán, en Ate. Esta es quizás una faceta menos conocida de la vida de Fernando de Trazegnies, pero que merece ser destacada por lo que significa en un país como el nuestro, con tantas carencias materiales y espirituales para la mayoría de la población.

Otro aspecto muy importante pero menos visible de Fernando es su pasión por la lectura, que lo ha llevado a tener una impresionante biblioteca que, en alguna medida y guardando las naturales distancias, me recuerda a la bellísima e histórica biblioteca del convento de Santa Rosa de Ocopa. Un detalle que no escapará a quienes han visitado su casa, es que la biblioteca constituye el núcleo de la vivienda, organizada alrededor y en función de la impresionante estructura de doble altura que alberga los preciados libros de su colección. Fernando de Trazegnies es también un prolijo y multidisciplinario autor. Entre sus libros jurídicos encontramos su recordada *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho*, que usamos en la Universidad Católica como materiales de enseñanza, y títulos tan refrescantemente novedosos como su *Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*. Sus libros de historia contienen reflexiones de carácter legal y abarcan temas como el derecho en el Perú del siglo XIX y la inmigración china en el mismo período, entre otros. Fernando también ha escrito sobre relaciones internacionales y —para sorpresa seguramente de muchos— novelas y otras obras de ficción literaria. En diciembre de 2004 apareció *Atracción apasionada,* novela en la que se ocupa del amor en sus múltiples y contradictorias expresiones: el amor romántico, el amor traidor, el amor de los poetas y el amor solitario. La novela —que fue precedida por una recopilación de sus cuentos bajo el título *Imágenes rotas*— transcurre entre dos épocas y dos lugares, Arequipa y Lima, y narra la historia de un grupo de jóvenes que buscan su vida entre los sentimientos y las ideas; la realidad y los sueños; la exaltación y la desesperación. A esta vasta obra se agregan infinidad de trabajos publicados en otros libros, y no menos artículos publicados en revistas y diarios sobre temas jurídicos y materias tan diversas como cine, ecología, fotografía, historia, literatura, patrimonio cultural y política.

Como se puede apreciar, las actividades de Fernando de Trazegnies abarcan una serie de campos del quehacer humano y lo caracterizan como un muy destacado jurista y humanista de nuestro tiempo. Por ello y por la gran calidad humana que lo adorna, me es muy grato y honroso colaborar con estas notas personales a este merecido libro-homenaje.

Bibliografía

De Trazegnies, Fernando

1973 «Introducción a la filosofía del derecho y a la teoría general del derecho», materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

1992 *Imágenes rotas*. Lima: Ediciones del Dragón.

2001 *Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2004 *Atracción apasionada*. Lima: Editorial Laberintos.

ENCUENTRO CON UN JURISTA INTEMPESTIVO

*Juan Carlos Valdivia Cano**

> *…Se trata entonces de un esfuerzo de provocación: los textos aquí reunidos no pretenden enseñar sino hostigar, no quieren alimentar ni satisfacer intelectualmente sino producir hambre e inquietud, no quieren dar seguridad sino intranquilizar, no quieren afirmar verdades sino desestabilizar aquellas que pasaban como tales…*
>
> Fernando de Trazegnies Granda

Introducción

En esta remembranza, que es también una re–flexión, una doble flexión como diría Fernando de Trazegnies Granda, no voy a repasar sistemáticamente toda su obra, sino solo recordar los puntos de mi encuentro inicial con ella. Primero, un artículo suyo que se comenta inmediatamente después de esta Introducción: «¿Se entretiene usted en el cine?»[1]. Y muchos años después, tres libros: *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor, La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* y un libro de cuentos: *Imágenes rotas.*

Años después de haberlo leído y releído, el artículo mencionado me permitió conocer personalmente a su intempestivo autor, a quien tuve la suerte de presentar en un evento académico a nombre de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Esa noche de 1992 conté al público mi encuentro con nuestro jurista a través de su artículo sobre cine. Me sorprendió mucho enterarme por él que durante esos años —setenta, ochenta y comienzos de los noventa— en los cuales ese artículo tanto afectó mi magra formación

---

* Abogado graduado en la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Profesor de Derecho en la Universidad Católica Santa María y en la Universidad San Agustín de Arequipa.

[1] Reflexiones en torno a «Una mujer casada», de Jean Luc Godard, publicada en la revista *Hablemos de Cine,* Nº 39.

cinematográfica, su autor lo había olvidado completamente. Con razón cita a Barthes y a Eco a propósito de «la muerte del autor», aplicándola al derecho muy creativamente en su conferencia de ingreso a la Academia Peruana de Derecho: «La muerte del legislador» —que ahora aparece «Pensando insolentemente»[2]—. Una vez publicada la obra deja de pertenecer a su autor. Pasa a ser del lector, quien al leerla la recrea y se recrea en ella. Esta ha sido una de las muchas virtudes de la obra de Fernando de Trazegnies Granda de las que he podido beneficiarme como lector: ser muy re-creativa en todos los sentidos de esta gaya palabra. Pero no es la única, por supuesto.

Debo recordar que en los dos años previos de humanidades —ahora lamentablemente casi desaparecidos de todas las universidades— sabía muy bien lo que me gustaba; lo que me generaba pasión, por ejemplo, era el básquet y el cine. Lo que no sabía en absoluto era a qué iba a dedicarme en la vida o, dicho más llanamente, cómo iba a ganarme los porotos una vez concluida la cómoda vida de estudiante. El derecho no era una disciplina que pasara por mi cabeza en esa época, aunque ya era hora de escoger una carrera. Había que elegir una «especialidad». Pero para mi provinciana cosmovisión el cine no era una «especialidad», una forma de ganarse los porotos, no participaba en el juego de posibilidades laborales en mi fuero interno. Recién empezaba a despertar gracias a unos magníficos profesores de humanidades en la Universidad Católica Santa María en esos años. Vivía pues, en la total inconsciencia.

Sin embargo, gracias a un amigo providencial, Miguel Guevara, en esa época accedí a la revista *Hablemos de Cine* cuando todavía éramos cachimbos. Y fue en uno de sus primeros números, en formato pequeño todavía, que leí por primera vez algo del más estimulante y sugestivo jurista que he conocido en mi desconcertada vida peruana. «Es un abogado» —me dijo Miguel Guevara—, aludiendo al autor de uno de los artículos de la excelente revista: Fernando de Trazegnies. Esto tuvo que ver mucho con mi elección de carrera seguramente, ya que mi razonamiento formal parece haber sido: si los abogados escriben así sobre cine, entonces quiero ser abogado.

Ahora pienso que no fue un azar haberlo conocido a través de un artículo sobre cine, más que sobre derecho —para mí el derecho en los años subsiguientes fue solo una pesada carga que sobrellevar—. Primero, porque el derecho para este genuino humanista es algo mucho más extenso e intenso de lo que creen nuestros profesores positivistas «pop». Y, segundo, porque la de Fernando de Trazegnies es, a mi modo de ver, una especie de obra jurídico-cinematográfica, si cabe el término. En este ensayo voy a tratar de expresar, más que explicar, lo

[2] De Trazegnies (2001: 17).

que entiendo por «obra cinematográfica» y por qué creo que dicha obra —hasta ahora insuficientemente reconocida—, lo es en el sentido más espectacular. Y expresar también algo de esa extensión y de esa intensidad.

En consecuencia, para ocuparme de esta obra tengo que elegir inmodestamente como nexo metódico, explícito o no, el cine (herramienta privilegiada de educación jurídica, sobre todo para cachimbos sin humanidades) o un equivalente del cine en imagen y movimiento. Su autor presenta el derecho en su conjunto, en su contexto íntegro, a partir de un asunto que nos envuelve y nos emociona, inseparable de una visión muy rica y estimulante de la vida (tan cristalina como el agua de Socosani de la provincia desde donde escribo esta remembranza). Creo que el otro tema que puede anudar, como el cine, esta brillante obra, es la educación jurídica. Una obra tan amena y bien expresada; tan clara y novedosa en el fondo y en la forma, en la temática y el enfoque, no puede ser sino una maravilla pedagógica para la enseñanza del derecho. Y esta lo es por su potente fuerza motivadora y enriquecedora, por su carácter «tentador».

Muchos años después volví al derecho —luego de dejarlo «definitivamente»—, también de la mano de nuestro admirado jurista. Primero con *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* y después con *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, como anuncié. Por estas y otras razones es justo que, en reconocimiento a la obra de Fernando de Trazegnies, pueda señalar cómo es que el encuentro con ella me parece una borgesiana «magia menor».

Cine y educación

La educación es un asunto de medios y fines.

Nietzsche

«¿Se entretiene usted en el cine?» es el artículo que me permitió leer primero y conocer después a nuestro jurista. En su comentario a «Una mujer casada» de Godard nos da una maestra lección de educación y de crítica cinematográfica. También es un nietzcheano e implícito llamado a aprender a ver, —prepararse para ver— que, en la obra del filósofo alemán, acompaña muy bien a ese aprender a pensar de la enseñanza jurídica medieval (de la que habla nuestro jurista). Y aprender a hablar y a escribir. Así, en *El crepúsculo de los ídolos*[3] Nietzsche propone «[…] las tareas para las cuales son menester educadores. Hay que aprender a ver, hay que aprender a pensar, hay que aprender a hablar y escribir […]».

[3] Nietzsche (2005: 84).

¿Qué significa para Nietzsche «aprender a ver»?: «[…] habituar la vista a la calma, la paciencia, la espera serena; demorar el juicio, aprender a enfocar desde todos los lados y abarcar el caso particular. He aquí el adiestramiento preliminar primordial para la espiritualidad; no reaccionar instantáneamente a los estímulos, sino llegar a dominar los instintos inhibitorios, aisladores»[4].

El espectador ingenuo de Godard se molesta con él porque no entiende nada. Como si Godard fuera responsable de su paupérrima preparación cinematográfica. Como si Godard estuviera obligado a hacer sus películas pensando en el espectador bisoño, y no en expresarse con toda libertad y franqueza como artista. Lo que ocurre, según nuestro jurista, es que existe

> […] en forma generalizada, un infantilismo artístico que se caracteriza no solamente por su falta de educación en este sentido sino por su incapacidad de comprender la necesidad de la educación […]. En realidad, en muchos casos la actitud del que sostiene que tiene bastantes complicaciones en la vida como para complicarse más con el cine, no constituye sino una forma inconsciente de encubrir su falta de formación cinematográfica a que nos hemos referido[5].

Lo que me conmovió de ese artículo fue enterarme, con el valor de la novedad absoluta para un novato regional que salía de la adolescencia, que la dificultad —que yo tenía por imposibilidad— para entender las películas de autores como Godard, tenía remedio; remedio que probablemente buscaba instintivamente en la citada revista y en el «cine de autor». Era algo para lo que había que prepararse nada más (y nada menos). Hasta ahí había creído fatalistamente que unos nacen para entender y otros para no entender. Y por mis notas de exámenes y rendimiento académico yo estaba seguro que no pertenecía a ese primer grupo privilegiado sino al segundo.

Pero el enterarme que no era un asunto de naturaleza sino de preparación tuvo en mí un efecto liberador. Entender a esos cineastas geniales dependía de mí ahora. Y no es el dato o la idea solamente lo que hay que agradecer a ese artículo evocado, sino el envase formal en el que viene, la sencillez y la claridad de expresión, la perfección que es elegancia en el sentido profundo. Quiero decir en sentido orteguiano, en este caso asociado a la paradoja: «La elegancia es la sobriedad en la plenitud. Obtener un logro máximo con un *minimun* de medios es lo elegante en matemáticas, en guerra, en política, en arte y en indumentaria»[6].

---

[4] Nietzsche (2005: 84).

[5] *Hablemos de cine* Nº 39, p. 59.

[6] Ortega y Gasset (1957: 109).

Esa elegancia sitúa a nuestro jurista entre los grandes escritores, entre los grandes prosistas de nuestra patria. Para confirmarlo, si fuera necesario, hay que observar los afectos que puede producir su lectura entre los principiantes. Para mí es una experiencia personal vivida. Por ese artículo pude entender de qué trataba «Una mujer casada». ¿Quién puede decir claramente lo que uno siente a veces confusa y remotamente cuando «no entiende» una película de la que, sin embargo, no puede decir que lo haya aburrido, pese a «no entenderla»?

¿Qué podía ser más entretenido que entender un film de Jean Luc Godard a los veinte años? Siempre estaré agradecido a ese artículo tan democrático y cortés con el lector, cuyo autor puso al alcance de un mediocre estudiante veinteañero. Y en esa época Godard, Truffaut, Buñuel, Pasolini, Antonioni, Bergman, Fellini, Visconti, etcétera, eran frecuentes en los cines del centro de Arequipa, lo cual hoy, en el devenir porno de estos cines, parece un milagro. En realidad, toda esa experiencia a partir de «¿Se entretiene usted en el cine?» me ha parecido siempre un «milagro menor», para seguir parafraseando a Borges. Pero milagro al fin.

Humanismo

He dicho «humanista» a propósito de nuestro homenajeado. ¿Qué entiendo por humanista? Empezaré por lo que, a mi modo de ver, no lo es. Humanista no es, por supuesto, un mero lector, un simple ratón de biblioteca, por más abundante que sea su lectura, en la hipótesis negada que se tratara de cantidad. El humanista es culto y no solo informado. Y es culto porque practica el (auto) cultivo. Si lee, es para enriquecer los medios, los instrumentos que le deben servir para esculpirse él mismo.

Dentro de nuestro terreno jurídico podemos decir que humanista es el que concibe el derecho en sentido clásico, grecorromanamente, como algo indiscernible de la vida y a favor de ella. Heidegger decía en su *Carta sobre el humanismo*: «En Roma nos encontramos con el primer humanismo. Y, por eso, se trata en su esencia de un fenómeno específicamente romano que nace del encuentro de la romanidad con la cultura de la Grecia tardía»[7]. ¿No definían el derecho los romanos de una manera distinta en relación a nuestras definiciones legalistas de hoy? «Conocimiento de las cosas divinas y humanas y arte de lo bueno y de lo equitativo». Así era para los romanos, de Ulpiano a Justiniano, y de Justiniano hasta hoy, durante largos siglos, eso que ahora llamamos derecho. Ingredientes relevantes de esta visión integral y concreta del derecho eran los principios, la

[7] Heidegger (1995: 22).

equidad y una ética precristiana que no se tiene muy en cuenta: la ética pagana basada en la salud y en la *potentia* y no en la idea de pecado.

Por eso cuando renace el derecho romano por tercera vez, en los claustros boloñeses del siglo XI, el estudiante de derecho no se dedicaba a esta materia para obtener un título sino para convertirse en un ser humano cabal aprendiendo a pensar, a razonar para «adecuarse a la tonalidad y a la potencia de su tiempo»[8]. Siempre se requiere ciudadanos con visiones globales de la realidad que vean el conjunto, el bosque y los árboles. En ese entonces aprender a razonar jurídicamente equivalía a aprender a razonar *tout court*.

> Es interesante notar que también en la Europa del siglo XI, las primeras universidades se fundan para enseñar derecho. Bolonia, la primera universidad del mundo occidental, nace para enseñar derecho. Y, evidentemente, esto no es una casualidad, no es un simple azar cultural: las universidades nacen con miras al derecho porque a su vez el derecho era visto entonces como modelo de pensamiento riguroso […][9].

Lo cual no quiere decir ni rígido ni dogmático sino consistente.

En nuestro medio académico regional la concepción positivista «pop» ha hecho perder de vista esa cualidad humanista del derecho. El derecho romano de las universidades en la Edad Media, no servía para litigar sino para devenir humano. Y quien dice humano alude a lo humano integral. Esto no es posible desde el punto de vista de la especialidad. No es posible, por ejemplo, solo desde el punto de vista de la composición de la sangre. Por más humana que sea la sangre no agota lo humano. «El verdadero fin del hombre —no el que le señala la inclinación pasajera, sino el que le prescribe la razón eternamente inmutable— es el mayor y más proporcionado desarrollo de todas sus fuerzas y la integración de las mismas en un todo»[10].

Humanismo es admiración por lo humano, «por encima de la naturaleza y de los dioses». Lo humano como lo más admirable de la existencia. El positivismo «pop» limita demasiado la visión humanista del derecho que es indesligable de una cosmovisión, y por eso hay que ver las relaciones entre ellas. Porque no solo es cuestión de concepción jurídica. Además, y salvo pocas excepciones, ese concepto de derecho se ha empobrecido en el medio, se ha vuelto burdamente pragmático —condición mental favorable a la corrupción—.

---

[8] Negri (1984: 45).

[9] De Trazegnies (1994: 30).

[10] Humboldt (1995: 35).

Ciriaco de Urtecho, precursor

E porende dixieron los Sabios, que amor vence todas las cosas.

Alfonso «el Sabio», *Las siete partidas*

Como se sabe, *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* contiene una historia judicial, que es una historia de amor. A fines del siglo XVIII en Cajamarca, un español pobre —Ciriaco de Urtecho— esposo de una mulata, Dionisia Masferrer, esclava de otro español —Juan de Dios Cáceres— demanda a la justicia la libertad de aquella contra el derecho de propiedad de este último; demanda que es concedida al final del proceso en un acto que subvierte el orden esclavista de la época gracias a la amorosa y subversiva actitud de Ciriaco. ¿Qué más cinematográfico que una historia de amor? ¿Qué más subversivo que el amor?

Fue el primer libro de nuestro jurista que tuve la suerte de leer. Había vuelto al derecho y al Perú como profesor en la Universidad Privada de Tacna, después de muchos años. Hasta esa fecha debo haber tenido una imagen inconscientemente positivista (y jusnaturalista) del derecho. Pero el contraste con la concepción jurídica explícita o implícita de Ciriaco, hizo añicos lo que yo entendía por derecho hasta ese momento. Y ya no era un adolescente, aunque conservaba muy vivamente los afectos y los preceptos de «¿Se entretiene usted en el cine?» de los años de humanidades. Por esta razón, presentía lo que podía encontrar en *Ciriaco*, cuyo índice–guión nos da una idea de lo que contiene este «libro film», que se basa en los autos seguidos por Ciriaco, la escritura de libertad a favor de Dionisia, «el paisaje social de la esclavitud», el material normativo, los hechos del caso, el proceso, la lógica del amor y la lógica del amo, los cirujanos, los tasadores, los abogados, el corregidor y, finalmente, la teoría dinámica del derecho.

Con esta nueva y rica versión pude ver que el derecho podía ser tan divertido como mis aficiones más queridas, entre ellas mi inclinación por la historia: historia de amor, amor por la historia. *Ciriaco de Urtecho* presenta un derecho lleno de vida concreta con todos sus matices, de carne, hueso y sangre. No hay manera de separar esa historia de amor de la historia del derecho, de la filosofía del derecho, de la lógica jurídica y de la legalidad «pura». En este caso, del carácter del derecho colonial, que nos permite tomar conciencia más clara de nuestro derecho de hoy. Su puesta en escena histórica y jurídica es exaltante y conmovedora. De paso tenemos una idea concreta y global de ese período tan determinante de nuestra situación actual, en imagen y movimiento: la Colonia.

El conflicto de fondo entre el valor–familia (amor y libertad) y el valor–propiedad se expresa mucho más que como un asunto meramente judicial; se plasma en una obra de arte como es toda disciplina que se basa en valoraciones o

estimaciones, a partir de puntos de vista que se escenifican maravillosamente en este caso. Es literatura —porque todos los elementos de la realidad permanecen inseparables y concretos a partir de una historia recreada donde los personajes hablan por sí mismos, sin la tutela del autor—, pero no ficción. ¿Qué más ficción que el amor de Ciriaco por Dionisia que increíblemente consigue su libertad en plena Colonia? Lo cual nos habla del derecho colonial realmente existente, contra el prejuicio mayoritariamente negativo y simplista respecto de ese período.

El autor no pierde oportunidad para hacer ver, con mucha pertinencia, cómo funciona el proceso por dentro y por fuera, especialmente en lo relativo al uso de las armas argumentativas, y el carácter dialéctico, creativo, incierto, construido, de los avatares y resultados judiciales; contra el mito de una verdad *a priori* que hay que descubrir en cada proceso. Y vemos cómo, en la guerra de razones que es un litigio, hay también creación de soluciones, un tejido de palabras y cosas que es el eje de la vida jurídica:

> El juicio no está constituido por un razonamiento lineal a través del cual la verdad va saliendo paso a paso a la luz y queda manifiesta en la sentencia. Por el contrario, nos encontramos frente a un entrecruzamiento de discursos, de inspiración, organización y estilos diferentes. En un proceso hay muchas personas que hablan —básicamente dos, los litigantes, pero también habla el juez, el escribano, etcétera— y todas hablan de distinta forma. De manera que si descartamos la idea de un derecho objetivo que resuelve todos los problemas desde lo alto de su majestad, si abandonamos la idea de un sentido oculto detrás de las manifestaciones multicolores de los interlocutores judiciales, si adoptamos la idea del derecho como algo que se hace a cada instante a través de cada conflicto, entonces nuestra tarea debe ser no la de descubrir la 'verdad' jurídica enturbiada por los litigantes en cada proceso sino detectar la dispersión de los discursos, poner de relieve las diferencias y las rupturas, individualizar los razonamientos y observar sus choques e interacciones[11].

Es evidente que no estamos tratando con una disciplina (básicamente) cognoscitiva, una especialidad científica, sino una disciplina interpretativa y creadora de soluciones jurídicas. No se ventila un escueto proceso judicial sino que al considerarlo en su complejo contexto integral —en las antípodas de una visión legalista— podemos comprender una época entera. El derecho se entiende no solo «en relación» con la sociedad sino como elemento intrínseco, inseparable o indiscernible de ella. Ciriaco de Urtecho es una recreación de la realidad por la forma y el punto de vista, por la selección del material, por la magistral disposición de los actores y elementos.

[11] De Trazegnies (1989).

Muestra cómo en el derecho pueden contar mucho más los casos singulares o heterogéneos, que implican muchos ámbitos de la realidad en su concreción y en su cualidad, que en su cantidad homogénea y generalizable. No siempre es necesario generalizar en la investigación jurídica. Es la época, el ambiente, el sistema económico social, los impulsos subjetivos, las ideas, las creencias, las costumbres, los valores, el sistema judicial y la concepción del derecho, sin separaciones analítico abstractas, en vivo y en directo, a través de una dinámica historia de amor.

Solo para entender a Dionisia, la mulata que es «objeto» de la disputa judicial, el autor nos sitúa en el contexto de las vicisitudes de la raza africana en nuestro continente, con una fuerza de concentración que nos persuade de que no falta nada esencial. Un lector distraído tal vez se engañe con la función adjetiva, o el número de páginas de este subtítulo. Sin embargo, no es frecuente un trabajo histórico–jurídico con tanta potencia sintética. Una historia de la esclavitud que, por otra parte, se presenta con un título más pictórico que científico; lo que no parece en absoluto casual: «El paisaje social de la esclavitud», en nueve páginas. Y no había otra alternativa para entender la situación de Dionisia que reconstruir esa historia tan dura como importante, tan dolorosa como hermosa, sus voces y sus silencios. En particular la situación jurídica de la raza africana en sus varios matices en el Perú. Estas páginas son completamente necesarias y tienen un valor autónomo. Es una pequeña gran historia de una cultura que enriquece nuestra identidad: la cultura afroperuana. Pero esto todavía está lejos de ser todo.

En realidad, así como se resaltan las invisibilidades y los silencios pertinentes, «el corregidor carece de rostro humano en el expediente, está oculto tras de una rejilla de títulos pomposos y fórmulas estereotipadas, como el sacerdote tras el confesionario. Pero no solo no tiene rostro sino que ni siquiera tiene voz. El juez no habla nunca a los litigantes […]». En esta obra se escuchan, además de los silencios, todas las voces necesarias (¿Quién habla? ¿Por qué habla? ¿A quién habla?). Y aun cuando se trate de las voces de los «tasadores» y «cirujanos» —secundarias aunque necesarias en el juicio— y a pesar de la concentración sintética de la exposición, da la impresión de una prolija exhaustividad, («es preciso comprender la ubicación del cirujano frente al problema y la naturaleza de su dictamen»)[12].

Así también, para explicar el sentido de la sentencia final, se hace una límpida comparación de nuestro derecho actual con el de la Colonia, mucho más abierto e «impuro». Comparación que, como ocurre con todos los puntos temáticos de este libro, y a pesar de ser dichos como de pasada y complementariamente, constituyen un singular aporte, con su propio valor o peso específico. ¿Qué mueve entonces a

[12] De Trazegnies (1989).

este representante de las clases favorecidas con la esclavitud a aceptar la abolición privada que propone Ciriaco? Se trataba de hacer valer una promesa de venta hecha por el amo de Dionisia, que le sirvió al corregidor o juez para conceder la libertad y no solo el cumplimiento de dicho contrato. Quizá la heterodoxa idea jurídica de las *Partidas*, de Alfonso X, aún vigentes en la época: «Servidumbre es la más vil e la más despreciable cosa, que entre los omes puede ser». Y el mismo Ciriaco dice: «Esta piadosa intención (de comprar la libertad de mi esposa) solo biene rebestida de la Caridad y amor conq' sedeuen mirar a las mugeres proprias»[13]. ¿Y qué puede haber más importante que el amor?

La Colonia se basaba en un derecho no sistemático en el que se utilizaba el Derecho romano, o fuentes tan antiguas y prestigiosas como alejadas de la pureza moderna del derecho, como las *Partidas* de Alfonso el Sabio. Allí podemos encontrar ideas como la del parágrafo anterior, o esta otra tan elocuente: «Aman e cobdician naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad, quanto mas los omes, que han entendimiento sobre todas las otras, e mayormente en aquellos que son de noble coracón»[14].

Y culmina el autor proponiendo una nueva teoría del derecho que fluye naturalmente del caso colonial y se hace explícita en el último capítulo que cierra esta obra paradigmática: «Hacia una teoría dinámica del Derecho». Para esto ya había preparado el terreno en la Introducción haciendo una crítica magistral de la concepción jurídica del marxismo vulgar, tan simplista y equívoca como estéril.

> El derecho no puede entonces ser concebido como un juego de espejos que reproducen hasta el infinito la Gran Dominación: no se trata de que, detrás de las formas terminales de poder (contratos, juicios, etcétera), exista un enfrentamiento primigenio definitivamente resuelto entre bastidores (al menos para una época histórica) cuyos resultados son repetidos minuciosamente en cascada a través de todas las relaciones sociales […]. El derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerzas, cada una de las cuales tiene pedestales móviles, locales inestables[15].

En fin, esta obra da mucho más de lo que cualquier lector sensato podría esperar de la historia de un juicio. Por eso, si hay una palabra que resume lo que es esta obra, esa palabra es plenitud, «sobriedad en la plenitud». No describe un juicio solamente sino que ofrece una nueva concepción del derecho y del poder. Esta concepción del poder si bien se inspira o coincide parcialmente con las ideas de la microfísica de Michel Foucault, va más allá de ellas cuando se trata del derecho, pues parte de una crítica a la visión penalista del derecho de Foucault, que es análoga a la visión

[13] De Trazegnies (1989).

[14] De Trazegnies (1989).

[15] De Trazegnies (1989).

tradicional del poder: invariable, piramidal y en cascada. «El panoptismo jurídico de Foucault parece inspirado en la evolución del Derecho Penal.

> […]. El derecho, en cualquiera de sus formas (proceso civil, penal, solución arbitral, solución mediante negociación entre abogados o entre las partes directamente, etcétera), parece más bien una guerra reglamentada antes que una imposición transparente y vertical de un Poder superior. Es básicamente un enfrentamiento de poderes —dentro de los marcos concéntricos establecidos por los enfrentamientos previos— por lo que la sentencia o el contrato serán verdades resultantes o construidas y no simples demostraciones de una 'verdad primigenia' que se encontraba oculta por la pasión o el interés de los litigantes o contratantes […][16].

Ciriaco de Urtecho es un asunto judicial concebido por un dramaturgo. Como aparece en la contratapa del libro:

> Trazegnies descompone este proceso con el objeto de reconstruirlo en toda su intimidad: identifica a los personajes de la historia, desmonta los mecanismos argumentativos, analiza los discursos del esposo y del amo de la esclava, se introduce en la medicina de la época para comprender el peritaje realizado por un cirujano, trata de penetrar en los criterios de los tasadores, en la mente del juez y del escribano; en una palabra, pretende reencontrar el gesto, la expresión, el tono de la voz de los actores que se ocultan entre las líneas del expediente[17].

¿No es todo esto completamente cinematográfico?

Modernización tradicionalista

> *…muchos de ellos combinaron perfectamente el positivismo con su fe católica y con la defensa de una sociedad en gran medida tradicional*
>
> Fernando de Trazegnies

Sin salir de la historia, aunque ya no la historia de un caso judicial en particular sino la del derecho de todo un siglo —decisivo para la historia peruana actual— y siempre dentro de la historia del derecho, en esta parte intento rememorar —más que 'escribir sobre'— *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, el segundo libro de nuestro jurista que tuve el gusto de leer, con un asombro que aumenta con cada relectura porque se ve más claro el conjunto, y también porque uno está en mejor condición para gozar con los múltiples y microscópicos aportes (verdaderas «birguerías» diría un amigo español). Por ejemplo, cuando se ocupa en específico de los juristas peruanos más destacados que expresaron con su conducta y sus ideas jurídicas la 'modernización tradicionalista' en el siglo XIX en este ámbito.

---

[16] De Trazegnies (1989).

[17] De Trazegnies (1989).

En esta obra, de la cual extraigo todas las citas de este subtítulo, la historia del derecho tampoco es asumida como una especialidad científica, como un coto cerrado sin comunicación con el contexto en el que se desarrolla. Es una obra abierta con una temática histórica. Pero historia supone la totalidad de lo que ocurre, aunque se elija un punto específico, lo cual hace del objeto histórico algo siempre concreto y complejo. En otras palabras, *La idea del Derecho en el Perú republicano* es un libro de filosofía del derecho. Y esto no se opone sino que se complementa, con que sea a la vez historia del derecho, ya que no es posible separarlos. La filosofía del derecho puede ser abordada, entendida y asumida de diversas formas, por distintas entradas y pasadizos.

En este caso, por ejemplo, para poner en práctica esa remembranza y por razones de método y gusto por el minimalismo, tomo el concepto de 'modernización tradicionalista', lo hago mío y me centro en él, (Lucien Sfez llama a esta práctica 'robos y operaciones de rapiña', aludiendo a las fuentes de su propia obra). Y a partir de él comento el suculento libro «El presente trabajo, señala su autor, pretende situarse en esa actualmente tierra de nadie —y, al mismo tiempo, 'tierra de todos'— que reúne la Filosofía del Derecho con la perspectiva jurídico social. Su objeto es estudiar las concepciones sobre el derecho, y sobre el papel que debía jugar el orden jurídico dentro del proceso de modernización en el Perú del siglo XIX»[18].

La diferencia es que aquí el acento no se coloca en los sistemas *jus* filosóficos y la vinculación teórico polémica entre ellos, sino «en el proceso social que engloba los aspectos filosóficos, jurídicos, económicos, etcétera». Eso quiere decir que los encasillamientos o compartimentos estancos, metódicos y epistemológicos, explotan antes de ser aplicados a esta obra heterodoxa. El asunto o tema no pierde, por supuesto, su carácter histórico por enfocarse filosóficamente, por ser filosofía de la historia. Más bien ello es inevitable. Conciente o no, no hay historia sin filosofía de la historia. Lo cual se conjuga muy bien con una perspectiva histórica que se reconoce como tal. Filosofía original y en verdad intempestiva, no solo en el sentido de inesperada, sin antecedentes, sin semejantes, «sin tradición o modelo normativo» (Derridá), sino también «contra el tiempo, por un tiempo por venir» (Nietzsche).

Como no hay historia sin filosofía de la historia, sin la perspectiva del historiador, siempre habrá una idea de historia implícita. En consecuencia, siempre habrá interpretación. Y con la interpretación la determinante participación del sujeto, de la subjetividad, lo cual hace los estudios históricos más complejos aún. No hay neutralidad óptica, no hay asepsia ideológica ni aquí ni en ninguna parte. En este caso, la idea de historia no es solamente la de un recuento lineal de hechos

[18] De Trazegnies (1980: 223).

o datos del pasado, fechas o nombres obligatorios, sino la conciencia del presente a través de la interpretación de dicho pasado: lo que se quiere no son datos sino el sentido, el logos, la razón, los vínculos del todo. El logos, el sentido, la razón de ser, se configura a posteriori y no excluye las discontinuidades y la historia «eventual» (Foucault). El presente es el resultado de la concatenación de los múltiples hechos del pasado olvidado u oculto especialmente. Historia como conciencia, conciencia como camino de libertad y libertad como conciencia de lo que se necesita.

En este caso, por ejemplo, se trata «de saber por qué fueron bien recibidas las ideas de tal o cual filósofo extranjero, con qué otros hechos sociales concuerda el desarrollo de tal tesis o el empobrecimiento de tal otra, de qué manera la totalidad del proceso de modernización puede explicar —al menos parcialmente— el tipo de síntesis filosóficas que los juristas peruanos efectuaron». Como se ve, el objetivo es la «totalidad del proceso». Un objeto así solo puede abarcarse mediante la filosofía. Y en este caso la filosofía del derecho.

¿Qué es 'modernización tradicionalista'? «En líneas muy generales, podría decirse que este proceso se identifica por una recepción de un cierto número de elementos capitalistas, ligado a una profunda resistencia a todo cambio en la estratificación social: se quiere devenir capitalista, es decir, moderno, pero al mismo tiempo se quiere conservar las jerarquías sociales tradicionales». Así se da la paradoja de una formación social moderna y tradicional a la vez. Y de ahí la mentalidad de sus componentes mayoritarios y otras mil consecuencias poco saludables.

No creo que haya algo más peruano en el plano de los conceptos que el de 'modernización tradicionalista'. Fernando de Trazegnies lo explica y ejemplifica con tan buenos ejemplos —una veintena de juristas que influyeron fuertemente en el Perú, entre otros muchos— que sus hipótesis de trabajo (como él llama con modestia a sus espléndidas ideas) son criterio imprescindible para contrastar con las nuestras y con eso que se llama normalmente «la realidad». La experiencia (y no solo la experiencia) me ha llevado a reconfirmar las «hipótesis de trabajo» de *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX.*

La categoría de 'modernización tradicionalista' es válida, vigente y aplicable aún para el presente y quién sabe para cuanto futuro todavía. No se trata, sin embargo, solo de un acierto general, sino también de aciertos «microscópicos» en el sentido que Foucault daba a estos términos cuando hablaba de microfísica y microanálisis aplicado al poder. Debo aclarar también, de paso, que no pretendo escribir aquí, a nombre de una especialidad científica o a partir de un encasillamiento académico, sino de la común experiencia de ser peruano y bajo mi propia cuenta. Lo que digo aquí también es interpretación y por tanto soy el único responsable de ella.

Tal vez pueda decir que no escribo sobre la obra de Fernando de Trazegnies Granda, sino a través de él y por él. En las múltiples afinidades electivas y en las

diferencias —que también son fuente de curiosidad e inspiración y las que con más fuerza nos tiran para adelante—, nos tientan a seguir preguntando, a seguir dudando, a seguir sospechando hasta de las cosas más sagradas en mi caso. Es comprensible, entonces, que el suscrito esté completamente involucrado en el concepto de 'modernización tradicionalista'. Sabemos de las cosas de los peruanos no solo gracias a una encuesta en pueblos jóvenes o a una brillante investigación sociológica, sino por propia experiencia subjetiva. Y a veces se hace abstracción de este ingrediente decisivo: el papel de la subjetividad en las disciplinas que abordan al ser humano integralmente: filosofía, historia, derecho, etcétera.

La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX organiza, da forma y sentido a los datos sueltos, completamente inconexos que uno puede tener —que yo tenía de la historia del derecho peruano— antes de leer este libro. Todo se coloca en su sitio y la filosofía del derecho revela su necesidad al revelar su función integradora y totalizante. Y no solo en cuanto a las ideas *jus* filosóficas en el Perú sino en cuanto a los sistemas jurídicos enteros. Todo queda bastante claro, la visión general y los detalles. Por eso decía Hegel que «la verdad es el todo». Es que siempre suele haber alguien que llega antes de que lleguen todos y no siempre es muy comprendido por sus contemporáneos. De ahí que las objeciones que se le pueden hacer a una obra como la comentada «son perfectamente válidas, como dice su autor, si nos mantenemos en los feudos metodológicos existentes»[19]. Pero nadie nos obliga a mantenernos dentro de los «feudos metodológicos existentes», a los cuales —confiesa el autor— no rinde «mayor pleitesía»[20]. Categorías adecuadas y creativas a la medida de la realidad peruana son beneficiosas para la comunidad, aunque la comunidad no se entere de ello. Tampoco hay que olvidar que no hay neutralidad ideológica, que no leemos la realidad en estado de beatitud sino desde una perspectiva, y toda perspectiva está contaminada histórica e ideológicamente. La verdad es una especie de mentira, una mirada sin perspectiva. Lo que hay, sin embargo, son puras perspectivas, lo cual no es necesariamente equivalente al relativismo, que cae en el «absoluto» en el momento de rechazarlo («todo es relativo»).

La 'modernización tradicionalista', la nuestra, la peruana, no es solo un problema del macrocosmos nacional sino que, como señala el autor, se reproduce en el microcosmos que representa cada peruano. Y cada quien puede hacer las comparaciones, contrastes o relaciones entre los dos cosmos desde su propia perspectiva. Una forma específica de *nosce te ipsum*. En suma, los peruanos no somos ni modernos ni premodernos. O dicho crudamente: como comunidad no somos aún *ni chicha ni limonada*, quiero decir ni nación ni proyecto coherente. Salvamos

[19] De Trazegnies (1980: 223).

[20] De Trazegnies (1980).

el día cada uno por su lado y mantenemos el statu quo. Por eso lo que fastidia no es ni la tradición ni la modernidad sino el abigarramiento y la desarmonía, la inconsistencia, la inconsecuencia, que producen inestabilidad, inseguridad, pobreza, mala educación, etcétera.

Eso es más grave y notorio en el plano de los valores. Aunque esa falta de armonía y coherencia se pueda ver a cada paso en las más distintas actividades: en política, en educación, en economía, en deporte, etcétera. Lo que no significa que esos ingredientes (moderno y colonial) sean simétricamente influyentes. Predomina la tradición, la premodernidad. Lo que hay de moderno sirve para mantener la tradición y cierto poder tradicional que se renueva en sus componentes, pero que se mantiene como poder tradicional. Tal vez por eso los conceptos o categorías que se usaban, por ejemplo, en la izquierda de los años setenta —aunque también antes y después— eran demasiado maniqueos o macroscópicos. Y eso los hacía inoperantes en la teoría y en la práctica. De allí se deducían programas políticos, caracterizaciones, etcétera. Pero como el Perú no es un país moderno ni premoderno exactamente sino mixto, hay que analizar cómo se conjugan —histórica, axiológica, social, individualmente— esos ingredientes en concreto (las «múltiples determinaciones») como lo hace bellamente *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX.* Es otro atractivo más de los muchos que tiene esta obra.

El hecho de que en la perspectiva de la 'modernización tradicionalista' la modernidad solo tiene sentido si sirve al poder tradicional, a los intereses tradicionales más poderosos, no encaja ni en la modernidad pura ni en la tradición pura («sus características se contraponen tanto a un fondo tradicional como a un fondo capitalista»). En mi especulación, esto es crucial en el ámbito de los valores: se conservan los valores tradicionales que no se armonizan y compatibilizan con los valores en que se funda la Constitución republicana y democrática moderna desde 1821. No nos decidimos por ninguno de los dos, queremos los dos: un poco de modernidad y un poco (demasiado) de tradición. Pero la realidad peruana actual prueba que esa conciliación no solo es imposible sino la causa mayor del problema del subdesarrollo con todas sus horribles secuelas.

Eso provoca una cadena de incompatibilidades y, en consecuencia, otras tantas incongruencias. El concepto de 'modernización tradicionalista' resulta muy fructífero porque en él nos encontramos cara a cara con nuestra realidad personal y social más radical, además de su matriz conceptual, su estructura esencial, sin solución de continuidad. Sin pretensiones científicas, este concepto es más provechoso que muchos conceptos o categorías denominadas, con injustificado orgullo, científicas, aun en el caso que lo fueran. Uno también puede llamarse a sí mismo científico sin serlo. Lo que no significa que el derecho sea menos interesante o importante o complejo que una ciencia especializada, porque no es así, el cientificismo.

Microcosmos

Gilles Deleuze decía que la filosofía es creación de conceptos. Y los conceptos son herramientas, solo tiene valor instrumental. En este caso, por ejemplo, el concepto de 'modernización tradicionalista' es una herramienta que nos hace ver la imprescindible necesidad de la filosofía del derecho y de la filosofía en general. Y no es necesidad menor. La 'modernización tradicionalista' es en el Perú la realidad cruda, y en la realidad cruda no hay conciliación posible en relación a la contradicción entre valores tradicionales y valores modernos, por lo menos en nuestras circunstancias peruanas. Lo que hay no es sino el predominio de un elemento sobre el otro. Realidad que el autor de *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* define y ejemplifica desde la forma más general (la categoría de 'modernización tradicionalista') hasta los ejemplos o casos más específicos y concretos, los seres humanos individualmente considerados, los juristas peruanos más destacados que a la vez fueron expresión de la aludida 'modernización tradicionalista'.

Cuando se ocupa de Bartolomé Herrera, por ejemplo, pareciera hablar de muchos colegas del derecho de hoy: «Herrera descarta la monarquía absolutista y la democracia»[21]. Y hasta hoy la política peruana parece así, aunque muchos se declaren demócratas sin serlo, es decir, «ni esto ni lo otro»: ni demócrata ni absolutista; ni capitalista ni comunista; ni moderno ni premoderno, etcétera. «Las ideas de Herrera representan la posición conservadora dentro de un proceso de modernización». Sin embargo, aclara inmediatamente que de ninguna manera «Herrera pretende adoptar una línea irremediablemente tradicional. Por el contrario, acepta —aunque con muchas reservas— que la situación del Perú no es la de España, y que no se trata meramente de conservar un país colonial del pasado sino de sentar las bases de una nueva nación. Pero en este proceso de creación de algo nuevo —desde el punto de vista político— se hace necesario preservar ciertos valores que no son del pasado sino de siempre, valores que se derivan de la naturaleza del hombre y de la sociedad […]». Aquí podemos parafrasear a Octavio Paz: las leyes son nuevas pero viejos los valores sociales…de Herrera. Valores del pasado, a pesar de Herrera, pero no valores «de siempre»: ni universales, ni eternos, ni divinos, ni naturales sino históricos o humanos.

Luis Felipe Villarán también está «imbuido de ese eclecticismo que caracteriza a los autores que venimos reseñando, en el que se combinan elementos del jusnaturalismo tradicional con los del jusnaturalismo liberal comentado […] a pesar del liberalismo reseñado, Villarán tiene en mente un tipo de sociedad que no corresponde al ideal liberal y que requiere todavía elementos de un jusnaturalismo más tradicional para asegurarse. Es interesante advertir que el empresario —ese nuevo

[21] De Trazegnies (1980: 92 y ss.).

personaje que pretende precisamente desarrollar su iniciativa privada y vivir de acuerdo a los principios liberales— es visto con desconfianza por Villarán»[22].

Aunque hay muy claras diferencias de matiz y hasta de color, más o menos liberales, más o menos conservadoras, todos son casos distintos del mismo fenómeno de 'modernización tradicionalista' jusnatural–positivista. He aquí algunas otras pinceladas: aludiendo a José Silva Santisteban afirma que «suponer que el proceso de modernización está muy avanzado y que solo se requieren ciertos ajustes es afirmar que el derecho y el Estado no deben tocar las bases mismas de la sociedad que son correctas, sino simplemente remozarlas y adaptarlas a las circunstancias presentes; recordemos cómo hemos tipificado precisamente la denominada 'modernización tradicionalista' por constituir un sistema dinámico de estructura de adaptación […]. Silva Santisteban se opone tanto a un pensamiento jurídico tradicional como a un pensamiento «demasiado» liberal que pretende crear un sistema de reglas altamente abstractas, formales y generales […]. Combina Dios y la razón»[23]. Lo que muestra además lo avanzado que estaba para su tiempo José Silva Santisteban, un racionalista liberal a la peruana. Hoy día se sigue funcionando mentalmente de la misma manera. Por ejemplo, cuando se habla de la «consolidación de la democracia». Una consolidación que se hace eterna. Una consolidación que no termina nunca, porque no comienza nunca. Y es que para consolidar la democracia es necesario vivirla primero, tratar de ponerla en práctica.

Otro caso semejante es el de Toribio Pacheco, que según el autor «asume una posición progresista liberal y trata de desarrollar un derecho adecuado a la modernización. Sin embargo, su posición de principio resulta abstracta y teórica porque no llega a darse cuenta en forma explícita que la modernización peruana no es auténticamente liberal y que lo fundamental en el Perú del siglo XIX es, en el fondo, conservar una estructura de poder que puede ser mejor servida muchas veces por el instrumentalismo que condena antes que por la racionalización teórico formal de la doctrina a la que aspira». Un racionalista moderno que en el contexto peruano resulta un conservador, porque la ley en el Perú no representaba el interés general sino el de grupos sociales o partidos políticos hegemónicos.

Igual ocurre con Francisco García Calderón, «una de las mentes más brillantes de su tiempo»[24] y también, como Toribio Pacheco, gran defensor de la ley en un país donde la ley era expresión de los intereses de las clases poderosas, muy bien representadas en el Parlamento. Lo cual es típico de la 'modernización tradicionalista': «el grupo dominante que la lleva a cabo tiene interés en no perder las riendas

[22] De Trazegnies (1980: 141 y ss.).

[23] De Trazegnies (1980: 101 y ss.).

[24] De Trazegnies (1980: 110 y ss.).

del proceso, la ley puede constituir el instrumento más eficaz para mantener el control; lo que establece las bases sociales del positivismo […]». Esto explica la vigencia del positivismo, y no solo en el ámbito académico, habida cuenta del carácter determinante de este último ámbito en la vida jurídica.

Ocurre algo muy semejante con Miguel Antonio de la Lama. Por un lado se trata de un jurista más tradicional que García Calderón, pues «su modernización tradicionalista tiene bases religiosas»[25], «coloca el orden social bajo la incontrovertible autoridad de Dios […], el orden natural es un orden de voluntad no de razón […]. Sin embargo, Lama cree en el progreso, cree en las posibilidades del ser humano que la filosofía moderna enfatiza […]». Eclecticismo no es, sin embargo, creación; no es una fusión que crea una nueva realidad superando sus componentes opuestos. En el eclecticismo los elementos permanecen uno al lado de otro, yuxtapuestos. No se intenta la conciliación porque se topa con su imposibilidad, aunque se cree en ella en abstracto. Y no se quiere elegir aunque siempre se elija inevitablemente: la defensa de la tradición, del status tradicional.

También ocurre algo análogo con Manuel Atanasio Fuentes: «Entre todos los teóricos del derecho cuyas ideas estamos reseñando, quizás el más influenciado por las ideas modernas es Manuel Atanasio Fuentes, aún cuando asume una posición muy conservadora en política»[26], conservador en el fondo, aunque liberal en algunos aspectos parciales. Eclecticismo; no heterodoxia creadora.

Pero más adelante también hace lo propio con los representantes de la 'modernización tradicionalista' positivista, como Manuel Vicente Villarán, Federico León y León, Javier Prado Ugarteche, Cesáreo Chacaltana, Alberto A. Elmore y Ricardo Ortiz de Cevallos. Y estos son solo dos capítulos de la parte II de *La idea del derecho…* Del primero de los nombrados dice nuestro jurista:

> La filosofía jurídica que Villarán enseña a fines de siglo en la Universidad de San Marcos sigue la temática kantiana; y, dadas las dificultades del kantismo en las relaciones entre los principios de la Ética y la positividad de las normas jurídicas, Villarán se mece entre un jusnaturalismo formalista que a veces encuentra insuficiente y un positivismo que le atrae por su aspecto científico pero al que parecería faltarle una brújula moral[27].

En suma: ni positivista ni jusnaturalista, pero bebiendo de ambos sin unidad ni consistencia.

Con relación a esta supuesta o real falta de brújula moral —que sería la limitación de un derecho concebido positivistamente— que produce un conflicto

[25] De Trazegnies (1980: 124 y ss.).

[26] De Trazegnies (1980: 131 y ss.).

[27] De Trazegnies (1980: 241).

en el espíritu de Villarán, mi modesta hipótesis es que el conflicto de Villarán no se produce en la realidad misma, por así decirlo, sino en el espíritu de Villarán, debido a unas ideas inadecuadas de ética y de moral y de una inadecuada relación de estas con el derecho. Y si me atrevo a opinar con desfachatez, es solo por estar motivado por una humorosa enseñanza de nuestro jurista, según la cual «no hay que caer en la castración por evitar la fornicación». Es importante porque Villarán es el paradigma que muchos discípulos han seguido con razón, dadas sus dotes de gran jurista peruano. Que estemos de acuerdo o no con él es otro asunto.

En resumen, se trata de lo siguiente: los positivistas —y en este aspecto Villarán lo es— distinguen entre moral —que en nuestro caso particular sería la moral católica y la moral cristiana de las iglesias no católicas— y derecho, —que es un sistema que se crea y funda en valores modernos— y a ellos les parece una limitación, un vacío, un fallo del derecho que no pueda consustanciarse con la moral, que no tenga «brújula» principista o valorativa, que es lo que ellos equivocadamente creen o insinúan. De tal manera que para ellos la ética moderna —que aquí es distinta y distinguible de la moral— no existiría simplemente. Sin embargo, existe y es la «brújula» del derecho o debe serlo. Una ética moderna se basa en valores modernos: los mismos que el derecho democrático y republicano, que es el nuestro.

En consecuencia, si la ética moderna es un conjunto de valores consustanciales al derecho en sentido moderno, basada, como dijimos, en la libertad, la dignidad, la igualdad de derechos, la tolerancia, el pluralismo, etcétera, el derecho moderno no necesita entonces una brújula moral porque implica una ética que es parte del derecho moderno mismo conformada por esos valores que le son propios. Es una ética que aparece históricamente como una crítica de la moral tradicional, como en el caso de los filósofos de la Ilustración y sus descendientes. Asumiendo en este caso una idea de derecho posible, como la de Julien Freund: «una mediación entre ética y política».

Contrarreforma

Volviendo a las conjeturas, también creo que la idea de 'modernización tradicionalista' se corrobora con otras ideas. Por ejemplo en relación con la idea según la cual somos «hijos de la contrarreforma» de Octavio Paz, quien consideraba como grandes obstáculos a la modernización de nuestros ex virreinatos, los obstáculos político–ideológicos: la poderosa influencia del absolutismo monárquico y la teocracia precolombina. Pero especialmente la contrarreforma católica:

> Somos hijos de la Contra reforma, dice Paz. Esa circunstancia, así como la influencia de las culturas prehispánicas, han sido determinantes en nuestra historia y explican las dificultades que hemos experimentado para penetrar en la modernidad.

> Creo que esto ha sido particularmente cierto en los casos de los grandes virreinatos: Méjico y Perú. La inestabilidad, dolencia endémica de América Latina, ha sido el resultado de un hecho poco examinado: la independencia cambió nuestro régimen político, pero no cambió nuestras sociedades[28].

Por eso mantenemos mucho de la ideología prerrepublicana, colonial o premoderna.

En resumen, cuando adoptamos la constitución republicana y democrática moderna, nuestras sociedades estaban demasiado lejos de ser modernas y democráticas. Esta contradicción que no se resuelve ni se quiere resolver hasta hoy, produce inestabilidad política, como dice Paz. Y esa inestabilidad política genera a su vez inseguridad jurídica. Esto trae como consecuencia un limitado desarrollo económico, lo cual, a su turno, genera pobreza y miseria, es decir, subdesarrollo. Y las cosas básicamente no han cambiado. El problema matriz sigue igual: se mantiene la 'modernización tradicionalista' y los variados e inconsistentes cambios parciales, burocráticos y superficiales «de acomodo». No se resuelve la contradicción básica: leyes nuevas y sociedades viejas. Todo cambia para que nadie cambie.

¿Qué relación hay entre contrarreforma y 'modernización tradicionalista'? Como su nombre lo indica, la contrarreforma supone, en primer lugar, un movimiento religioso político contra la reforma protestante luterana que dio lugar al cisma de la *res pública* cristiana y que es uno de los gérmenes esenciales de la modernidad, como el Renacimiento, la Ilustración o el descubrimiento de América. En esencia la reforma fue una respuesta frontal contra la autoridad más poderosa de Occidente en ese momento: el Papa. La crítica a la autoridad —como se sabe sobre todo después del psicoanálisis— estimula la inteligencia porque desarrolla la capacidad crítica —crítica significa conocimiento y no denostación—. La contrarreforma, por su parte, es —literalmente— lucha a muerte contra lo que representa ese germen de modernidad, la reforma protestante: gusto por el cambio, sentido de individualidad, actitud crítica frente a la tradición y capacidad autocrítica; imprescindible medio de desarrollo personal y social moderno. La reforma no es exactamente la modernidad —Lutero abominó lo que él mismo había desatado— sino uno de sus cimientos históricos más importantes.

¿No fueron 30 años de miedo y terror, odio e intolerancia implacables entre católicos y protestantes? España y no Roma lideraba la contrarreforma, más papista que el Papa desde los reyes católicos hasta la democratización posfranquista. Y cuando digo España quiero decir también nosotros los hispano-americanos que éramos parte del Imperio español, por lo que además de hispanos, como seguimos siéndolo, éramos en ese entonces españoles. Por eso ahora hemos terminado siendo

[28] Paz (1990).

más papistas que los españoles actuales que se han decidido por la democracia y el desarrollo integral, gracias a lo cual salieron del subdesarrollo franquista.

> Es bien conocido el hecho que a lo largo del siglo XVI se fueron enconando cada vez más los ánimos de los diversos campos en los que se había dividido la cristiandad. Mientras los protestantes fomentaban entre sus secuaces el odio más vivo contra todo lo católico, y en particular contra el Papa, los católicos presentaban a los protestantes como síntesis de corrupción y como víctimas de las más innobles pasiones. Mientras los luteranos y los calvinistas condenaban a muerte a los católicos por defender su fe, los católicos en Roma, en Francia y en España enviaban a la hoguera a los protestantes fieles a sus creencias […]. Índice de esta posición de antagonismo y apasionamiento de los dos campos son, a lo largo del siglo XVI y primera mitad del XVII, ante todo, el hecho de que cada una de las partes procuraba eliminar por completo a la otra del territorio que había logrado dominar. Así se llegó a establecer oficialmente el principio *cuius regio, eius et religio*, 'la religión deber ser la del soberano'. Por este principio se colocaba a los de confesión contraria ante la alternativa de cambiar de confesión y abrazar la dominante o emigrar. Al colmo del apasionamiento se llegó cuando se persiguió a muerte a los de confesión contraria[29].

Y esas experiencias no se van así no más del alma humana. De ahí nuestras fuertes dosis actuales de intolerancia, despotismo y corrupción en todos los niveles sociales y políticos.

Es verdad que también dentro del movimiento de contrarreforma hemos tenido grandes representantes de la mística española en América Latina, el lado sublime de ese movimiento que se pensaba como uno de renovación, es decir, como no–reactivo, razón por la que no aceptaba la denominación de «contrarreforma». En cuanto a la mística, fue una experiencia humana grandiosa. Creo que se puede colocar al lado de San Juan de la Cruz y Teresa de Ávila a San Martín de Porres: una misma generación, un mismo espíritu, cada quien en sus circunstancias particulares. En consecuencia, no se trata de adoptar actitudes iconoclastas frente al pasado sino más bien de una «heterodoxia de la tradición», como llamaba José Carlos Mariátegui a una actitud que no es ni iconoclasta, ni tradicionalista, ni ecléctica. Y creo que coincide con nuestro jurista en esa actitud frente a la tradición jurídica (y no jurídica). El también se siente heterodoxo:

> Es muy grave menospreciar la tradición, porque ello supone intentar levantar un edificio sin hacer primero un estudio de suelos y sin aprovechar los materiales que ya tenemos a la mano. Es muy grave también sacralizar la tradición al punto de no distinguir entre el nivel del suelo en el que estamos de pie y el nivel de las capas geológicas anteriores. De esta manera puede suceder que nos convirtamos en topos. Que se mueven debajo de la superficie por corredores de un pasado sin darnos cuenta que este ya pasó[30].

---

[29] Llorca y otros (1964: 913).

[30] De Trazegnies (1980).

Este último es nuestro caso: somos topos. Y no es el catolicismo en general sino la contrarreforma en particular quien probablemente tiene que ver más con esa situación, porque parece haber ocasionado una suerte de internalización popular de la represión eclesiástico judicial, análoga al moderno terrorismo de Estado, pero válida para el derecho de la época, de ahí las dificultades ideológicas educativas. Solemos adoptar una actitud sumisa al poder, pasadista, conformista, reactiva, mimética, etcétera. Apostamos esencialmente por el pasado, la tradición, el orden y la autoridad, aunque se haga esa apuesta adoptando formas modernas, lo cual no es un gran ejemplo en educación. A eso se puede llamar eficacia de la contrarreforma. Pero de valores modernos o cívicos muy poco, o de manera inconsecuente y contradictoria, como ocurre en los colegios: horas de religión católica, ensayos para desfiles premilitares y horas de educación cívica (cuando no solo de lo primero) ¿Quién hace la conciliación en la cabeza de los estudiantes?

Sin embargo, proviniendo de una ciudad que según Basadre representa la República, es un deber recordar que una república es un sistema político laico, democrático y social. Y por eso hay derecho a preguntar: ¿Qué puede representar toda esa simbología en el *Te Deum*, cada 28 de julio, sino la sumisión a la tradición? De ahí la importancia de la idea —tal vez poco científica— de «hijos de la contrarreforma», para entendernos como ex virreinatos, o colonias supérstite. El espíritu contra reformado está bien vivo y se expresa en los diversos autoritarismos sociales que parecen haberse fijado a una época pasada con prolongación hasta la nuestra, por falta de ruptura.

Toda esta herencia contra reformada va perfectamente bien con el concepto de 'modernización tradicionalista'. Frente a la contradicción entre valores tradicionales y valores modernos que siempre sufrimos sin resolver, se intenta o se cree poder conciliar lo inconciliable. Y como eso no es posible, cuando colisionan esos valores hay que elegir uno u otro (tercio excluido) y siempre se eligen los valores tradicionales. Aun los elementos o ingredientes modernos, como ya se dijo, son medios para preservar el poder tradicional en el proceso de 'modernización tradicionalista'. De ahí el eclecticismo teórico y la indiferencia frente a los valores modernos, la libertad, la tolerancia, la igualdad, la dignidad. Nadie logra conciliarlos con los valores tradicionales porque son incompatibles de principio.

Hay eclecticismo porque la contradicción de valores no se resuelve, es decir, no se elige uno de los términos sino que se «quiere todo»: tradición católica y democracia moderna. Se elige no elegir aunque se elija de hecho la tradición. De ahí que no se asume la modernidad integral o consistentemente (su política, su economía, su educación, etcétera) y por tanto como prioritaria frente a los valores tradicionales realmente existentes. Esto no quiere decir que postulemos

descartar de plano la tradición, sino en la medida que dificulte, impida o bloquee la posibilidad de una modernización integral. Por lo demás, no se trata de mantener la tradición sino de renovarla y vivificarla. En educación, los valores cívicos frente a los tradicionales; en política la reforma del Estado, especialmente la del poder judicial.

En nuestras sociedades contra reformadas muchos grupos de poder —además de heredar ese carácter intolerante, autoritario y centralizador, que va de lo doméstico a lo político, al más alto nivel— son también expresión, a su modo, de la 'modernización tradicionalista'. Por eso en sus discursos aparecen a la vez como muy católicos y muy demócratas. Pero teniendo en cuenta que la democracia es un sistema —medio— o instrumento para la libertad, la igualdad, la dignidad, etcétera, uno se puede preguntar cómo se produce específicamente esa conciliación de valores demo liberales con el espíritu viviente de la contrarreforma. El eclecticismo no es una solución sino el problema.

Lo cual no niega que la relación entre modernidad y tradición sea conciliable en otros contextos. Y será posible entre nosotros si renovamos nuestra cosmovisión predominantemente tradicionalista y premoderna. Esto en el ámbito de la educación es fundamental. Un ejemplo de esa conciliación posible entre modernidad y tradición es el caso de Japón. Ellos decidieron abrirse a occidente y al hacerlo asumieron, a su modo, una forma de modernización que iba bien con los valores del Japón tradicional, con ventaja. Lo cual, sin embargo, no fue sencillo ni pacífico —el suicidio del escritor, actor, y experto en artes marciales, Yukio Mishima, mediante el rito del «sepukku» es muy significativo—, pero en Japón por lo menos era posible, los valores en juego eran conciliables.

En nuestro caso el problema es que uno de los elementos de la contradicción —el tradicional— es opuesto al elemento tradicional, es decir no conciliable. Ese elemento tradicional nuestro, por sus propias características intrínsecas, hace imposible la conciliación cuando colisiona con valores modernos, como ocurre con todas las verdades eternas, absolutas y únicas. Mientras que en la cosmovisión japonesa, en su concepción dialéctica, vacía o recipiente del mundo, se concilian el budismo zen y el shintoismo, o la ética samurai con la modernidad occidental. Además el Japón es un país mucho más viejo que el Perú.

Como país, como Perú, dice Raúl Porras Barrenechea, entre otros, hemos nacido con la conquista. Por tanto, no tenemos ni quinientos años cumplidos; sin embargo, muchos peruanos no piensan así —hay algunos que hablan de diez mil años, de «cultura milenaria»—. El asunto sigue siendo discutible, sigue sin resolverse en el alma de muchos. ¿Desde cuándo existe el Perú y por qué? ¿Qué es el Perú? No está claro. Y esto nos lleva a los problemas de identidad; otro gran tema de la rica visión de nuestro jurista.

El falso nosotros

> *Es solo la combinación de los dos sueños que desvela el misterio y hace ricos a ambos.*
>
> Fernando de Trazegnies Granda[31]

No creo que abunden países como el nuestro, en los que sus gentes tengan vergüenza de una de sus dos señas principales de identidad (la andina) aunque no la reconozcan o la oculten; y simultáneamente desconozcan, nieguen o renieguen de la otra seña esencial (la hispana) en su propio idioma. En los años que enseño he hecho muchas y variadas encuestas entre los alumnos. Lo que se ve a primera vista es que la gran mayoría no sabe claramente a qué cultura pertenece.

Los que no han sido demasiado ideologizados por el indigenismo reconocen que somos una cultura mestiza. Pero no parecen hacerse problemas respecto a reconocer lo particular en ese mestizaje específico: que la predominancia hispánica, es decir, europea u occidental, es apabullante: por la moral o religión (católico hispana) por la estructura mental aristotélico–platónica (griega), por el derecho (romano) y por la lengua (greco latina) que es «la sangre del espíritu», como decía Unamuno. Y también parecen ignorar esto mismo, que se trata del espíritu, de la cultura y de la historia, no de la raza; que para determinar la cultura a la que se pertenece no importa ni la sangre ni la etnia, ni el color de la piel, sino la lengua, la religión, la estructura mental, el sistema de organización político jurídico y otros detalles como esos.

El «falso nosotros» —otro concepto iluminador de la obra de Fernando de Trazegnies— emerge nuevamente al exterior en forma de hecho político social con el fenómeno nacionalista —que siempre está latente, siempre está ahí—. «Nosotros» en este caso significa 'lo andino' que excluye 'lo hispano', es decir, lo europeo u occidental, aunque se hable ambiguamente de «cobrizo» y se haga de este asunto una cuestión de color, generándose más racismo al revés: anti-blanco, anti-hispano, anti-occidental, anti-europeo.

Lo malo es que creerse ajeno a lo que uno es, hacerse ajeno a uno mismo, es propiamente la definición de la enajenación. No son solo vocablos intelectuales «retro», sino problemas irresueltos en el «yo» de muchos peruanos y no solo de los indigenistas. Es importante porque además el indigenismo dejó de ser una ideología de elite hace varias décadas al penetrar en la cultura popular de la peor manera: por la vía del re–sentimiento.

[31] De Trazegnies (1997).

He aquí que se hace necesario e ineludible estudiar el fenómeno y el concepto poco estudiado de re-sentimiento (a pesar de su clara pertinencia). El renegar de lo que uno es en gran parte —la parte fuerte— por identificación excluyente con la otra parte —la débil— no es un signo de salud. Somos conquistados y conquistadores, mestizos más allá de la raza y de la sangre, mestizos por algo que es más importante y decisivo: el espíritu. Lo cual no significa que proponga fijarnos como rígidas mariposas atravesadas por el cruel alfiler a nuestra «auténtica» identidad mestiza —una vez descubierta o reconocida—, sino de amplificar el mestizaje. La identidad no sirve de fijador sino de punto expansivo, al reconocerse se puede ir diluyendo en otros horizontes hasta hacerse irreconocible, ganando en riqueza y universalidad. Un peruano no puede estar veinte años en Japón tratando de evitar todo contagio para preservar su identidad. Tendrá que devenir necesariamente peruano–japonés si se queda allí. Esa será su auténtica identidad, su devenir peruano–japonés.

Borges o Vallejo no dejaron de ser profundamente sudamericanos, cada uno en su propio país y estilo, porque fueron profundamente hispanos, es decir, europeos y occidentales. El coincidir con el surrealismo o el movimiento dadá no hace menos andino a Vallejo. Ni qué decir de Borges, el más «europeo» de los escritores latinoamericanos. Que no digan que los peruanos que viven más arriba de cuatro mil metros sobre el nivel del mar no son occidentales y mestizos, porque lo son de muchas maneras, pero sobre todo por su cristianismo, por más sincrético que sea, o por ello mismo. El caso del gran poeta puneño Carlos Oquendo de Amat es un gran ejemplo de identidad mestiza plenamente florecida. Un poeta cosmopolita de los años veinte, a orillas del Titicaca, a 3,800 metros sobre el nivel del mar.

Es curioso que sea un azangarino —como el suscrito que firma este ensayo—, el personaje de un cuento de *Imágenes rotas* de Fernando de Trazegnies: Manuel Choquehuanca, quien representa el mestizaje en dicha obra, si se puede decir, y formula su concepto con algunas bellas y precisas frases. Me sorprende no solo porque compruebo con alegría mi común interés con el autor por este hondo problema peruano —el mestizaje y en particular el problema del «falso nosotros»— sino también porque lo siento y vivo de la misma manera: «Soy indio, pero también algo más; soy español, pero también algo más. Esta doble vinculación no me ata dos veces sino que me permite tomar distancia y liberarme de todas las sangres. Simplemente soy libre: los materiales que se me han dado son variados y estoy agradecido por ello; pero tengo que usarlos para inventarme a mí mismo»[32].

[32] De Trazegnies (1992: 15).

Bibliografía

De Trazegnies, Fernando

1980 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1992 *Imágenes rotas.* Lima: Ediciones del Dragón, p. 15.

1994 «Discurso de Fernando de Trazegnies por el 75º aniversario de la Pontificia Universidad Católica del Perú». *Themis*, Lima, Nº 30, p. 21.

2001 *Pensando insolentemente: tres perspectivas académicas sobre derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Heidegger, Martin

1995 *Carta sobre el humanismo*. España: Alianza Editorial, p. 22.

Humboldt, William

1995 «Breve lectura liberal». En *El fin del hombre.* Bogotá: Fundación Friedrich Naumann, p. 35.

Llorca, Bernardino y otros

1964 *Historia de la Iglesia católica.* Madrid: Editorial Edad Nueva, Biblioteca de autores cristianos, p. 913.

Negri, Toni

1984 *L'anomalie sauvage: Puissance et pouvoir chez Spinoza*. París: Presses Universitaries de France, p. 45.

Nietzsche, Friedrich

2005 *Crepúsculo de los ídolos*. Arequipa: Editorial Distribuidora Alexis, p. 84.

Ortega y Gasset, José

1957 «Elegancia y paradoja», en *Viajes y países*. Madrid: *Revista de Occidente*, p. 109.

Paz, Octavio

1990 «El Alba de la libertad». *La Gaceta*, abril de 1990.

Revistas

1997 «El Perú y el nuevo mundo». *Kuraq.* Arequipa: p. 18.

1968 «Reflexiones en torno a una mujer casada», en *Hablemos de cine*, Lima: Nº 39, p. 59.

Fernando de Trazegnies recibe el premio Juan Mejia Baca, que se le otorgó al Fondo Editorial de la Universidad Católica como la mejor editorial del año 1992. Fernando de Trazegnies fue presidente de dicho Fondo Editorial entre 1977 y 2003. En la foto, a la izquierda, el Embajador Juan Miguel Bakula Patiño, y a la derecha, el padre Gustavo Gutiérrez.

Fernando de Trazegnies Recibió el premio a la innovación otorgado por Cosapi en 1994. En la foto con Walter Piazza, Presidente de Cosapi.

Fernando de Trazegnies fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho en mayo de 1995. Aparecen en la foto Felipe Osterling, Javier Vargas, Presidente de la Academia, y Max Arias Schereiber.

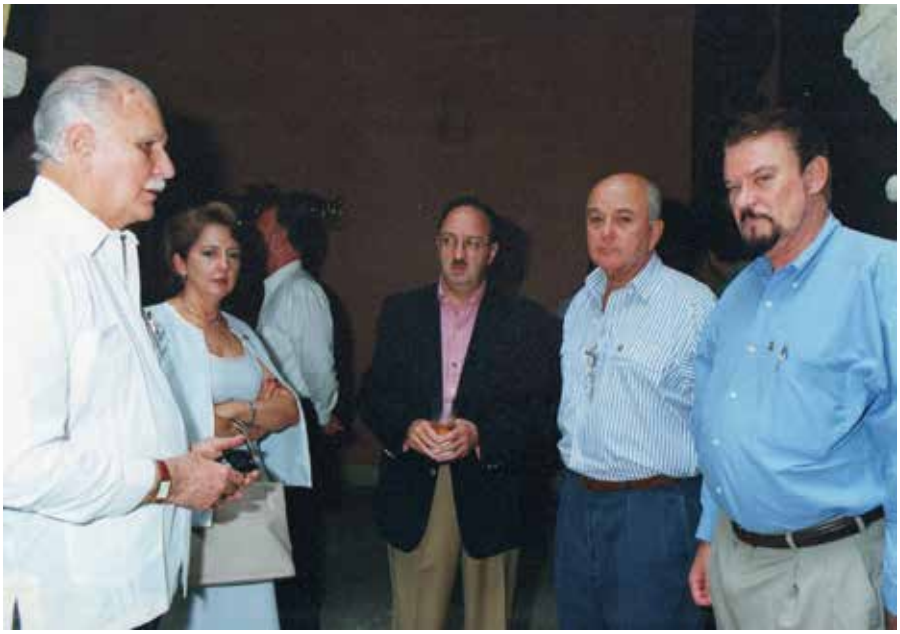
Fernando de Trazegnies fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de la Lengua en diciembre de 1995. En la foto con Luis Jaime Cisneros, Presidente de la Academia.

En Nueva Zelanda con Sir Edmond Hillary, el primero en coronar el monte Everest en el Himalaya. Debajo, un billete de su país que lleva su retrato.

Fernando de Trazegnies ante el Presidente de la República, Alberto Fujimori, en su juramentación como Ministro de Relaciones Exteriores, el 12 de octubre de 1998.

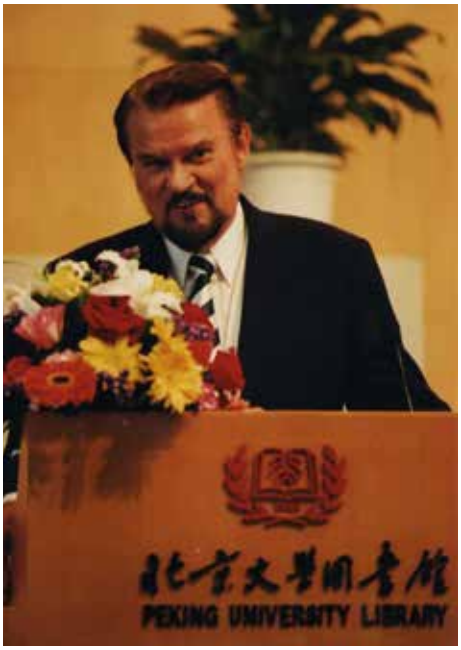
Visita oficial al Ecuador. Imposición de la Condecoración Orden al Mérito de Ecuador, en el Grado de Gran Cruz, en el Palacio de Carondelet, con la delegación peruana.

Estuardo Nuñez saluda a Fernando de Trazegnies cuando recibió una mención honrosa en el Premio Copé de Cuento 1997. En la foto también se puede ver al escritor Edgardo Rivera Martínez.

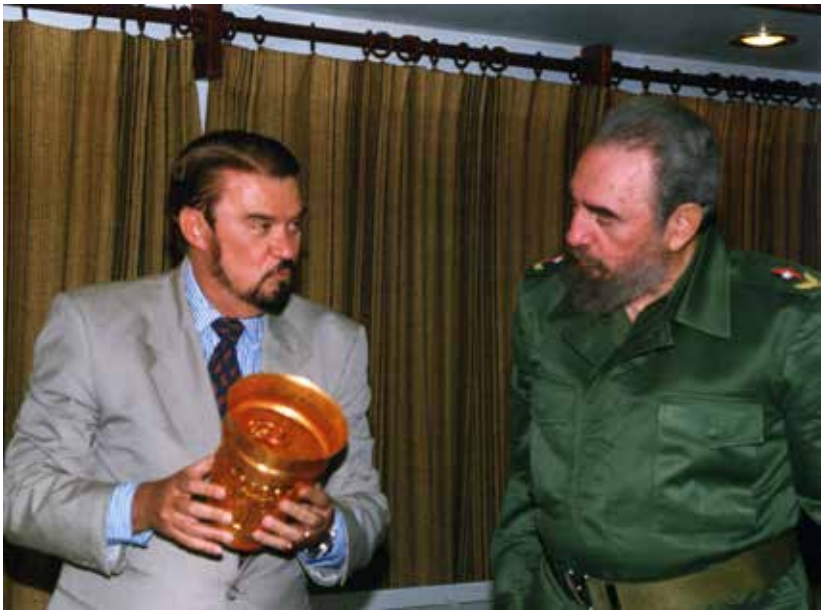


Canciller de Venezuela, José Vicente Rangel; Canciller de Chile, Soledad Alvear; Canciller de Colombia, Guillermo Fernández de Soto; ex Canciller del Ecuador, Heinz Moeller y Fernando de Trazegnies Canciller del Perú, en 1999.

Fernando de Trazegnies fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia en agosto del año 2000. Aparecen en la foto el recordado Percy Cayo, quien fue Secretario de la Academia, Fernando de Trazegnies, José Agustín de la Puente y Candamo, Presidente de la Academia, y Guillermo Lohmann Villena, como Vicepresidente.



Fernando de Trazegnies en la presentación de la traducción al chino de su libro *En el país de las colinas de arena*, en la Universidad de Pekin, 2000.

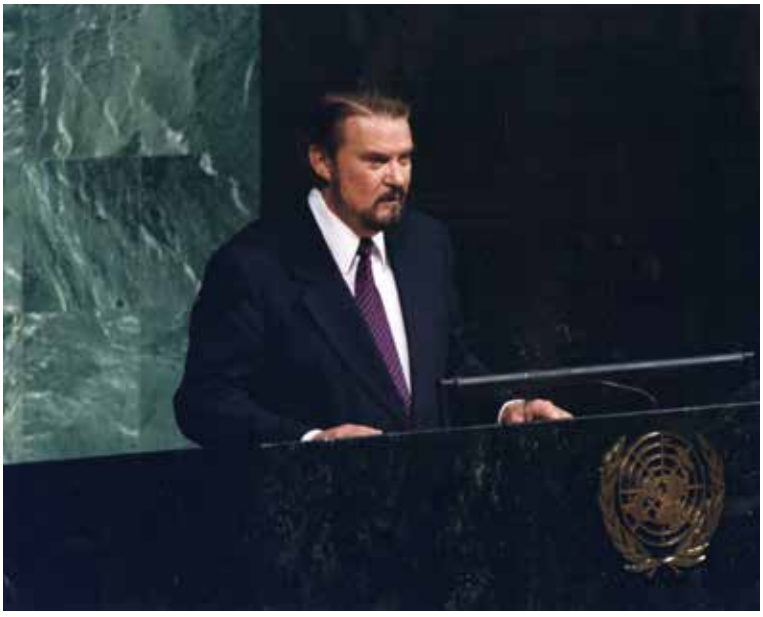


Visita oficial a Cuba. Fernando de Trazegnies en audiencia con el Presidente Fidel Castro, febrero de 1999.

Fernando de Trazegnies con el Presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, en febrero de 1999.

Visita oficial al Vaticano. Fernando de Trazegnies en audiencia privada con Su Santidad el Papa Juan Pablo II. Enero de 2000.

Visita oficial a la China, Fernando de Trazegnies con Hu Jin Tao, más adelante Presidente de ese país.



Fernando de Trazegnies en su exposición ante la Asamblea General de la ONU, en la Conferncia del Milenio en Nueva York el 13 de setiembre de 2000.

Visita oficial a España. Fernando de Trazegnies con el Presidente José María Aznar, noviembre de 2000.

Fernando de Trazegnies en audiencia con el Rey de España, Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón, noviembre de 2000.

El Canciller peruano y el Canciller chileno Juan Gabriel Valdez, intercambian en Lima, ante el Presidente Alberto Fujimori, el Acuerdo que pone fin a las secuelas de la Guerra del Pacífico.

Fernando de Trazegnies, Canciller del Perú y José Ayala Lasso, Canciller del Ecuador, en la firma del Acuerdo de Paz con el Ecuador. En la foto, de izquierda a derecha: Carlos Menem, Presidente de la Argentina; Jamil Mahuad, Presidente del Ecuador; Fernando Henrique Cardoso, Presidente del Brasil; Alberto Fujimori, Presidente del Perú y Eduardo Frei, Presidente de Chile. En el Palacio de Itamaratí el 26 de octubre de 1998.

Este fue quizás uno de los momentos más conmovedores en la vida de Fernando de Trazegnies. En el año 2000, luego de la firma del acuerdo que puso fin a las controversias con Chile pendientes desde el fin de la Guerra del Pacífico, fue finalmente posible levantar el Cristo de la Concordia sobre el Morro de Arica, escenario de la heroica acción de Alfonso Ugarte en 1880. Por primera vez desde ese hecho trágico se enarboló el Pabellón Nacional en el morro y se cantó nuestro Himno Nacional.

Fernando de Trazegnies con el Presidente del Ecuador Gustavo Noboa, en marzo de 2002.

Fernando de Trazegnies, y su esposa Milagros Álvarez-Calderón, con el Presidente Gustavo Noboa en una cena en la Embajada del Ecuador en Lima, en marzo de 2002.

Congreso en Lima del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 2003.

Después de la firma del Acuerdo de Paz con Ecuador en Brasilia. De izquierda a derecha: Jamil Mahuad, Presidente del Ecuador; Alberto Fujimori, Presidente del Perú; Carlos Menem, Presidente de la Argentina; José Ayala, Canciller del Ecuador; Fernando de Trazegnies, Canciller del Perú; Fernando Henrique Cardoso, Presidente del Brasil; Eduardo Frei, Presidente de Chile y José Miguel Insulza, posteriormente Secretario General de la Organización de Estados Americanos.

Fernando de Trazegnies, recibiendo como Canciller peruano al Príncipe Fra Andrew Bertie, Gran Maestre de la Orden de Malta en su visita oficial al Perú.

Segunda Parte
Historia del Derecho

LA CONSTITUCIÓN DE 1828

*Fernán Altuve Febres-Lores**

Es bien sabido que los legisladores no deben inventar leyes sino revelarlas. Ellas preexisten en la condición moral y política del Estado…

Francisco Xavier de Luna Pizarro
Discurso a los constituyentes de 30 de julio de 1827

La Constitución de 1828 puede ser considerada con propiedad la primera Constitución del Perú independiente, pues no solo fue redactada después de la guerra de separación de la monarquía católica —que concluyó después de la capitulación de los Castillos del Real Felipe en enero de 1826— sino que fue promulgada cuando ya no se encontraban en nuestro territorio ninguna fuerza auxiliar extranjera.

Mas su importancia primordial no ha radicado en lo antes dicho sino sobre todo en que esta Carta Magna procuró ser el justo medio entre las dos tendencias constitucionales que se debatían en el Perú en los albores de la República: el convencionalismo de los constituyentes de 1822 y el cesarismo de los libertadores de 1824.

Es por esta razón que ella ha podido representar en la historia peruana la matriz sobre la cual se han repensado todas nuestras leyes fundamentales hasta 1978, fecha en que la tradición que con ella se inició llegó a su fin. Al valorar su importancia fundacional para nuestra historia constitucional, Manuel Vicente Villarán (1870-1958) acertadamente la denominó como la madre de nuestras constituciones.

---

* Abogado graduado en la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Socio del Estudio Altuve-Febres & Dupuy Abogados.

1. Génesis de una constitución

El 26 de enero de 1827, a escasos días de la jura de la Constitución de 1826 y de haberse proclamado a Simón Bolívar como Presidente Vitalicio del Perú, la Tercera División auxiliar colombiana, acantonada en los cuarteles del Callao se amotinó al mando del coronel José Bustamante, pidiendo regresar a su país para defender la Constitución de la Gran Colombia de 1821 (que se encontraba cuestionada por las provincias de Venezuela que seguían al general Antonio Páez desde la revolución de Valencia en abril de 1826).

Ante el levantamiento en el puerto del Callao, el ministro de Guerra del Perú, el general Tomás de Heres, redactó una relación (24 de febrero de 1827) que dirigió al Libertador en la cual explicaba el carácter singular del motín:

> Es muy natural que al imponerse de lo que he escrito, crea V. E. que la división colombiana fue seducida por los anarquistas del Perú. Pero para que fuera mayor nuestra desgracia, no ha sido así mi General. Jamás el país había presentado más fundadas esperanzas de orden y tranquilidad. Los corifeos de las innovaciones Vidaurre y Mariátegui, convencidos de que no podían hacer nada, se habían acercado al gobierno, después de haberlo pretendido muy servilmente. El primero estaba muy contento con la esperanza de ser Censor, si tenían estos buenos sueldos; había despedido su tertulia, y en cuantas ocasiones podía se esforzaba en dar muestras de su arrepentimiento. El segundo se había comprometido a escribir un periódico por cuenta del gobierno […][1].

Como se puede apreciar, el inesperado cuartelazo militar debilitó al Consejo de Gobierno que presidía el general Andrés de Santa Cruz y ello dio una impensada oportunidad a los soterrados opositores radicales del régimen bolivariano. Estos, bajo la conducción de Manuel Lorenzo de Vidaurre (1771-1841) y de Francisco Xavier Mariátegui (1792-1884), aprovecharon esta difícil situación para levantar a los descontentos de Lima (27 de enero de 1827) y, después de reunirlos en la Plaza de Armas, reconstituir el cabildo recientemente abolido por la constitución bolivariana. Amparados en el inveterado prestigio virreinal de este cuerpo político, los notables también exigieron el restablecimiento de la Carta de 1823 y la convocatoria a un Congreso General Constituyente para proceder a la elección inmediata de un nuevo presidente y vicepresidente.

En la tarde del 27 de enero de 1827, Vidaurre, con la representación de los sediciosos de Lima, se dirigió a Chorrillos para conferenciar con el presidente Santa Cruz que se aprestaba a marchar a Jauja para resistir el motín liberal. Después de una larga conversación, se acordó evitar una confrontación intestina y dar paso a un gobierno provisorio bajo la presidencia del mismo general Santa

[1] Altuve (1991: 292).

Cruz, pero relevando al hombre fuerte del régimen bolivariano, el ministro de Gobierno José María Pando (1787-1840)[2]. Pando fue sustituido en el cargo por el mismísimo Vidaurre, quien, como primera medida en el nuevo gabinete, decretó (28 de enero de 1827): «[…] debe prestar oído atento a los justos deseos de los pueblos; y por esto es que este mismo día convoca a un congreso constituyente que examine, arregle y sancione la carta que deba regirnos»[3].

Para liderar la nueva Constituyente los liberales triunfantes trajeron de su exilio en Chile a su máximo jefe, Francisco Xavier Luna Pizarro (1792-1855), quien fue recibido y aclamado por sus partidarios el 29 de abril de 1827, mientras se desplazaba desde el puerto del Callao hacia la ciudad de Lima en un coche descubierto en compañía del ministro Manuel Lorenzo de Vidaurre. El nuevo ministro del interior también anunció que el ex presidente José de la Riva Agüero podía regresar de su destierro en Europa sin ningún temor por el juicio que se le seguía en ausencia, todo lo cual satisfizo a sus partidarios, entre los cuales había importantes figuras conservadoras como el presbítero Nicolás Garay y el periodista Mariano Tamarría.

El Congreso General Constituyente se instaló el 4 de junio de 1827 y en él tuvieron representación las tres fuerzas políticas o rudimentarios partidos que existían entonces: los liberales, que recibían el nombre de «colorados» —en razón a la cinta de ese color que llevaban en la solapa de la levita y que eran los más numerosos—; los autoritaristas —que eran partidarios del desplazado gobierno bolivariano—, conocidos como «persas»; y en último lugar había una fuerza conservadora, los «copetudos» o «encopetados», que era el nombre que recibían los rivagüerinos.

Abiertas las sesiones bajo la presidencia de Luna Pizarro se presentó el mariscal Santa Cruz, quien dio un extraordinario mensaje al congreso y se retiró de la sala de sesiones después de desprenderse de la banda bicolor, insignia de poder del Ejecutivo. En ese momento parecía casi segura la elección de Santa Cruz en la presidencia, por eso el día 9 de junio todos los grupos votaron mayoritariamente una ley que disponía la designación de un presidente y un vicepresidente de la República en propiedad, según estipulaba la Constitución de 1823, es decir antes de discutir la nueva ley fundamental. Pero poco después algo extraño ocurrió, se planteó la inmediata elección del mandatario. Basadre nos dice que «[…] sin previo aviso, con el objeto de sorprender a los diputados amigos de Santa Cruz y

---

[2] En su dimisión fechada ese mismo día Pando se despedía criticando al espíritu de partido que ahogaba a los gobiernos en la anarquía: «[…] he respetado las leyes; que he venerado los derechos de la naturaleza y de la sociedad; […] he juzgado que podía contribuir a la felicidad de mis conciudadanos. Pero también ha conocido siempre que todo era en vano; y que la voz a las posiciones había sofocar los acentos de la verdad y de la justicia».

[3] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XIII: 103).

de Riva Agüero, que habían unido sus fuerzas alrededor del primero, Luna Pizarro anunció que ese día se haría la elección en sesión permanente»[4].

De esta manera inesperada los liberales postularon a José de La Mar para la presidencia, quien por lo demás no se encontraba en el Perú sino ejerciendo la jefatura política de Guayaquil. La celada tuvo éxito y fue elegido junto con un vicepresidente, el también liberal Manuel Salazar y Baquíjano, quien asumió interinamente la presidencia desde el 10 de junio hasta el 22 de agosto de 1827, fecha en que llegó La Mar a Lima para asumir su nuevo cargo.

Indudablemente esta elección se hizo traicionando a Santa Cruz a quien la mayoría liberal, por intermedio de Vidaurre, había asegurado su apoyo. En una carta particular dirigida al general Gutiérrez de la Fuente, Santa Cruz calificó la maniobra como un «brusco y sorpresivo ataque, igual al que pueden hacer a un caminante desarmado unos bandoleros de oficio». En los siguientes años de anarquía, el Perú sería el gran perjudicado por la postergación del más grande de sus hijos.

El nuevo Congreso Constituyente inició sus sesiones tomando severas medidas que generaron una gran polémica, porque significaban nuevamente la instauración de un despotismo legislativo como en 1822. Es así que se canceló la designación de obispos que había hecho el gobierno anterior, también se intervino la judicatura y se cesó a los magistrados que habían simpatizado con Bolívar (como ocurrió con Benito Laso, que perdió su vocalía en la Corte Superior de Arequipa[5]).

Durante los debates de leyes y artículos constitucionales se verificó que los liberales de Luna Pizarro habían conformado una sólida mayoría que iba imponiendo sus teorías para el Perú sin dar tregua a la oposición. Más aun, cuando un tema sin mayor importancia mostró que podía hacer surgir una disidencia peligrosa en el seno del congreso, el despotismo legislativo no se hizo esperar. Sobre esto Basadre nos dice que

> La discusión de los artículos constitucionales sobre la ciudadanía, motivó acalorados debates […]. Un sector del Congreso, con Luna Pizarro, intentó considerar entre los peruanos a los españoles residentes en la República. Vidaurre se opuso vigorosamente a este proyecto. Un antiguo guerrillero convertido en diputado, Ninanvilca, planteó entonces la separación de los diputados hispanófilos[6].

---

[4] Basadre (983, tomo II: 192).

[5] El Congreso convalidó las duras medidas represivas tomadas por el gobierno contra los campesinos monárquicos que se alzaron en armas en 12 de noviembre de 1827 bajo la dirección del brigadier Antonio Navala Huachaca quien al mando de un ejército realista de indígenas llegó a tomar la ciudad de Huanta en el departamento de Ayacucho.

[6] Basadre (1983, tomo II: 201).

La respuesta al radical Vidaurre, quien se encontraba enemistado con el liberal Luna Pizarro tras el doblez de la elección presidencial, fue contundente: el 27 de diciembre de 1827 fue detenido y acusado de conspiración juntamente con un diputado indígena, el cacique Ninanvilca, conocido partidario de Riva Agüero, siendo ambos desaforados[7].

Una vez desarticulada cualquier oposición dentro de la Constituyente la redacción de la nueva constitución se pudo concluir con toda facilidad y quedó lista para ser promulgada el 18 de marzo de 1828.

El juramento de la nueva carta se proyectó para el 5 de abril de ese año, pero la ceremonia debió ser postergada debido al terremoto ocurrido el 30 de marzo, fecha calamitosa en la que el presidente La Mar recorrió las calles en ayuda de los damnificados y dio todo su sueldo en limosnas. Finalmente, la primera constitución del Perú independizado se juramentó los días 19 y 20 de abril de 1828.

La misma Constituyente se declaró en receso el 17 de junio de 1828 y designó una comisión permanente de veintiún diputados a la que delegó facultades para ejercer las funciones que la misma Carta atribuía al legislativo y al Consejo de Estado. La comisión estuvo bajo la presidencia de Juan Manuel Nocheto y debía durar hasta la próxima reunión del congreso ordinario, que quedó convocado para julio de 1829, pero esto no se pudo realizar en aquella fecha en razón de la Guerra con la Gran Colombia, motivo por el cual siguió actuando la Comisión Permanente.

2. La constitución fundacional

Desde antes de la instalación del Congreso General Constituyente de 1828, surgió un intenso debate periodístico sobre el contenido de la nueva carta, destacando los proyectos constitucionales que presentaron de manera singular Manuel Lorenzo de Vidaurre y Mariano Esteban Llosa. El primero publicó en el diario *El Discreto* un bosquejo que resumía sus ideas políticas de espíritu antimilitarista y anticlerical, muy influenciadas por el utilitarismo de Jeremías Bentham (1748-1832), mientras que el segundo fue autor de otro proyecto constitucional bajo la inspiración de Rousseau, que mantenía en su texto las líneas matrices asambleístas de la constitución peruana de 1823.

Frente a la gran cantidad de propuestas, el Congreso Constituyente designó una comisión para redactar la Ley de Bases de la Constitución[8] que quedó

[7] En defensa de los acusados de conspiración se sublevó el guerrillero Huavique el 23 de abril de 1828, pero el intento fue infructuoso. Poco después de este suceso Vidaurre fue expatriado a Estados Unidos donde escribió su conocida obra sobre *Las Facciones en los Gobiernos*.

[8] La comisión estuvo integrada por Francisco Valdivieso que la presidía. Mariano Alejo Álvarez, Justo Figuerola, Juan Antonio Torres, Evaristo Gómez Sánchez, Manuel Jorge Terán, sus secretario Fermín Pando y Rufino Macedo.

conformada al día siguiente de la instalación solemne, el 5 de junio 1827, y poco después, el día 16 del mismo mes, se puso en debate el proyecto que definía las líneas matrices que tendría la nueva constitución. Una vez aprobada la Ley de Bases el día 23 de julio de 1827, otra comisión asumió la responsabilidad de redactar el texto de la nueva carta y presentarla al pleno para su discusión.

Uno de los temas más importantes en el debate del texto de la nueva constitución fue el de la tolerancia religiosa, que promovió Vidaurre y que se ventiló en la prensa, encontrando como defensor a Francisco Xavier Mariátegui y como detractor al canónico José Ignacio Moreno, quien al final se impondría al aprobarse por inmensa mayoría la confesionalidad católica de la República.

Otro de los temas que generaron un vivo debate entre los diputados fue el federalismo, que no logró entusiasmar la mayoría y es por eso que se escuchó en la tribuna a Luna Pizarro señalar que:

> El máximo de nuestros bienes sociales […] es la independencia de un poder extranjero […] esa independencia es preciso ser ciego para no verla amagada, y sin duda perdida, desde que con la proclamación de la independencia de los departamentos se pusiesen en movimiento más activo las pasiones demasiado agitadas en el día […]. Un vecino astuto […] sabría aprovechar los momentos, atizar la discordia, dar impulso a los elementos que por desgracia abundan en nuestro seno[9].

La explicación del desafecto de los liberales peruanos o colorados por el federalismo que inspiraba a casi todos los liberales iberoamericanos, radicaba en que la fuente ideológica de estos últimos era la Constitución Norteamericana, mientras que la fuente de los primeros era la Constitución de Cádiz, que significaba un modelo de monarquía parlamentaria, pero esencialmente unitaria. En este sentido se entiende que la inspiración directa de la constitución peruana de 1828 haya sido la constitución unitaria de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1826 en la que los liberales de aquel país trataron de conciliar el republicanismo norteamericano con el unitarismo gaditano, para enfrentar a los conservadores platenses que, en un caso singular en el continente, aspiraban al federalismo y no al centralismo.

Sin duda alguna, el debate sustancial de la constituyente fue la elección entre el régimen federal y el régimen unitario, al que se llamaba «consolidado en la unidad» o también una mixtura entre ambos, como bien lo ha señalado Valentín Paniagua en su interesante trabajo sobre la constitución peruana de 1828[10].

---

[9] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XI: 490).

[10] Paniagua (2003).

Los más enérgicos opositores al federalismo fueron los autoritaristas o «persas», que defendían una «república en la forma central» en torno a sus figuras más eminentes, como el entonces director del quincenario *Mercurio Peruano*, don José María Pando, quien criticaba los efectos negativos del federalismo según apreciaba en México. Ahora bien, este debate no presentó posiciones fuertemente encontradas, pues la mayoría colorada afirmaba, junto a Luna Pizarro (30 de julio de 1827), que «[…] para organizar al estado en federación, sería preciso desorganizarlo antes, como en efecto se desorganizaría con una transición tan intempestiva […][11]».

Por este motivo, los colorados peruanos resultaron siendo unitarios pero no centralistas, y de ahí nació la tendencia a crear un «régimen interior mixto» que preparase el camino para una futura federación que, en palabras del mismísimo radical Vidaurre, era aún una «fórmula prematura». Otro de los decididos defensores del régimen unitario y descentralizado como antesala federal fue el diputado Francisco Pacheco, quien aspiraba a que los departamentos experimentasen su administración propia como paso para una federación auténtica, idea que al final se impuso sobre la tesis del centralismo extremo.

La comisión de constitución presentó su proyecto, el cual, con ligeras variaciones, se convirtió en el texto definitivo de la carta de 1828. En esta constitución fundacional del Perú, el centro de gravedad del poder estaba basado en el Congreso con excesivas facultades, el cual se reunía anualmente y era bicameral, lo que mejoraba su diseño en relación a la Carta de 1823, que tenía una asamblea omnipotente. Por eso se componía de una cámara de senadores y una cámara de diputados, cuyos miembros durarían cuatro años pero serían renovados bianualmente por mitades. Sobre esta fórmula, Manuel Vicente Villarán observó que desde entonces «[…] la desgraciada idea de la renovación parcial pasó a las constituciones posteriores hasta 1920»[12].

La relevancia del Legislativo también se puede apreciar por la relación que este poder público tenía con los cuerpos descentralizados. La exposición preliminar del proyecto decía en este sentido que:

> Las juntas departamentales se han colocado en seguida del Poder Legislativo, como cuerpos deliberantes, a quienes se concede una parte considerable de la formación de las leyes particulares de sus respectivas provincias. Son una imagen de los legislativos de los estados federados con todas las atribuciones que es posible designarles a fin de que los departamentos se predispongan a recibir oportunamente su independencia en los negocios domésticos[13].

[11] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XI: 490).

[12] Villarán (1962: 51).

[13] Comisión de Constitución (1828: 4).

El Poder Ejecutivo quedaba a un lado del Legislativo e indudablemente era menos sólido y eficiente que el de la constitución cesarista de 1826, pero resultó más armonioso y equitativo que el de carta asambleísta de 1823 pues el Presidente tenía iniciativa de ley y contaba con un veto eficaz que, para poder ser superado, requería de dos tercios de los votos de los diputados y la mitad de los votos de los senadores en el momento de la insistencia.

El constitucionalista José Pareja Paz Soldán describe las limitadas facultades del Ejecutivo con las siguientes palabras:

> El presidente era responsable directamente por los actos de su administración y era tan rigurosa en exigir esta responsabilidad que permitía acusar al Presidente de la República por una serie de delitos excluidos de otras constituciones. Compartía esa responsabilidad —disidencia con el régimen norteamericano— con los ministros de Estado. Establecía el refrendo ministerial, contenida ya en la Constitución de 1823 y en el propio Estatuto Provisional de San Martín […]. Su mandato duraba cuatro años y podía ser reelegido, pero una sola vez. Había un vicepresidente con las mismas calidades que el presidente, que lo remplazaría en caso de impedimento o vacancia. Por ausencia de ambos desempeñaría la jefatura del Poder Ejecutivo, el presidente del Senado[14].

Aquí se observa cómo el jefe del Estado podía ser acusado constitucionalmente por cualquier acto de su gobierno sin que el refrendo ministerial sirviera como un atenuante; de ello resultaba que se concebía en teoría ministros independientes en la administración que en verdad eran solo secretarios accesorios en la responsabilidad. El mismo Pareja nos explica que además «el Poder Ejecutivo se encontraba limitado por las funciones que correspondían a las juntas departamentales, por la aprobación que necesitaba del senado para los nombramientos de ministros, diplomáticos, cónsules, coroneles y demás oficiales superiores, por la ingerencia obligada del Consejo de Estado en asuntos graves y por el control legislativo de las cámaras[15].

Por estas mismas razones, en 1833, José María de Pando al hablar del Poder Ejecutivo escribió con ironía en el *Mercurio Peruano*: «Tanto valdría poner en la silla presidencial un muñeco de madera, como condenar a un hombre al áspero trabajo de gobernar una nación, con tantos impedimentos, tanta censura, y tanta amenaza. La omnipotencia parlamentaria, a que tanto propende nuestra constitución […] (es) la anarquía, y la anarquía, como todos sabemos es el peor de los despotismos[16]».

---

[14] Pareja (1981: 55).

[15] Pareja (1981: 55).

[16] Pando (1833).

En esta ley fundamental se estableció por primera vez una institución que tendría una larga vigencia hasta mediados de siglo XIX. Nos referimos al Consejo de Estado al que se concebía como un cuerpo delegado del parlamento que entraba en acción durante el receso del congreso. La introducción del proyecto constitucional lo describe diciéndonos que:

> El Consejo de Estado por su misma composición y naturaleza de sus funciones, es un cuerpo independiente del Ejecutivo. En receso de la legislatura, hace las veces de Senado Conservador, el es una garantía más de la constitución, cuyo cumplimiento vela: aconseja al poder ejecutivo en los negocios arduos y graves que puedan ocurrir, y desempeña varias atribuciones del senado, que se si demorasen hasta la reunión de esta cámara, ocasionarían retardos perjudiciales a la administración[17].

Mas en contra de esta visión positiva del Consejo de Estado surgió la crítica de José María de Pando, que lo consideraba un organismo híbrido que no se ubicaba bien dentro de un balance de funciones; por eso, en el *Mercurio Peruano* señalaba que «[…] la organización del consejo de estado rompe completamente el equilibrio de los poderes, erige en despotismo la legislatura, y condena al gobierno a una nulidad absoluta […]»[18].

El Poder Judiciario que diseñó la constitución quedó ubicado a un lado del preeminente Poder Legislativo. El maestro José Pareja y Paz Soldán nos dice que:

> La constitución se refería extensamente al Poder Judicial, aunque introdujo pocos cambios en relación con las anteriores. Los jueces eran inamovibles, salvo destitución por sentencia legal. El Presidente de la República nombraba, a propuesta en terna del Senado, a los vocales de las Cortes Suprema y Superior y a los Jueces de Primera Instancia, a propuesta en terna de la respectiva corte superior […] creaba tribunales especiales para el comercio y la minería. Incurría en el error de establecer jurados para las causas criminales aunque mientras se organizaba aquellos, seguirán conociendo de los procesos, los Jueces permanentes[19].

La Corte Suprema, compuesta por siete vocales y un fiscal, era la última instancia que conocía los recursos de nulidad, estableciéndose expresamente que quedaba abolido un viejo recurso jurídico conocido como «de injusticia notoria» (artículo 124). Conocían las causas en segunda instancia las cortes superiores y antes que estas los jueces de primera instancia sustanciando los juicios civiles con deliberaciones privadas (artículo 122) y los juicios criminales de manera pública y mediante un jurado que debía ser establecido por ley (artículo 123), pero paradójicamente esta norma nunca se llegó a promulgar.

---

17 Comisión de Constitución (1828: 5).

18 Pando (1833).

19 Pareja (1981: 55-56).

Antes de finalizar el análisis de la Constitución, cabe anotar dos puntos interesantes expuestos en el título sétimo y noveno de la Carta. Primero, el trato que da la Constitución en su artículo 142 a las municipalidades al indicar que estas «no tienen carácter alguno representativo, ni pueden en ningún caso tomar parte ni intervenir bajo ningún pretexto en los asuntos que se versan sobre intereses nacionales y que corresponden a alguno de los tres poderes de la república. Sus peticiones a las autoridades deben ceñirse exclusivamente a las necesidades domésticas de los pueblos»[20].

Esta dura desautorización al papel representativo de los antiguos cabildos abiertos resultaba en los hechos una condena a la mismísima restauración del municipio de Lima ocurrida el 27 de enero de 1827, y que había dado origen a la convocatoria del Congreso Constituyente que estaba redactando tal cláusula restrictiva.

En segundo lugar, la Constitución de 1828 reprodujo un catálogo de garantías personales, recogiéndolas de la carta bolivariana de 1826 y que no existían en la constitución peruana de 1823. Así, el artículo 149 de la ley fundamental de 1828 establecía expresamente: «La constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos […][21].

Fue con esta redacción que se consolidó en el derecho constitucional peruano el afecto de políticos y juristas por las grandes declaraciones de principios abstractos que muchas veces no tuvieron su correlato en verdaderas instituciones arraigadas en la realidad. Por eso el siempre crítico Pando no dejó pasar estos postulados idealistas sin decir de ellos que:

> Los autores de la constitución tenían tan alta idea, y quería dar un sello tan sagrado a estas cuatro condiciones esenciales de toda reunión de hombres de razón, que no supieron como esperar su sentir, si no es adoptando esta forma nueva y extraña, pero quizás hubieran descubierto la equivocación que padecían, reflexionando que no basta que la constitución diga, yo afianzo, yo aseguro, yo salgo garante. Es preciso algo más, no consiste en frases, sino en instituciones[22].

3. *Inter armas, silent leges*

El más notable observador de las instituciones clásicas, Cicerón, en su famosa obra donde hace un alegato judicial a favor de Milon, sostiene como un elevado principio jurídico la sentencia *Silent enim leges, inter arma*[23]. Este aforismo, que

[20] Ugarte del Pino (1978).

[21] Ugarte del Pino (1978).

[22] Pando (1833).

[23] *Callarán las leyes cuando hablan las armas*.

se ha repetido intermitentemente en el derecho desde el tiempo de los romanos, se pudo verificar históricamente en el Perú de 1828 debido al eclipse que sufrió nuestro orden constitucional durante el tiempo que vivimos el conflicto con la Gran Colombia. Por eso, es pertinente explicar el significado que, para nuestra historia constitucional, tuvo la intervención militar peruana en Bolivia y la guerra con la Gran Colombia —sucesos ocurridos en 1828—, puesto que impidieron la inmediata ejecución de la ley fundamental en su integridad.

En realidad estos conflictos tuvieron su origen en dos razones importantes: la primera fue la pésima política de Bolívar al definir las fronteras del Perú con sus vecinos, y que le generó resistencias hasta de los sectores conservadores que lo apoyaban, como se puede apreciar en el caso del canciller Pando. La segunda razón deriva del feroz espíritu de revancha que envenenaba a los liberales peruanos contra el Libertador al grado que hicieron que este sentimiento se convirtiera en una política internacional[24].

El conflicto internacional con Bolívar se inició cuando el Ejército del Sur del Perú intervino en Bolivia para poner fin a la anarquía que había estallado en ese país. El 28 de abril de 1828 había habido un motín en Chuquisaca[25]en el que resultó herido el presidente Sucre, ese mismo día un cabildo abierto reunido en la universidad de la ciudad escribió a Agustín Gamarra, jefe del ejército sur peruano pidiéndole auxilio. Fue así como en mayo las tropas peruanas cruzaron Desaguadero sin encontrar mayor resistencia y permanecieron en el Alto Perú hasta el 6 de julio, fecha en que se firmó el tratado de Piquiza por el cual se acordó el retiro de Sucre de Bolivia y con él todas las fuerzas bolivarianas.

Ante este éxito, el Partido Liberal peruano se propuso ayudar a los liberales colombianos de Francisco de Paula Santander que se estaban enfrentando a la dictadura de Bolívar en la Gran Colombia. Esta segunda intervención desencadenó la ira del Libertador y la inmediata declaratoria de guerra al gobierno del mariscal La Mar. El problema era serio porque el Perú no estaba preparado para esta confrontación a la que fue llevado por una imprudente diplomacia ideológica.

Al principio hubo algunos éxitos en la campaña naval, como la heroica toma de Guayaquil por la escuadra peruana al mando del almirante Guise —quien

---

[24] Curiosamente los liberales habían sido en un origen los mayores propagandistas de Bolívar pero paulatinamente generaron un resentimiento contra el Libertador, porque desde 1825 empezó a desplazarlos para favorecer a los conservadores.

[25] El 24 de diciembre de 1827 hubo un pronunciamiento popular en La Paz al mando del general Pedro Blanco, quien proclamo la República del Alto Perú con el deseo de lograr una reunificación panperuana. El proyecto se frustró al ser detenido Blanco y asesinado el 31 de diciembre de 1827, hecho que permitió la supervivencia de la «República Bolívar» que gobernaba desde Chuquisaca Antonio José de Sucre.

murió valientemente en esta operación—, pero poco después se perdió el navío «Presidente», calamidad que detuvo la avanzada marítima. El fracaso final llegó con la campaña terrestre, que trató de asegurar el control del puerto en el Guayas. El primer revés fue la sorpresa de Saraguro (13 de febrero de 1829) donde se perdió el parque y la cual causó la posterior derrota de Tarqui (27 de febrero de 1829). Esta suma de desgracias militares obligó al mismo La Mar a firmar el tristemente célebre armisticio de Girón, que indignó a la opinión pública.

Debido a los graves reveses del Ejército del Norte, se hizo necesario el auxilio del Ejército del Sur —al mando del general Antonio Gutiérrez de La Fuente—, que se embarcó inmediatamente vía el Callao, en ruta hacia la frontera norteña. Pero en el cuartel general de Piura las divisiones internas entre los oficiales peruanos se fueron profundizando. De una parte, muchos oficiales recelaban del presidente La Mar, porque había nacido en Cuenca y lo veían como un extranjero que ejercía el mando contraviniendo el artículo 85 de la nueva Constitución; en tanto que algunos otros dejaban caer la sutil sospecha de que la responsabilidad de los desaciertos militares era del general Agustín Gamarra, jefe del Estado Mayor en campaña.

Al llegar a Lima con el ejército de reserva, el general Gutiérrez de la Fuente se informó que el ambiente público de la capital repudiaba al gobierno liberal que ejercía el vicepresidente Salazar y Baquíjano. El desconcierto se manifestó en una junta de notables que reunió un cabildo abierto el 4 de junio de 1829 donde invocaron que el Ejército del Sur resolviese la grave crisis de la república como así lo hizo, porque se apreciaba que: «La situación del Perú es la más crítica y peligrosa en la que un país pueda encontrarse […]. El que hoy día se halla a la cabeza de la república […] se ha entregado, desde que se constituyó, a una facción que mirando solo las venganzas, insensiblemente le hace prescindir de todo bien público […]»[26].

Un comerciante danés, por entonces residente en Lima, Heinrich Witt, nos narra los hechos que siguieron:

> El 5 de junio en la mañana el Jefe de Estado Mayor De La Fuente […] acompañado de dos edecanes, se presentó ante Salazar y Baquíjano […] sostenía que los oficiales de su tropa y algunas otras personas le habían pedido que tomara en sus manos las riendas del gobierno, ya que la administración hasta ese momento había colocado al país en la total ruina y, por lo tanto, le pedía a Salazar que abandonara su oficina. El viejo noble acató esto y él y sus ministros abandonaron el Palacio y se dirigieron a sus respectivas casas. Esa misma tarde La Fuente hizo su entrada escoltado por dos selectas compañías del batallón Zepita y tomó posesión del palacio y del gobierno[27].

[26] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XIII: 542-543).

[27] Witt (1988, Tomo I: 311-312).

En la madrugada del 6 de junio de 1829, en Piura —antes de saberse las noticias de Lima, y con una precisión cronométrica—, el presidente La Mar fue arrestado al grito de «¡No más extranjeros, no más!». Poco después el Estado Mayor al mando del general Gamarra reconoció al gobierno provisorio de Gutiérrez de La Fuente, que en su manifiesto fechado ese mismo día confirmaba que «La facción que ha rodeado a los encargados del ejercicio del Poder Ejecutivo […] ha arrastrado a imprudencias y desaciertos que altamente han comprometido el honor y la seguridad de nuestra patria. Una guerra insensata y fratricida, provocada artificiosamente […] una invasión del territorio extranjero ejecutada con la más insigne indiscreción»[28].

El cambio de gobierno en el Perú puso fin de inmediato a todas las suspicacias del gobierno de la Gran Colombia y abrió las negociaciones diplomáticas Larrea–Gual, que buscarían un tratado definitivo. La esperada reconciliación llegó el 20 de enero de 1830, cuando el Libertador Simón Bolívar dirigió un mensaje admirable al Congreso al que declaraba: «Me congratulo […] por las muestras nada equívocas de benevolencia que hemos recibido del gobierno peruano, confesando noblemente que fuimos provocados a la guerra con miras depravadas. Ningún gobierno ha satisfecho a otro como el del Perú al nuestro, por cuya magnanimidad es acreedor a la estimación más perfecta de nuestra parte»[29].

Acabado el conflicto internacional con la Gran Colombia se vio en el Perú la necesidad de reencaminar el proceso constitucional, que había quedado interrumpido al no poder sesionar el Congreso de 1829 así como por haberse desplazado al presidente y vicepresidente elegidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución.

El general Antonio Gutiérrez de la Fuente, jefe provisorio de la República reconoció la legitimidad de la Comisión Permanente que presidía Nocheto y permitió que esta convocara la reunión de las juntas preparatorias para el 10 de julio de 1829, quedando instalado solemnemente el Congreso Constitucional en sesión ordinaria el 31 de agosto de 1829 con la presencia del presidente La Fuente, quien en discurso inaugural se permitió proponer a los diputados: «[…] la crisis que ataca nuestro actual régimen administrativo, y más que todo, las defecciones meditadas en dos o mas de nuestros departamentos, exigen impresionantemente de vosotros un remedio clásico que nos traiga de una vez por todas la paz y la ventura. Cuál debe ser este, la misma carta lo indica en uno de sus artículos: "La convención nacional"»[30].

---

[28] Blanco y Aspurúa (1979, Tomo XIII: 545).

[29] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XIV: 120).

[30] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XIII: 617).

El texto expreso de la Constitución había estipulado que pasados cinco años de su promulgación se debería reunir una convención nacional para analizar la conveniencia de realizar reformas a la ley fundamental, salvo que por una situación extraordinaria se debiera convocar de manera anticipada a la referida convención nacional.

En sus sesiones el congreso ordinario convalidó la legitimidad del gobierno provisorio y admitió como válidas las renuncias que se presentaron del presidente La Mar y del vicepresidente Salazar y Baquíjano. Asimismo no protestó por las deportaciones a Manila de dos de sus integrantes, los liberales Luna Pizarro y Anselmo Quiroz, demostrando con lo dicho una tolerancia a los hechos consumados por el ejecutivo provisional. Sin embargo, en cuanto a la tesis que se les proponía de reunir anteladamente una convención que sirviera de constituyente, los parlamentarios se mostraron abiertamente reacios.

El deseo de anticipar la revisión de la Constitución fue una idea recurrente entre los partidarios de un gobierno fuerte, quienes consideraban que los poderes otorgados al ejecutivo en la carta de 1828 eran muy débiles y que el legislativo mantenía demasiadas prerrogativas a su favor. Fue así que el 19 de diciembre de 1829, al asumir el general Agustín Gamarra la presidencia constitucional de la república después de las primeras elecciones realizadas con la constitución de 1828, el nuevo Jefe de Estado sostuvo ante los diputados que:

> Muchos pueblos han manifestado su displicencia a la gran carta; y emitido, sin embargo su opinión acerca de la necesidad de reformarla. A vosotros toca apreciarla; atendiendo a la voz que de en medio de la nación se levanta pidiendo la enmienda de las actuales instituciones, y que las sucedan cuanto antes, otras que estén exenta del principio desorganizador de que aquellas adolecen, aparezcan revestidas de la pompa de la esperanza y selladas con el carácter venerando que en sí envuelve todo lo útil, y conforme a la índole, usos y costumbres nacionales […]. Considerad que, destruido el orden, perecen la paz y la libertad […] resolveos por un partido generoso y magnánimo […] encomendando su guarda a un Ejecutivo responsable, justo y fuerte[31].

Pero estas palabras no se concretaron en una reforma integral de la Carta, y Gamarra tuvo que gobernar los cuatro años de su período legal sosteniendo una constitución en la que no creía. El mismo presidente se preguntaba: «Yo seré el custodio de las leyes […] pero ¿podré conciliar tan arduas obligaciones con el estado actual del Perú bajo formas políticas desnudas del prestigio que hace fácil y grata la obediencia, y tan opuestas al espíritu público?[32]».

---

[31] Blanco y Aspurúa (1979, tomo XIII: 159).

[32] Baltes (1968: 51).

Bibliografía

Anónimo
1831 *Varias observaciones a la Constitución*. Lima: s.e.

Aljovín, Cristóbal
2000 *Caudillos y constituciones. Perú 1821-1845.* Lima: Fondo de Cultura Económica y Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.

Altuve, Leonardo
1991 *Choquehuanca y su arenga a Bolívar*. Buenos Aires: Planeta.

Basadre, Jorge
1983 *Historia de la República*, tomos II y III. Lima: Editorial Universitaria.

Baltes, Peter
1968 «José María Pando: colaborador peruano de Bolívar de Gamarra». Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blanco, José Félix y Aspurúa, Ramón
1979 *Documentos para la Historia de la vida pública del Libertador*. Caracas: Andrés Bello.

Echenique, José Rufino
1952 *Memorias para la historia del Perú*. Lima: Editorial Huascarán.

Figuerola, Justo
1827 «Discurso pronunciado en la discusión de las Bases». Lima: s. e.

Gómez Sánchez, Evaristo
1827 «Discurso pronunciado en la tribuna del Congreso por el señor diputado Gómez Sánchez sobre Bases de Constitución». *El Eco de la Opinión del Perú*. Lima: Nº 8, 30 de agosto de 1827, pp. 1-3.

Herrera, Dante
1961 *Rebeliones que intentaron desmembrar el Sur del Perú*. Lima: Colegio Militar Leoncio Prado.

Llosa Benavides, Mariano
1827 «Discurso pronunciado en la tribuna del Congreso el día 22 de julio sobre el Sistema de Gobierno que más conviene al Perú, por el señor Diputado Llosa Benavides». *El Eco de la Opinión del Perú*. Lima: Nº 5, 19 de agosto de 1827, pp. 1-2.

Monguío, Luis
1967 *Don José Joaquín de Mora y el Perú del Ochocientos*. Madrid.

Pando, José María
1833 «Constitución». *Mercurio Peruano.* Lima: Marzo a julio. Nº 27-31, 34-38, 41-42, 47-50 y 54-61.

Pacheco, Francisco
1828 *Esclarecimiento a la Constitución dada al Perú en el año 1828.* Lima: s/e.

Pacheco, Toribio
1996 *Cuestiones constitucionales*. Lima: Grijley.

Paniagua, Valentín
2003 «La constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano». *Revista electrónica de Historia Constitucional*. Lima: junio.

Pareja Paz Soldán, José
1976 «El congreso constituyente y las constituciones de 1823 y 1828». *Revista del Foro.* Lima: Nº 2, abril-junio.
1981 Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Lima: Ediciones JV.

Tauro del Pino, Alberto
1950 *Francisco Xavier Luna Pizarro. Escritos Políticos*. Lima: Peisa.
1952 *Epistolario del Gran Mariscal Gamar*ra. Lima: s/e.

Ugarte del Pino, Juan Vicente
1978 *Las constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina S.A.

Vidaurre, Manuel Lorenzo
1827 «Discurso pronunciado sobre las Bases de la Constitución». Lima: s/e.

Villarán, Manuel Vicente
1962 *Páginas escogidas*. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva.

Uit, Heinrich
Diarios 1826-1842. Lima: Banco Mercantil.

DEL *COGITO* AL *METARRELATO*. AUGE Y REFLUJO DEL RACIONALISMO EN EUROPA Y EN AMÉRICA. DE LA MODERNIDAD ILUSTRADA A LA POSTMODERNIDAD

*Bernardino Bravo Lira**

Se ha dicho que la universidad nació en el siglo XI, cuando la Europa medieval sintió la necesidad de explicarse a sí misma. Algo similar puede decirse del racionalismo, nacido en el siglo XVII, cuando la Europa moderna sintió la necesidad de replantear los fundamentos de sí misma.

El racionalismo moderno no se contentó con desentrañar la realidad tal cual es, al modo griego. Antes bien, cuestionó desde dentro la propia cultura y acometió la grandiosa empresa de construir un mundo a la medida del hombre. Sus ilusiones se derrumbaron al cabo de dos siglos, cuando este mundo nuevo se volvió contra el hombre y terminó en una suerte de «barbarie tecnificada», según la expresión del uruguayo Zum Felde[1], vale decir en su autodestrucción o, mejor dicho, deconstrucción, para usar la expresión de Derrida (1930-1994)[2]. Con ella llegó a su fin la Modernidad con sus ideales y realizaciones, sepultadas bajo la lápida de «metarrelatos».

El principio y el fin de este intento pueden verse de algún modo retratados en el *cogito ergo sum* de Descartes[3] y el «metarrelato» de Lyotard[4]. El *cogito* evoca su punto de partida en el siglo XVII, con la construcción de un mundo racionalista, basado en la disociación entre el más acá terreno y el más allá ultraterreno. El «metarrelato» alude a su término en el siglo XX, con la «deconstrucción» de esa misma visión racionalista y antropocéntrica del mundo.

---

* Abogado. Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Chile. Profesor de Historia de las Instituciones. Miembro de la Academia Chilena de la Historia. Miembro correspondiente de numerosas instituciones científicas de Europa e Hispanoamérica. Autor de numerosos libros y publicaciones sobre Historia del Derecho.

1 Felde (1939).

2 Derrida (1971), Borradori (2004).

3 Descartes (1637).

4 Lyotard (1984).

Surgido en el seno de la Europa barroca, el racionalismo se propuso la titánica empresa de reinterpretar y refundar Europa y el mundo sobre nuevas bases. Paul Hazard no ha vacilado en describir este revisionismo como «crisis de la conciencia europea»[5]. De hecho, el racionalismo moderno clausura toda la larga época de formación de la Europa medieval y moderna, hasta el barroco, bajo el signo de la armonía entre razón y revelación[6] e inaugura otra etapa, en la que se somete a crítica y revisión los pilares de esa visión del mundo: Dios, el hombre y el universo. Esa es, sin más, la meta del racionalismo[7].

Un desafío como este no tiene paralelo en la historia. Nadie somete a crítica y revisión los fundamentos de la propia cultura, ni menos opone a la visión del mundo vigente y consolidado, que descansa sobre la armonía entre razón humana y revelación divina, otra nueva, construida a partir de la sola razón. Por lo mismo, este intento constituye una experiencia tan fascinante como difícil de estudiar.

El tema es vasto y la bibliografía amplia y variada. A pesar de eso, adolece de serias limitaciones. Por mucho tiempo la investigación se centró en la Europa atlántica y dejó en la penumbra las otras dos partes del mundo moderno, los países hispánicos y los centroeuropeos. Hasta ahora se echa en falta una mirada de conjunto que abarque los tres escenarios: Europa atlántica, Europa central y Europa transatlántica. Sin tener en cuenta la trabazón entre ellas es del todo imposible hacerse una idea acerca de la vitalidad y variedad del racionalismo y de cómo se difunden y transforman sus doctrinas y la práctica.

Al respecto, la obra de de Trazegnies, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*[8], constituyó, a la vez, un adelanto y una incitación a abordar el tema. Parte por hacer suya la noción de modernización tradicionalista en Hispanoamérica de Unger[9]. La estudia en toda su amplitud, sin dejarse aprisionar por la antedicha compartimentación en tres áreas, ni en una convencional división cronológica, entre el siglo XVIII y el XIX. De esta suerte abarca con una sola mirada, los juristas peruanos y su relación con los europeos desde Heinecio hasta Ahrens. Empalma así con un abanico de investigaciones acerca de la vertiente católica y nacional de la Ilustración, en Europa y en Iberoamérica: de Cabral de Moncada en Portugal[10], Góngora en Chile[11], Plongeron en Europa[12] y Wandruszka en Europa

5 Hazard (1975).

6 Dawson (1932).

7 Cassirer (1943).

8 De Trazegnies (1992).

9 Unger (1975).

10 Moncada (1950).

11 Góngora del Campo (1957, 1969, 1980).

12 Plongeron (1969).

central[13]. La obra arroja mucha luz acerca del racionalismo y sus ramificaciones en el mundo hispánico, desde el reformismo ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII hasta la modernización del «estado novo» en el siglo XX[14].

Dentro de esta misma perspectiva se inscriben los trabajos de Steger, sobre lo que llama «entendimientos y desentendimientos» entre europeos e iberoamericanos, que nos ponen delante del ocaso de la modernización[15]. Steger no vaciló en calificar a Hispanoamérica de «hoyo negro» donde mueren las ideologías del racionalismo europeo, desde el liberalismo y el socialismo decimonónicos, hasta las teorías del pleno empleo de Keynes, de la dependencia, de la modernización desarrollista y demás; sin olvidar el modernismo eclesiástico y la teología de la liberación. Según él, Hispanoamérica se lo traga todo, lo transforma y deforma de acuerdo a su ser y modo de ser.

En estas breves páginas pretendemos abordar de modo forzosamente aproximado, este ancho campo que de Trazegnies ha abierto ante nuestros ojos. Nuestro propósito se reduce a reconstruir la singladura histórica del racionalismo en sus distintos escenarios. Sin limitarnos a la Europa atlántica, cuyo foco es Francia (mejor conocida), nos interesa ensanchar el horizonte y examinar las relaciones de las tres Europas entre sí. Concretamente vale la pena prestar atención a los otros dos focos, la Europa central y la Europa transatlántica, constituida por los países hispánicos de ambos mundos.

Una y otra vez tendremos ocasión de comprobar que la relación de estos países con la Europa atlántica no es de dependencia sino de comunidad cultural. Unos y otros tienen su propio modo de ver y de actuar[16]. No otra cosa indica el adjetivo tradicional que de Trazegnies aplica a la modernización en el Perú. Lejos de limitarse a imitar las innovaciones provenientes de otras latitudes, estos países tienen una forma de actuar propia, conforme a las creencias y preferencias nacionales, tan arraigada que, al cabo de tiempo, da lugar a esa doble actitud, de acogida y reacción, advertida por Steger.

Este estudio panorámico no deja de ser atrevido, pero es posible gracias, en primer lugar, a la bibliografía disponible acerca de Europa central y el mundo hispánico en esta época, y en segundo lugar por el hecho de que, después del *Wende* tenemos por primera vez oportunidad de examinar el itinerario completo del racionalismo y la modernidad ilustrada, desde sus principios hasta su agotamiento.

---

[13] Wandruszka (1965, 1979).

[14] Reis Torgel (1997) y Garay (1987).

[15] Steger (1984, 1988: 831 y ss.) y Morandé (1984).

[16] Krauss (1973), Maravall (1991), Kovacs (1979), Jüttner y Schlobach (1992), Klueting (1993).

Racionalismo moderno y autocrítica

En estas páginas se da al término racionalismo una significación más amplia que la habitual en los libros y manuales de filosofía. Bajo este nombre se comprende no solo al idealismo en sus diversas manifestaciones, sino también a las distintas corrientes empiristas. La razón de ello queda clara en el texto. En último término ambas directrices tienen un mismo punto de partida: el rechazo de la realidad tal cual es, para substituirla por una realidad tal como los observadores mismos la reconstruyen mentalmente, conforme a sus propios métodos, sean especulativos o empíricos. De esta suerte se forja una nueva visión del mundo, racionalista y antropocéntrica que disocia el más acá terreno del más allá ultraterreno.

En el umbral de la posmodernidad la perspectiva se invierte. Rehacer el mundo conforme a los dictados de la razón parece una ingenuidad supina. Cae de lleno en la categoría de «metarrelato». El afán constructor de la modernidad cede paso a la deconstrucción posmoderna. Este cambio de perspectiva exige abordar el racionalismo con otros ojos.

No se trata de creer o no creer en el poder de la razón. Eso es lo de menos. A estas alturas, lo primero que es preciso determinar es el auge y reflujo del racionalismo en cada una las tres Europas. No se trata tan solo de hacer un recuento de sus avances o retrocesos. Al efecto, el investigador ha de tener suficiente sensibilidad para considerar como históricos, esto es, como relativos a una época y a un medio, supuestos intelectuales que son parte de su propia mentalidad, de su manera de mirar y concebir el mundo. En este sentido, este estudio no puede menos que representar una especie de introspección o autocrítica.

Pero esta autocrítica no es igual para todos. Aquí vuelven a entrar en juego las tres áreas antedichas, que son otras tantas partes del mundo moderno. Para quienes pertenecen al mundo hispánico, esta autocrítica resulta más fácil y más provechosa que para otros, como los europeos o los estadounidenses, dado que en la propia mentalidad —bajo una corteza racionalista más o menos densa— pervive en mayor medida que entre los otros, la visión realista y teologal del mundo que precedió al racionalismo. Ella explica en buena parte ese desdén con que —sin dejar de admirar lo que tienen otros pueblos más poderosos— los hispanos suelen mirar lo que ellos son. Les parecen aldeanos con zapatos nuevos. Lo que ocurre es que a la hora de estudiar el racionalismo y su naufragio en las ideologías y el totalitarismo del siglo XX, los hispanos cuentan de partida con un contrapunto que el europeo o el estadounidense muchas veces tienen que descubrir tras largas y minuciosas investigaciones.

Sea que de esta autocrítica salga fortalecida una u otra vertiente de nuestra mentalidad —la realista o la racionalista— ella es siempre provechosa, porque nos pone en condiciones de examinar los fundamentos de nuestra manera de pensar. Y esto, al menos al hombre culto, universitario o no; le es indispensable.

La exposición se articula en cuatro partes que corresponden a otros tantos momentos en la trayectoria histórica del racionalismo moderno. Primero, surgimiento en el siglo XVII: con el nuevo criterio de certeza que prescinde hipotéticamente de las verdades que superan la razón humana. Segundo: auge en la segunda mitad del siglo XVIII, durante el cual —a partir del nuevo criterio de certeza— se acomete la revisión crítica de los grandes temas del pensamiento occidental: Dios, el hombre y la naturaleza. Tercero: apogeo en el siglo XIX, en el que la nueva visión crítica del mundo cuaja en grandes sistemas de pensamiento racionalista: idealismo dialéctico absoluto de Hegel (1770-1831), positivismo sociológico de Comte (1798-1857) y materialismo dialéctico de Marx (1818-1883). Cuarto, ocaso en el siglo XX: del derrumbe de la modernidad racionalista a la posmodernidad. Epílogo, umbral de la posmodernidad: síntesis y conclusión.

Primera fase: nuevo criterio de certeza, de la sola fe a la sola razón

El racionalismo es ante todo una actitud mental, una nueva manera de mirar las cosas, una nueva postura frente a la realidad. Su raíz es la búsqueda de la certeza, de un saber seguro, inobjetable, al margen de los conocimientos transmitidos, vale decir, al margen de la «revelación» y de la tradición clásica de la antigüedad.

Los descubrimientos geográficos y científicos que se suceden a partir de fines del siglo XV mostraron en forma cada vez más acabada los errores y limitaciones de la física, es decir, de los conocimientos sobre la naturaleza que se remontaban a Aristóteles, Galeno y Ptolomeo. De rechazo, arrojaron también una sombra de duda sobre la metafísica, esto es, los conocimientos acerca del ser de las cosas o filosofía, de los grandes pensadores de la antigüedad y del medievo, entre los que se contaban Platón, el propio Aristóteles y su principal continuador medieval, Santo Tomás de Aquino. Se produjo así una conmoción intelectual que comprometió uno de los pilares del pensamiento europeo: la autoridad de los clásicos griegos y latinos.

Pero mucho mayor fue la conmoción religiosa, originada por el protestantismo. Con él apareció el libre examen de las Sagradas Escrituras, al margen de la autoridad y las enseñanzas de la Iglesia. La propia revelación divina pasó así a convertirse en materia de disputa. De esta suerte, se conmovió el otro pilar, hasta entonces indiscutible e indiscutido, del pensamiento europeo: la autoridad

de la «revelación divina», tal como se contiene en las Sagradas Escrituras y en la tradición de la Iglesia, y es propuesta por el magisterio eclesiástico.

Surge así la búsqueda de nuevos criterios de certeza, la preocupación por las condiciones del conocimiento cierto y verdadero, en una palabra, por el método —en griego, camino— adecuado para adquirir conocimientos seguros, comprobados, indiscutibles.

En lugar de preguntarse —como se había hecho hasta entonces— qué son las cosas, qué se sabe sobre ellas, se pregunta qué se puede demostrar sobre las cosas, qué puede uno comprobar sobre ellas. Se prescinde así, al menos hipotéticamente, de la «revelación», cuyo contenido escapa en su núcleo fundamental a toda comprobación por la razón humana: son los misterios superiores a la razón, que solo puede admitir por la autoridad de Dios, manifestada a través de la «revelación». Se prescinde también —al menos en cuanto su contenido no ha sido previamente comprobado— de las obras clásicas: son las noticias anteriores a la razón, cuya verificación ella no siempre está en condiciones de realizar y que solo cabe admitir por la autoridad de los antiguos, que dan testimonio de ellas.

Entre los pensadores que contribuyeron a forjar este nuevo criterio de certeza se destacan el holandés Hugo Grocio (1583-1645) y el francés Renato Descartes (1595-1650). Ambos son sinceramente creyentes, el primero protestante, el segundo católico. Sin embargo, ambos prescinden hipotéticamente de las verdades reveladas, para limitarse a determinar lo que la razón humana puede comprobar por sí misma de un modo inobjetable. Dan así el primer paso hacia la construcción de un mundo formado únicamente por lo que la razón humana logra demostrar.

Grocio lo hace en el campo del derecho y postula frente al derecho establecido, al que califica de voluntario, esto es, creado artificialmente por la voluntad humana, un derecho natural racionalista, fundado en la razón humana que lo deduce *a priori* de la naturaleza individual del hombre y lo comprueba a posteriori a través de los derechos de los distintos pueblos. Este derecho natural está dotado de una certeza semejante a la de las matemáticas: universal, necesario e inmutable y por tanto, válido para todos los tiempos y para todos los hombres, sean católicos o protestantes, cristianos o no cristianos, independientemente del hecho de que Dios exista o no, lo cual, como el mismo Grocio advierte, nadie podría dudar sin gran impiedad[17].

Lo que Grocio hizo en el campo del derecho, Descartes lo hizo en el campo de la filosofía[18]. Propuso un nuevo método de conocimiento cuyo objeto es

[17] Cassirer (1943), Villey (1975).

[18] Descartes (1637) y Villey (1975).

formular ideas claras y distintas, como los conceptos matemáticos, dotadas de una certeza que estuviera más allá de toda duda. En consecuencia, sostuvo que la razón humana demuestra que la realidad se reduce en último término a dos órdenes absolutamente distintos entre sí, el de la *res cogitans* y el de la *res extensa*, vale decir, de la substancia pensante y de la substancia extensa. Introdujo así una disociación metafísica entre espíritu y materia; entre lo suprasensible —accesible a la razón humana a través de la especulación— y lo sensible —accesible a través de la experimentación—. Esta disociación es básica para todo el pensamiento racionalista ulterior.

El criterio de certeza, adoptado por Grocio y por Descartes y que sirve de punto de partida al racionalismo moderno, es pues, no admitir otros conocimientos que los adquiridos por la razón, que ella misma está en condiciones de comprobar. Esta comprobación se busca por dos vías fundamentales, que corresponden a la distinción metafísica postulada por Descartes entre *res extensa* y *res cogitans* y son: la vía experimental —en el caso de los hechos que el investigador está en condiciones de reproducir y observar cuantas veces lo desee, como son los del mundo sensible y mensurable— o la vía especulativa —en el caso de las realidades con un contenido suprasensible, entre las que se cuentan las actuaciones humanas, desde la religión, la moral, el derecho y la historia hasta la filosofía, la política y el arte—.

Pero este dualismo metafísico cartesiano resultó pronto insostenible para los racionalistas. La mayoría de los autores posteriores a Descartes estimó que la razón humana demuestra que toda la realidad se reduce en último término a un único principio, llamado o bien idea —por los que lo consideran puramente espiritual y accesible a través de la especulación— o bien materia —por los que lo consideran puramente material y accesible a través de la experimentación—. De ahí arrancan las dos grandes corrientes en las que desemboca el pensamiento racionalista posterior a Descartes: el idealismo y el materialismo. Ambas llegan a su culminación en el siglo XIX, la una con el idealismo dialéctico absoluto de Hegel y la otra con el materialismo dialéctico o histórico de Marx.

Entre los iniciadores de esta reducción del dualismo cartesiano a una forma de monismo está el pensador inglés Tomás Hobbes (1588-1679), fundador del positivismo jurídico moderno. En lugar de colocar al derecho, como lo hace Grocio, dentro del campo especulativo del deber ser suprasensible, lo coloca dentro del campo fáctico, del ser sensible o de los simples hechos. Conforme a esto postuló que el estado natural y original del hombre no era la comunidad sino el individuo, de suerte que la sociedad y el Estado no tenían otro origen que el contrato o pacto entre los individuos que los componen y, por tanto, no existía otro derecho que el impuesto por el Estado. En este sentido, Hobbes no

solo niega el derecho natural y es, por tanto, el padre del positivismo jurídico moderno, sino que también lo es del contractualismo social moderno.

Nueva actitud ante la realidad

La clave del racionalismo es la actitud ante la realidad implícita dentro del nuevo criterio de certeza. Conforme a él, la búsqueda de un conocimiento cierto se convierte en búsqueda de verdades al alcance de la razón humana, que ella misma esté en condiciones de comprobar. Lo cual no conduce a una visión de la realidad tal como es y se presenta a la razón humana, sino a una visión de la realidad tal como la razón humana la concibe y se la representa, por los medios de demostración a su alcance. Tal es la visión racionalista de la realidad, que no puede evitar alejarse cada vez más de la visión simplemente racional —o realista— de la realidad, hasta entonces dominante en el pensamiento europeo[19].

En efecto, para el racionalismo solo es real lo concebible por la razón humana. Únicamente de esto cabe tener certeza. De lo demás no; por tanto, ni siquiera cabe afirmar que exista. Así, pues, dentro del horizonte mental de racionalismo no hay cabida para realidades que superen a la razón humana: ni para un Dios, cuya grandeza sobrepase los límites del entendimiento humano, ni para un mundo, cuya complejidad solo pueda ser plenamente conocida por un entendimiento divino. Por eso, los iniciadores del racionalismo en el siglo XVII —aunque sinceramente creyentes como lo fueron Grocio y Descartes— prescindieron, al menos hipotéticamente, de la «revelación» y sus seguidores no pudieron menos que rechazarla en nombre de la razón, como lo hicieron los enciclopedistas del siglo XVIII, hasta terminar por proponer un substituto racionalista de ella, como de hecho lo hicieron finalmente los creadores de los grandes sistemas de pensamiento racionalista del siglo XIX: Hegel, Comte y Marx.

El universo mental del racionalismo es más estrecho que el universo mental simplemente racional. En lugar de contener todo lo inteligible en sí mismo, contiene tan solo lo inteligible para la razón humana. En esta identificación de la realidad con lo inteligible para la razón humana se fundamenta la nueva actitud del racionalista frente a la realidad: la afirmación del poder de la razón humana para transmutar la realidad tal cual es, en otra distinta, tal cual ella misma dictamina que debe ser.

La raíz de esta actitud mental es clara. Desde que se hace coincidir la realidad con lo que la razón humana alcanza a comprobar por sí misma, los límites de la razón humana son también los límites de la realidad. De esta manera la razón

[19] Chevalier (1958).

humana deja de reconocerse limitada exteriormente por la realidad y pasa a erigirse a sí misma en medida de la realidad. En efecto, si la realidad no se extiende más allá de lo que cabe dentro de la razón humana, tampoco está la razón humana circunscrita por la realidad, inmersa dentro de un universo real, anterior y superior a ella, al cual le es imposible substraerse. Antes bien, nada le impide sobreponerse al mundo real y forjar otro distinto, conformado según sus propios dictados.

Lo inteligible en sí y lo concebible para el hombre

Esta actitud frente a la realidad diferencia netamente al racionalismo moderno de otras formas de pensamiento racional anteriores, como son la visión realista del mundo de raíz griega y la visión teologal del mundo de raíz cristiana. Una y otra coinciden en reconocer a la realidad como algo dado, que en todo caso supera a la razón humana, cuyas limitaciones le impiden abarcarla totalmente. Es decir, parten por reconocer una insalvable desproporción —que el racionalismo ignora— entre la realidad inteligible en sí misma y la realidad inteligible para la razón humana: lo concebible para el entendimiento humano es tan solo una parte de lo inteligible en sí mismo. Según esto, los límites de la realidad distan mucho de coincidir con los de la razón humana, pues derivan de una razón superior, el entendimiento divino, único capaz de abarcar cuanto es inteligible en sí mismo. En consecuencia, la realidad se impone a la razón humana como algo anterior y superior a ella, a lo cual ella misma no está en condiciones de substraerse. Tal es el punto de partida del realismo.

Según esto, el papel de la razón y el objeto de la ciencia humana no es otro que conocer la realidad tal cual es (realismo) y dentro de ella, reconocer el lugar y la misión del hombre, en el seno de ese mundo real anterior y superior al mismo hombre, plenamente inteligible para el entendimiento divino y solo parcialmente concebible para el entendimiento humano. De ahí tomó su nombre la filosofía (entre los griegos: amor a la sabiduría); que en sí misma es un atributo de la divinidad.

Por su parte, el enfoque teologal, propio del cristianismo, añade a esta visión realista una dimensión trascendente. Es decir, refiere el más acá terreno al más allá divino, donde tiene su razón de ser, tanto por su origen como por su fin. Esta explicación última de la realidad por la causa primera, que es Dios, supone —no elimina— las explicaciones inmediatas, a través de las causas segundas, que son los agentes creados. Así la realidad inteligible para la razón humana tiene su explicación última en la razón sabia de Dios que gobierna todos los actos y movimientos (*lex aeterna* = ley eterna). Ella rige cada cosa según su naturaleza: el orden físico mediante leyes (físicas) impuestas, que se cumplen infaliblemente,

y el orden humano a través de leyes (morales), propuestas para ser cumplidas libremente por los hombres. Al conocer esta ley eterna, la razón humana reconoce también cuál es el lugar y la misión que el propio Dios ha asignado al hombre dentro del universo (*lex naturae* = ley natural), que cada uno ha de adoptar libremente como regla y medida de su actuación terrena si quiere alcanzar la relativa felicidad en esta vida y la completa felicidad en la vida ultraterrena. La razón y la libertad humana son, pues, un don divino que coloca a todos y cada uno de los hombres radicalmente por encima de las demás realidades terrenas —bienes, poder, placer— que son simples medios, para él, como el único capaz de acoger deliberadamente la invitación de Dios para disponerse en esta vida a participar eternamente de su gloria.

En cuanto el racionalismo se alza contra el mundo real, tal como es, en última instancia, según los dictados de la razón divina, para substituirlo por un mundo real, tal como debe ser, según los dictados de la razón humana, no puede menos que alejarse cada vez más de esta cosmovisión realista y teologal que le precedió.

Este desenlace tiene mucho de inevitable. Desde que la búsqueda de la certeza en los conocimientos humanos, no responde al amor del saber, que dio su nombre a la filosofía, sino al afán de poder, que anima el intento de conformar la realidad a los dictados de la razón humana, se genera una situación violenta, que solo puede sostenerse mediante la fuerza.

En una palabra, para el racionalismo es indigno del hombre, como sujeto racional, conformarse con aplicar la razón a entender la realidad *(intus-legere)* y a jugar un papel dentro del universo, tal cual es, sin que él mismo haya intervenido para nada en su diseño, limitándose a buscar la perfección y la justicia mediante una mera transformación de esa misma realidad, dentro de las limitaciones de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas. En lugar de eso, sostiene que lo propio del hombre, como sujeto racional, es aplicar su razón a hacer realidad un mundo ideal, más perfecto y más justo, diseñado por su razón, donde él mismo no estará sometido a otro poder que el de su propia razón. En el fondo el racionalismo rechaza la realidad, como algo anterior a la razón, imperfecto e injusto, que la razón está precisamente llamada a abolir y reemplazar.

Tal es precisamente la suprema aspiración de la Ilustración. Para ella la razón humana y ciencia están llamadas a rehacer el mundo según sus propios dictados, es decir a substituir la realidad tal cual es por otra distinta tal cual ellas mismas dictaminan que debe ser. Dentro de este mundo conformado por la razón, el hombre no tendrá un lugar y una misión determinada de antemano, como sucede dentro del mundo real, sino el lugar y la misión determinados por su propia razón.

Segunda fase: auge del racionalismo, ilustración y creencia en el progreso indefinido

El revisionismo crítico de la Ilustración no tiene límites. No se detiene ante nada ni ante la teología y las ciencias sagradas, ni frente a la metafísica y las ciencias humanas, ni en fin, frente a la física y las ciencias de la naturaleza. Naturalmente los resultados son diferentes, según se trate del más acá terreno o del más allá ultraterreno. Además, lejos de quedarse en el plano de la teoría, estos resultados comportan dimensiones prácticas de largo alcance. Responden a un propósito de rehacer el mundo según los dictados de la razón, es decir, de los filósofos, nombre que se da a los pensadores ilustrados.

Bajo el signo del racionalismo las ciencias de la naturaleza pasan a primer plano Reciben mayor impulso que las sagradas o las humanas y se convierten en modelo de las ciencias del hombre. El nuevo criterio de certeza rinde más fruto en las llamadas ciencias exactas. Se produce un auge del estudio de la materia cuantificable, como las matemáticas y del mundo sensible, como las ciencias experimentales. Recuérdense los trabajos de Pascal (1623-62) y de Leibniz (1646-1716) en el campo de las matemáticas; los descubrimientos de Galileo (1564-1642) y de Newton (1642-1727) en el de la física; y las investigaciones de Linneo (1707-78) y Buffon (1707-88) en el de la biología.

En contraste, el conocimiento de Dios se vuelve cada vez más inaccesible. Al prescindir de la «revelación», la sagrada teología se convierte en mera teología natural o teodicea y deriva hacia la búsqueda de un fondo común a todas las religiones, que viene a ser como un mínimo común denominador en materia religiosa. De ahí la declinación de la teología y de las ciencias sagradas. Al comenzar el siglo XIX, Hegel hace notar, con una mezcla de asombro y de desconcierto, esta pérdida de una visión teocéntrica del mundo:

> […] nuestro tiempo, se caracteriza frente a todos los demás por conocer una interminable multitud de cosas y, en cambio, nada de Dios. Antes el espíritu ponía su más alto interés en conocer a Dios y escudriñar su naturaleza. Nuestro tiempo, en cambio, ha prescindido de esta necesidad, y se ha ahorrado el esfuerzo y lucha consiguiente. Lo damos por sabido y lo descartamos. Pero lo más asombroso es que el hombre parece hallarse tan orgulloso de esta actitud, que por sí misma merece mirarse como la fase extrema de su abatimiento, que considera que […] cabalmente este abatimiento debe cifrarse su más alto y verdadero destino[20].

El auge de las ciencias exactas y la declinación de las ciencias sagradas tienen, a su vez, un efecto sobre las humanidades o ciencias del hombre. Da lugar a una aproximación de ellas a las ciencias de la naturaleza. De esta suerte, la propia

[20] Hegel (1970).

razón humana termina por no ver en el hombre sino un elemento más dentro del mundo físico natural, sujeto a las mismas leyes que rigen a la materia y a los seres irracionales.

Creencia en el progreso indefinido

Para los ilustrados estos adelantos traen consigo necesariamente un perfeccionamiento no solo material, sino también moral del hombre. Es decir, conducen no solo al conocimiento y al dominio del mundo exterior, sino también al conocimiento y dominio de sí mismo. De ahí su preocupación general por la educación, en especial, por la educación popular, y la difusión de las llamadas ciencias útiles: la física, la química, la biología, las matemáticas y los conocimientos técnicos y su menosprecio de las humanidades: las lenguas clásicas, la historia, la metafísica y la teología.

Pero la idea del progreso indefinido tenía para los ilustrados un alcance aún mayor. No era solo una idea, sino que constituía una auténtica creencia, de orden racional, indiscutible e indiscutida y, como tal, un substituto de la creencia sobrenatural en Dios como principio, medio y fin de todas las cosas. En concreto, permitía explicar la historia sin intervención de Dios, quien quedaba relegado al papel de mero espectador. En este sentido, se tornó frecuente la comparación con un relojero que, después de echar a andar la máquina del universo, se limita a observar su movimiento, regido únicamente por leyes naturales. De ahí el rechazo de la posibilidad de una revelación divina y de los milagros, por considerar que el curso de las leyes naturales era inalterable, incluso para el mismo Dios.

En otras palabras esta creencia racional en el progreso indefinido viene a ser el substituto de la creencia sobrenatural en un Dios que, después de esta vida, premia a los buenos y castiga a los malos. De ahí que muchos descarten la idea del hombre como viajero —*viator*— en búsqueda de Dios y de la salvación personal, como supremo ideal humano, al que debían tender todas las instituciones sociales: el gobierno, la enseñanza y la economía. Se ponen así los fundamentos de una descristianización de la vida pública y privada.

Esta nueva fe en la razón y el progreso persistió durante el siglo XIX y fue el nervio de los grandes sistemas de pensamiento de la etapa siguiente, de apogeo del racionalismo. Dichos sistemas no son sino concreciones de ella, dentro de un esquema tripartito, que corresponde al pasado, presente y porvenir. Tal es el caso del idealismo absoluto de Hegel, del que derivan el positivismo de Comte y el materialismo de Marx. Los tres están igualmente animados por la convicción de haber descubierto el curso necesario de la historia. En el colmo del optimismo,

Comte, el más simple de todos, no vaciló en anunciar que los hombres no cesarían de hacerse «más ricos, más poderosos y más felices».

Por más de un siglo, los avances cada vez más espectaculares de la ciencia y de la técnica, que se suceden sin intermisión desde el siglo XVIII hasta el XX parecieron avalar la creencia en el progreso indefinido. Pero esta creencia se derrumbó bruscamente durante la primera mitad del siglo XX y con ella, se desmoronó también la modernidad ilustrada. Las dos guerras mundiales —de 1914-1918 y de 1939-1945— la gran depresión económica del período intermedio y el surgimiento, también a partir de la primera posguerra, de los estados totalitarios, hicieron dudar de que el progreso técnico y el moral vayan unidos. Esta desilusión es uno de los factores decisivos del ocaso intelectual del racionalismo y, al mismo tiempo, una de las manifestaciones más claras del mismo.

La ilustración y sus vertientes

Dentro de este marco general surgen, como es natural, diversas posiciones y corrientes. Entre ellas, se distancian entre sí una Ilustración irreligiosa y cosmopolita[21] y otra católica y nacional[22]. Ambas tienen en común su confianza en el poder de la razón para transformar el mundo y hacer a los hombres más felices. Pero entienden esta ampliación de los fines del gobierno, más allá de mantener la paz y la justicia, a lo que entonces se denominaba «policía» de modo opuesto, hasta terminar enfrentadas entre sí. Mientras para unos, cuyo foco principal es Francia, la meta es disociar el más acá terreno del más allá ultraterreno, a fin de liberar al hombre de sus creencias y de su pasado, y dejarlo sometido únicamente a los dictados de la razón, vale decir, de los filósofos; para otros, espíritu reformador y el ideal católico y nacional van unidos. La crítica a la Iglesia, no pone en duda la revelación divina, sino que se dirige contra la credulidad y las supersticiones que la deforman, así como contra los abusos de la disciplina eclesiástica. Del mismo modo, en materias profanas, junto con fomentar los adelantos científicos y técnicos, se renueva el propio derecho e instituciones y se fomentan en general, los recursos y la prosperidad del país.

Caso aparte es la Ilustración en cámara lenta de los países de habla inglesa. Ahí la religión no es ni rechazada ni reconocida. Se mira como cosa privada. Se habla más bien de creencias. Esta indiferencia frente a ellas permite centrar la vida pública en otras cosas, como el individuo y sus derechos, que solían compendiarse

[21] Cassirer (1943), Gay (1966-69).

[22] Sobre la Ilustración católica y nacional, véase Merkle (1909-1910), Moncada (1950), Góngora (1957), Plongeron (1969), Wandruszka (1965), Kovacs (1979), Krauss (1973), Bravo Lira (1985-86), Klueting (1993).

en la trilogía *life liberty and state*[23]. De hecho estos bienes terrenos, pasan a ser lo único sagrado e intangible, según aparece de manifiesto, sin ir más lejos, en la independencia de Estados Unidos. Sabido es que —a diferencia de la revolución francesa o de la independencia iberoamericana— fue provocada no por motivos ideales, sino por una disputa en materia de impuestos. El sentido práctico anglosajón, procura evitar los trastornos sociales a la hora de realizar los ideales de la Ilustración, más que nada en atención a los propietarios. Más importante que esos ideales es la estabilidad, la tranquilidad económica.

Ni reformas ni revolución, pero tampoco inmovilidad. Si hay que hacer cambios, se procede con toda la cautela posible para evitar alteraciones. Nadie expresó mejor esta mentalidad que Jefferson, uno de los primeros presidentes de Estados Unidos: «El mejor gobierno es el que gobierna menos»[24]. Lo cual vale, ante todo, para las creencias y las costumbres. No conviene hacerse problemas por tales asuntos, aunque eso signifique discriminación contra los católicos en Inglaterra o la esclavitud de los negros en Estados Unidos. En suma, si las otras vertientes de la Ilustración brillan por sus realizaciones, esta brilla por su modo de realizarlas, con un mínimo de costo. Como observó Chaunu, a diferencia de Francia, Inglaterra no necesito de una revolución para transformarse en un país moderno[25].

El distanciamiento entre las distintas vertientes de la Ilustración puede seguirse a lo largo del siglo XVIII, por medio de tres generaciones. La primera tiene un sello marcadamente crítico. Está representada por autores de gran difusión, tanto en Europa como en Iberoamérica. Entre ellos, los italianos Vico (1668-1743) y Muratori (1672-1750), el inglés Toland (1670-1722), el alemán Heinecio (1681-1741), el español Feijóo (1676-1764) y el francés Montesquieu (1689-1755).

Muratori critica los abusos de la devoción y de la jurisprudencia, sus obras se difundieron desde el Danubio a Filipinas[26]. Heinecio fue sin duda, durante más de un siglo, el autor más conocido en Europa y en América hispana por su derecho romano y derecho natural, editados y reeditados a ambos lados del Atlántico[27].

---

[23] Bahatec (1986).

[24] Jefferson (1900-1903).

[25] Chaunu (1989).

[26] Wandruszka (1965).

[27] Heinecio (Heinecius), véase Gottielb [1725], eds. castellanas Madrid 1829, 1836, Santiago de Chile 1843, París 1850. Sus *Elementa iuris naturae et gentium*, Halle 1738, fueron reeditados en Madrid en 1776 y traducidos al castellano en Ayacucho 1832 y Madrid 1837. De sus *Recitaciones in elementa iuris civilis*, 2 vols., Ticino 1780-1781, se hicieron hasta 1870, cinco ediciones castellanas. Muy difundidas fueron sus *Obras completas,* de las que hay varias ediciones, Ginebra 1744-1749 y Nápoles 1769-1777. Véase también Klaus (2001).

No sin razón, pues su distinción entre derecho divino y derecho humano es compatible con la visión teocéntrica del mundo de los pueblos hispánicos. Feijóo, autor de *Cartas eruditas* y de un *Teatro crítico universal*, fue el escritor ilustrado más leído en España y en América[28].

Montesquieu, cuyas obras se difundieron ampliamente en ambos mundos, contrasta con la de los anteriores. Traspone al obrar humano, cuyo objeto son las acciones que el hombre realiza, las categorías propias del hacer, cuyo objeto son las cosas que el hombre produce. Según esto, para él, se puede construir un estado como un artefacto técnico[29].

En concreto propone —como modo de garantizar los derechos de los individuos— limitar el poder del estado, mediante una división mecánica de su ejercicio entre distintos sujetos, que se encarguen respectivamente de los llamados tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. En otras palabras, Montesquieu reduce el despotismo a algo abstracto. En lugar de consistir en abusos concretos cometidos por el gobernante contra los gobernados —como siempre se entendió— lo hace consistir, como dirá más adelante la declaración francesa de los derechos del hombre, en la sola reunión de esos tres poderes en un mismo titular.

Esta teoría de la separación de poderes será idea matriz del constitucionalismo del siglo XIX, cuyos seguidores se aplicarán con toda seriedad a construir un estado como una máquina, técnicamente sin fallas. Su punto de partida no serán los hombres concretos, tal como son, con su carácter, su mentalidad, todo lo que les es propio, sino un catálogo de derechos del hombre abstracto, que se suponen tan universales e inmutables como las leyes del mundo físico. Al igual que los productos de la técnica, estos artefactos constitucionales —diseñados conforme a esos postulados— se supondrán válidos para todos los pueblos de una misma época. En una palabra, se asimila la comunidad política a un mero producto técnico y los hombres concretos, a simples objetos.

Reformas y enciclopedia

La distancia entre las distintas vertientes de la Ilustración se ahonda en la siguiente generación. Es la gran época de las reformas ilustradas en la Europa y la América de las luces y al mismo tiempo, la de la Enciclopedia. Publicistas, ministros y monarcas impulsan con fervor trabajos como la codificación del derecho, en Europa central[30], como obras públicas o la introducción del estaco del tabaco, con

[28] Bravo Lira (1985).

[29] Hennis (1972).

[30] Conrad (1961), Ogris (1979, 1990), Kocher (1986), Brauneder (1987).

espectaculares resultados —en América española— donde no tardó en convertirse en la mayor de las rentas reales[31].

En el mundo hispánico alcanzaron singular relieve los portugueses Verney y Pereyra de Figuereido. Verney (1713-1792), cuyo *Verdadeiro Metodo* difundido desde México hasta Ouro Preto, aboga por una reforma universitaria para «ser util a Republica e a Igreja» (1746), los ideales católico y nacional[32]. Figuereido (1725-1797) aboga por un restablecimiento del pretendido antiguo poder de los Príncipes frente a la Iglesia. Sus escritos alcanzaron rápida y sorprendente acogida en la Europa y la América de las luces[33]. Otra figura central de la Ilustración católica es Von Martini (1726-1800), catedrático de Viena, consejero de María Teresa, autor del primer código civil, el *Wesstgalizisches Gesetzbuch* de 1797, y de unas *Positiones* que tuvieron también amplia resonancia en las universidades de Europa central y del mundo hispánico, por lo menos hasta después de 1840[34].

Mientras tanto en los países de lengua inglesa, Adam Smith (1723-1790) pasa de la creencia en la bondad natural del hombre, que gozaba de mucho favor entre sus compatriotas, a hablar de la mano invisible que regula la actividad económica. En las colonias inglesas de Norteamérica, destaca un autodidacta, Franklin (1706-1790), tipógrafo, editor, padre de la electricidad y de la independencia.

Contrapunto de la Ilustración reformadora es la Enciclopedia (1751-1766). Obra de diversos autores —entre los que descuellan Rousseau (1712-78), Diderot (1713-84) y D'Alembert (1717-83)— constituye un monumental inventario del saber humano, liberado del «lastre» de la revelación y las tradiciones patrias. En este sentido viene a ser una verdadera antítesis de esas sumas del saber humano, transmitido y adquirido, reelaborado una y otra vez en la Edad Media. Los enciclopedistas abominan de esos tiempos por su sello cristiano y exaltan, de rechazo, a la antigüedad grecorromana precristiana. Se oponen abiertamente, tanto a la idea de Dios como a la de patria, y proclaman —como exigencia de la razón humana— el ateísmo y el cosmopolitismo. A tono con lo anterior, la obra respira un inconfundible antisemitismo. Dentro de la línea de Voltaire (1694-1778), así como no admiten un Dios que se ocupe de los hombres, tampoco admiten un pueblo elegido suyo[35]. En suma, el propósito de la Enciclopedia es transformar al europeo en un individuo liberado de sus creencias y de su pasado, sometido únicamente a los dictados de su razón, cuyos intérpretes son los propios filósofos

---

31 Bravo Lira (1994).

32 Andrade (1966), Bravo Lira (1985).

33 Góngora (1957), Dos Santos (s/f).

34 Cassi (1999).

35 Gay (1966-1969).

y autores ilustrados. Aunque prohibida en varios países, la Enciclopedia alcanzó gran difusión en la Europa y la América de las luces.

Entre estos autores tuvo singular fortuna Rousseau. Dos tesis suyas alcanzaron gran predicamento durante el siglo XIX: la bondad natural del hombre y el pacto social. La primera, el hombre es bueno por naturaleza y ha sido corrompido por la sociedad. Con ella se opone a la noción cristiana de pecado original, la noción racionalista de culpa social, colectiva e impersonal. En consecuencia, sustituye el llamado cristiano a la conversión interior de cada persona, como presupuesto para una efectiva transformación exterior de las instituciones, por la llamada revolucionaria y colectiva a transformar exteriormente las instituciones para cambiar así al hombre.

Estrechamente relacionada con esta transformación exterior de las instituciones, la otra tesis postula que los hombres nacen libres e iguales. De ahí que sea asunto de los propios individuos constituir a la sociedad, mediante un pacto social que garantice su libertad e igualdad bajo el poder de la voluntad general. Con ello se opone a la concepción aristotélica de la naturaleza social del hombre —*zoon politikon*— la concepción racionalista de la naturaleza individual del hombre. La sociedad queda así reducida a una polvareda de individuos y el propio hombre a una cifra o número, insignificante, dentro del conjunto social. En consecuencia, la visión cristiana de una sociedad y de un poder instituido en sus lineamientos fundamentales por Dios es substituida por la visión racionalista de una sociedad y de un poder constituido exclusivamente por los propios individuos humanos, a través de un acuerdo de voluntades o contrato. Se supedita así lo público a lo privado lo que en definitiva lleva a una sociedad sin cabeza ni centro, cuyo destino es ser absorbida por el estado.

Esta teoría del pacto social es otra de las ideas matrices del constitucionalismo del siglo XIX. Sirve para desahuciar las instituciones históricamente establecidas hasta entonces, por arcaicas y opresoras, contrarias a la libertad e igualdad natural del hombre y para promover el reemplazo de ellas por constituciones escritas, destinadas precisamente a garantizar los derechos de los individuos e instituir un poder cuyo fundamento no venga de arriba —de la gracia de Dios— sino de abajo, de la voluntad general.

Disociación del más acá y del más allá

La Enciclopedia marca un hito en el itinerario intelectual del racionalismo. Con ella se pasa de la prescindencia de la revelación divina y de la tradición humana a su rechazo en nombre de la sola razón. Sobre esta base hace sinónimo lo natural con lo que la razón humana está en condiciones de demostrar sobre

Dios, el hombre y la naturaleza[36]. De esta suerte cobra forma una nueva visión del mundo, opuesta a la racional y teológica de raíz griega y cristiana. En ella las humanidades, cada vez más desconectadas de Dios, resbalan hacia el campo de las ciencias exactas.

Se comienza por afirmar la razón natural frente a la razón iluminada por la fe y se exalta la filosofía y a los propios filósofos como mentores, luces o antorchas de la humanidad. Por lo que toca a Dios, se afirma la religión natural frente a la religión revelada y se exalta el deísmo o ateísmo como exigencia de la razón universal. En lo que hace al hombre, mientras por una parte se afirma la moral natural frente a la moral revelada y se exalta la filantropía, el amor a la humanidad como ideal universal; por otra parte se afirma la sociedad natural frente a la sociedad instituida, fundada en las creencias y en las costumbres que distinguen entre sí a los hombres y a los pueblos y se exalta el estado de naturaleza, la sociedad fundada en el pacto o contrato social y la ley como expresión de voluntad general. Finalmente, se afirma el derecho natural basado en la sola razón frente al derecho establecido, fundado en la revelación y un derecho común romano-canónico, unas costumbres y una legislación del pasado, diversos en cada pueblo. En cambio, exalta los derechos del hombre individual y el contrato como fundamento de las relaciones recíprocas.

Esta exaltación de la naturaleza, tal como la razón humana por sí sola está en condiciones de comprobarla, no puede menos que reducir al hombre a uno dentro de la especie humana: vale decir, un individuo dentro del género, numéricamente distinto de los demás, pero con iguales derechos y, por tanto, sujeto a una legislación uniforme impuesta desde arriba. Esto se convertirá, en definitiva, en un ideal constante a lo largo de dos siglos desde el reformismo ilustrado en la segunda mitad del siglo XVIII hasta el constitucionalismo liberal o socialista de los siglos XIX y XX. Tal es la razón de ser de la reducción del derecho a la ley, igual para todos, lo que equivale a estatalizar el derecho. Es decir, deja de ser el *iustum* —como tal situado por encima del Estado, del poder y de los gobernantes— para transformarse en *iussum*, cuyo contenido y aplicación entregados a su arbitrio pueden tornarse inhumanos.

Reformas y revolución

Al aproximarse el fin del siglo el pensamiento racionalista se encamina decididamente de la prescindencia de la revelación divina y de la tradición humana a su rechazo. Las tensiones entre las dos vertientes de la Ilustración llegan a un punto

[36] Cassirer (1943), Gay (1966-1969).

álgido y ambas se enfrentan, incluso en el campo de batalla. La creencia en el progreso indefinido encuentra sus principales intérpretes en Turgot (1727-1781) y Condorcet (1743-1793), quien incluso al pie de la guillotina, tuvo ánimo para componer un discurso sobre el poder de la razón para conducir a la humanidad desde las tinieblas del pasado hacia un luminoso futuro de felicidad y perfección siempre en aumento. Contra tales ilusiones y contra los horrores cometidos en Francia durante la revolución de 1789, bajo lema «libertad-igualdad-fraternidad», se alzó un coro de autores desde Europa central —Halle, Viena— hasta el mundo hispánico —Coimbra, México, Manila—.

El rechazo de la Francia revolucionaria y sus constituciones escritas es general. Mientras bajo el antiguo lema «Dios-patria-rey» se llevan adelante ambiciosas reformas destinadas a liberar a la religión de abusos y supersticiones, y al pueblo de los obstáculos que se oponen a su felicidad, el inglés Edmund Burke (1729-1797) opone en 1790 —en sus *Reflexiones sobre la revolución francesa*— un modelo histórico y nacional de constitución, diferente del modelo revolucionario, basado en el individuo y el contrato. Esto bastó para hacer de él un liberal, un adalid del pensamiento conservador[37]. En los países hispánicos, las constituciones escritas no despertaron entusiasmo. Mientras el español Jovellanos (1744-1811) no se privó de reírse de la seguidilla de ellas en Francia: «[…] constitución que se hizo en pocos días, se contuvo en pocas páginas y duró pocos meses»; allende el Atlántico, el brasileño Andrada e Silva las encontró delirantes: «¿No hemos visto tantas veces en Europa que hombres alucinados por principios metafísicos y sin conocimiento de la naturaleza humana, quisieron crear poderes imposibles de sustentar? Vimos los horrores de Francia; sus constituciones apenas hechas y luego destruidas […]»[38].

El enfrentamiento entre estas dos vertientes de la Ilustración desemboca en la derrota de Napoleón en 1815. Vencedor, el emperador Francisco de Austria hace erigir entonces un arco de triunfo en Viena donde se inscribe la sentencia bíblica *iustitia regnorum fundamento*, antítesis de la prepotencia de su antiguo adversario. Algo semejante hace el Papa en un monumento alzado frente a Quirinal, que exalta a la fe frente al poder. La Ilustración católica y nacional une, pues, al acento fuertemente crítico y reformador, una afirmación de los ideales nacionales, tanto religiosos y profanos, que las guerras napoleónicas no hicieron sino exacerbar.

La época de la Ilustración es la de los grandes códigos en Europa, primero en Austria, el ya mencionado Código Civil de 1797 (*Westgalizisches Gesetzbuch WGGB*) de Von Martini y el código penal de 1803, de su discípulo Von Zeiller,

[37] Burke (1954), Cobban (1960), Schmidt y Assmann (1967).

[38] Jovellanos, Andrada e Silva.

adoptado como modelo en todo el mundo hispánico, a partir del Código del imperio de Brasil de 1830. Les siguen los *cinq codes* franceses, cinco elaborados en siete años al terminar la revolución (civil, penal, comercio, procedimiento civil y criminal), de gran influencia en Europa y en el mundo hispánico[39]. En estos países la codificación es más tardía y por eso se lleva a cabo bajo el signo de los grandes modelos. Comienza en 1829 con el código de comercio español y no se completa sino en 1916 con el Código Civil brasileño[40].

Codificación y «estatalización» del Derecho

La codificación transformó el derecho anterior y superior a la razón, fundado en la revelación o en la tradición y, por tanto, válido por igual para gobernantes y para gobernados, en un derecho legal, emanado del Estado. Es decir implantó una sumisión incondicionada de los gobernados a la ley impuesta por quien dice mandar en nombre de la razón. Este intento racionalista de liberar a los hombres de sus creencias y de su pasado, que se imponen a la razón en nombre de la revelación y de la tradición, parece tener en todas partes el mismo precio: sacrificar en alguna medida a los hombres concretos, con sus diversidades y su personalidad histórica, ante un hombre abstracto, propuesto en nombre de la razón por los pensadores de una época inmediatamente anterior e impuesto por la fuerza por los gobernantes del momento.

Al respecto no deja de ser un contrasentido que precisamente en la época del racionalismo las leyes se impongan, desde el poder, sin invocar las razones en las que se fundan y se conviertan en simples disposiciones que mandan, prohíben o permiten. Leyes sin Dios ni Patria, se las supone expresión de la razón universal por el solo hecho de haber sido dictadas por quien gobierna y manda. A los jueces, en cambio, se les exige en esta misma época que fundamenten sus sentencias, con el objeto de comprobar que se limitan aplica ley, sin distinguir si es buena o mala. En este sentido, el racionalismo se hace cada vez menos razonable: sacrifica la autoridad del jurista a la potestad del gobernante; elimina el elemento racional de la ley, sujeto a la autoridad de quienes saben derecho, para afirmar, en cambio, el elemento dispositivo de la misma, expresión del poder de los gobernantes.

Ahora bien, esta estatalización del derecho avanza gradualmente. Solo en el siglo XX se impone en términos mundiales, desde la Unión Soviética hasta

[39] Van Kan (1910), Arnaud (1969), Ewald (1989), Halperin (1992).

[40] Bravo Lira y Concha Márquez (1998), Guzmán (2000).

Estados Unidos[41]. Lo que varía en el curso del tiempo es quién asume la misión de imponer esa uniformidad legal: si un monarca que reina por la gracia de Dios, como en el siglo XVIII, o un parlamento manejado por oligarquías que representan los ideales partidistas dominantes, como en el siglo XIX o, en fin, un Estado manejado por una *nomenklatura,* la del núcleo o partido portador que lo ha capturado, como en el caso de Estados totalitarios. Para el reformismo ilustrado la ley es protección de los débiles frente a los poderosos, acordada por el monarca; para el liberalismo la ley es regla de la actuación individual encaminada a mejorar la propia situación, garantizada por el Estado; y para el socialismo, la ley es regla de la actuación individual encaminada a mejorar la situación de la colectividad, conforme a la imposición del Estado[42].

Lo que sucede en el derecho no es más que el reflejo de lo que ocurre en los demás planos de la vida humana. A medida que avanza el pensamiento racionalista se vuelve cada vez menos razonable. Se le hace cada vez más difícil sostener y fundamentar que nada hay en el mundo superior a una persona, según recuerdan las *Siete Partidas*[43].

En lo que toca a Dios, se le hace cada vez más difícil extrañarse de que su divinidad traspase los límites del entendimiento humano y prescindir sin más de su revelación, sin examinar siquiera su contenido, como si otro fuera de Dios mismo, pudiera dar noticia de Él mismo. En lo que toca al hombre, se le hace cada vez más difícil reconocer que cada uno, aparte de tener una naturaleza común con los demás, es una persona. O sea, que cada hombre singular no puede ser definido tan solo como un individuo de la especie humana, porque el soporte de su naturaleza individual es una persona, y por lo mismo, todo cuanto él tiene es personal: honra, vida, familia, patria, patrimonio.

En suma, el pensamiento racionalista no puede evitar alejarse de la imagen personal del hombre, como alguien único, dueño de sí, para resbalar hacia la imagen individualista del hombre, como uno más dentro de un género, llámese este la humanidad, como en el siglo XVIII, o la colectividad a que se pertenece: nación, partido político o clase social, como en el siglo XIX. A cada una de estas colectividades corresponde, en términos generales, una fase del estado constitucional: estado nacional, estado parlamentario y estado totalitario, con las distintas variantes de este último: pluri o monopartidista, socialista internacional o nacional-socialista.

---

41 Wyschinski (1949), Bovard (1994, 2000).

42 Bravo Lira (1982).

43 *Siete Partidas* (7, 1,26).

Tercera fase: apogeo del racionalismo. Grandes sistemas de pensamiento y felicidad terrena

El siglo XIX histórico no coincide con el cronológico. Comienza en 1815 con el Congreso de Viena, que restableció la paz y el equilibrio europeo destruidos por las guerras de la revolución francesa, y termina en 1914 con la gran guerra, como se llamó el primer conflicto mundial. Transcurre dentro de un clima de relativa paz y prosperidad. Al favor de él se operó en Europa un cambio espectacular: el nacimiento de un nuevo tipo de cultura, urbana e industrial, cuyo empuje contribuyó a consolidar el poderío mundial del continente. Símbolo de ella fue el reparto del África en la conferencia de Berlín (1884-1885). Pero esta primacía, cada vez más amplia, se tornó también cada vez más precaria. Perdió contenido cultural y se redujo a una mera superioridad técnica.

En estas condiciones, el racionalismo llegó a su punto culminante y también al límite de sus posibilidades. El dominio del hombre sobre el mundo, cada vez más efectivo, llevó al extremo la tensión entre la teoría y la práctica. Con ello puso a prueba la viabilidad de los propios ideales y planteamientos racionalistas.

En el racionalismo se contraponen en esta fase dos caras: la de la teoría y la de los hechos. Mientras los pensadores construyen sistemas de largo vuelo y exaltan el dominio del hombre sobre el mundo, y del Estado sobre el hombre, en la práctica surge toda suerte de confrontaciones. El paso de los discursos dieciochescos sobre cómo rehacer el mundo, a la tarea concreta de cambiar a los hombres y a las instituciones establecidas, despertó oposiciones y resistencias tan profundas y enconadas, que provocaron una suerte de descarrilamiento. Se produjo un divorcio entre país ideal y país real. La fractura entre ambos y las fricciones consiguientes recuerdan a dos placas tectónicas en constante tensión. En atención a esta división, el portugués Figuereido habló de las «dos Españas» y el brasileño Maciel de Barros de «os dois Brasil»[44].

Esta situación es nueva. Comparadas con las reformas, más o menos ambiciosas, del siglo XVIII, las transformaciones decimonónicas tuvieron un efecto completamente distinto. Si en el siglo anterior se había pasado sin mayores trastornos de la formulación de un criterio de certeza a su aplicación en el plano intelectual, es decir, a un revisionismo crítico, ahora el tránsito de la crítica a sus aplicaciones concretas, no se hizo sin rupturas y trastornos, a veces duraderos.

Esta ambivalencia puso en tela de juicio la creencia racionalista de que progreso material y progreso moral iban naturalmente unidos. Nadie lo vio mejor que Hegel. La historia entraña un incesante enfrentamiento entre los hechos y

[44] Figuereido (1936), Maciel de Barros (1960).

la teoría. Hegel creyó poder zanjarlo en favor de la teoría: si los hechos no se ajustan a la teoría, tanto peor para los hechos. Su gran sistema de pensamiento racionalista, el idealismo absoluto, descansa en esta superioridad del espíritu sobre la materia. Para él la historia no es, en último término, más que el despliegue de una idea, la idea del Estado. De este modo transformó la creencia genérica en el progreso indefinido en algo concreto, la sucesión de tres épocas históricas, que corresponden, como las de Joaquín de Fiore, al pasado, el presente y el futuro. Al cabo de ellas, la humanidad alcanza la felicidad en la tierra. Detrás de él vinieron Comte y Marx que, con variaciones, se mantuvieron dentro de este mismo esquema monocausal y tripartito.

Grandes sistemas de pensamiento

Estos sistemas derivan en alguna forma de Kant (1724-1804) y de su divorcio entre el conocer y el ser. Con ello abrió el camino al idealismo de Hegel y, a través de él, al positivismo de Comte y el materialismo de Marx. Todos coinciden en reducir la realidad a un solo principio, llamado idea por Hegel y materia por Marx.

Autor del primero de estos sistemas, modelo de los demás, fue Hegel (1770-1831). Es el idealismo dialéctico absoluto. Según él, la razón demuestra que en último término todo lo real se reduce a diversas formas de una única idea, el espíritu absoluto, en perpetuo despliegue dialéctico: la afirmación de la idea engendra necesariamente su negación y esta, a su vez, su plenitud, que supera y engloba la afirmación y negación anteriores en un todo completo. Este movimiento dialéctico se repite indefinidamente, pues la plenitud es a su vez punto de partida para una nueva vuelta del proceso.

Según Hegel esta tríada tiene su máxima expresión en el dogma cristiano de la Santísima Trinidad. Sobre la base de ella acometió la tarea de abarcar toda la realidad en una sola cosmovisión. Esta visión del mundo hegeliana culmina, en cierto modo, en su exposición de la historia humana como despliegue dialéctico de la idea de Estado. Allí la tesis es el estado oriental, donde solo es libre el gobernante y los demás son súbditos; la antítesis, la ciudad-estado griega, donde son libres los ciudadanos y los demás simples elementos pasivos; y la síntesis, el estado germánico-cristiano, dentro del cual se sitúa el propio Hegel y su tiempo, en él todos son libres y ciudadanos. Estas tres fases históricas se suceden necesariamente y en este mismo orden, de suerte que al hombre no le cabe otra cosa que colaborar en su realización[45].

[45] Hegel (1970).

El positivismo sociológico de Comte (1798-1857) depende de Hegel, en cuanto se propone oponer una réplica al idealismo absoluto. Es también un intento de abrazar toda la realidad dentro de una sola gran visión y termina asimismo en una interpretación de la historia universal. Según Comte, el pasado, el presente y el futuro de la humanidad transcurren bajo la ley de los tres estadios, que abarca la vida del espíritu desde sus orígenes hasta su final. Primero viene el estadio teológico que se extiende hasta la antigüedad grecorromana, durante el cual el hombre, aplastado por la grandeza del mundo exterior, busca una explicación del mismo a través de fuerzas ultraterrenas o divinas, lo que cimienta el predominio de la teología. Enseguida, sobreviene el estado metafísico, que se inicia con el cristianismo, durante el cual el hombre busca una explicación abstracta para lo que le rodea, lo que fundamenta el predominio de la filosofía. Finalmente, la historia culmina en el estado positivo cuyo fundador es el propio Comte, en el que el hombre cesa de preguntarse por las causas o el por qué de las cosas y se pregunta solo por el cómo, por los hechos positivos, lo que cimienta el predominio de la sociología, ciencia creada por Comte mismo, y abre una etapa de orden y progreso que pone fin a los trastornos de la revolución francesa y las guerras napoleónicas[46].

Por último, el materialismo dialéctico o histórico de Marx (1818-1883) representa, como el propio Marx reconoce, una inversión del sistema hegeliano. Al igual que su maestro, Marx niega la distinción entre espíritu y materia, pero en lugar de afirmar que lo único real es el espíritu absoluto en perpetuo despliegue dialéctico, afirma que lo único real es la materia, a la que, sin embargo, atribuye las propiedades del espíritu —en rigor la omnisciencia y la omnipotencia de la divinidad misma— y, en consecuencia, la supone también en perpetua actividad, bajo la forma de un despliegue dialéctico.

Marx se opone a Comte, en cuanto para él la gran cuestión contemporánea no son los trastornos derivados de la revolución francesa y las guerras napoleónicas, sino las trasformaciones derivadas del maquinismo y la aparición del proletariado industrial, esa gran masa de trabajadores manuales que vegetan en condiciones inhumanas sin más haber que su prole. En consecuencia, Marx propone, a su vez, como culminación de su sistema, una nueva interpretación de la historia, articulada —como las anteriores— en tres etapas fundamentales, pero sobre la base de las relaciones económicas de producción. Todo lo demás, la religión, el arte, la filosofía, la ciencia, el derecho no son, según Marx, sino superestructuras derivadas de esas relaciones de producción.

[46] Comte (1851-1854).

Atendiendo a este factor determinante, el gran acontecimiento de la historia humana es la invención de la propiedad privada. La tesis en el proceso dialéctico de la historia es la sociedad primitiva anterior a la propiedad privada; la antítesis la sociedad de clases fundada sobre la propiedad privada, que opone a los hombres en una lucha inevitable y sin cuartel entre la clase explotadora de los propietarios y la clase explotada, de los proletarios; y la síntesis será una sociedad sin clases, cuyo advenimiento pronostica Marx a través de una revolución mundial del proletariado, que acabará con la propiedad privada de los medios de producción y por tanto, con la clase explotadora y con la explotación del hombre por el hombre, para inaugurar una era definitiva fundada en la propiedad colectiva de esos medios de producción y la consiguiente abolición de las clases sociales y el Estado[47].

Sistema y felicidad de este mundo

En estos tres grandes sistemas late, como fondo común, la creencia en el progreso indefinido. Cada uno de ellos no es más que una explicitación de las etapas a través de las cuales avanza en el tiempo. Todos siguen el mismo esquema —que es el de Joaquín de Fiore— con sus tres épocas, que corresponden a pasado, presente y futuro. Los tres afirman saber por anticipado cuál es la etapa final de la historia de la humanidad, y apelan precisamente al futuro para imponerse. Para Hegel ese final de la historia advendrá por obra del Estado, para Comte será por obra de la sociedad, y para Marx de la economía. En todos los casos se trata de una edad perfecta, justa y feliz completamente conforme a los dictados de la razón humana, que en última instancia viene a ser un paraíso en la tierra, es decir, un substituto racionalista de la esperanza cristiana.

En el fondo estos tres grandes sistemas no son más que explicitaciones del curso histórico que sigue el progreso indefinido. Todos adoptan el esquema tripartito de Joaquín de Fiore, que tiene la fuerza de encuadrar al presente entre el pasado y el futuro. Los tres afirman saber por anticipado el desenlace de la historia de la humanidad y lo identifican con su propio triunfo. Su poder de atracción, una verdadera fascinación, radica más que en una fundamentación racional en esta suerte de revelación secularizada o esperanza racional substituto de la esperanza cristiana. A la luz de ella, al pasado es interpretado como una preparación remota y el presente como introducción inmediata a la edad de oro, que advendrá en forma inminente y necesaria, como recapitulación de todo lo sucedido desde el

[47] Bochensky (1956), Ibáñez (1981). Véase también Moreno (1979). Una visión sucinta en Ocariz (1985).

principio de los tiempos. En virtud de esta visión de los últimos tiempos, cada uno de estos sistemas se autoerige en sucedáneo de la religión, hasta el punto de exigir de los hombres una sumisión incondicional, más estricta que la religiosa, pues para él no hay distinción entre las esferas de lo sacro y lo profano.

De esta manera, el rechazo de la revelación divina en nombre de la razón del siglo XVIII, desemboca en el siglo XIX en la divinización del Estado por el idealismo hegeliano o de la sociedad por el positivismo comtiano o de la materia y de su expresión, el proletariado, por el materialismo marxista. Estado, sociedad, proletariado son endiosados como salvadores sea de la esclavitud, sea de la ignorancia sea de la explotación.

Estado monárquico y estado oligárquico

Una cosa es el endiosamiento del Estado por los pensadores y otra demoler efectivamente los otros poderes diferentes al suyo —Estado e Iglesia— supremos y menores, que limitaban el suyo. Este fue el gran escollo con que tropezó en Europa e Iberoamérica el ideal político de la Ilustración, de una sociedad como suma de individuos iguales ente sí y con los mismos derechos.

No fue fácil desarticular la constitución varias veces centenaria de cada país e implantar en su lugar otra mejor, cortada según los patrones de Montesquieu y de Rousseau. Cambiar una constitución histórica por otra de papel, equivalía a reemplazar el estado jurisdiccional, vigente desde hacia siglos, con su multiplicidad de poderes, por un estado individualista, donde un poder único —cuyo ejercicio se dividía entre los tres poderes clásicos— no tenía delante de sí más que una masa de individuos aislados e indefensos, que forman la llamada sociedad civil *sine imperio*[48]. Según explica Hespanha: «La progresiva expropiación de los poderes políticos de entidades superiores (papado, imperio) o inferiores (señoríos, ciudades, corporaciones, familias) permite al Estado transformarse en una entidad monopolizadora del poder político, contrapuesta a una sociedad expropiada de ese poder, sociedad civil»[49].

De este modo lo público y lo privado se separaron como dos esferas, una estatal, regida por la ley, y otra individual, regida por el contrato, el dualismo.

---

[48] Sobre la génesis y sentido de la contraposición Estado-sociedad, véase Brunner (1963, 1965, 1991), Schieder (1958), Schmitt (1960), Ehmke (1962), Conze (1962), Angerman (ed.) (1963), Ernst Wolfgang (ed.) (1976), con trabajos de diversos especialistas. Riedel (1970), Bobbio (1973), García-Pelayo (1975), ahora en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid 1977. Engelhardt, Ulrich y otros (editores) (1976), Quaritsch (ed.) (1980), con trabajos de varios especialistas. Hespanha (1984), Koslowski (1989). Para Chile, Bravo Lira (1991).

[49] Hespanha (1984).

Tal es el origen de la contraposición de Estado y sociedad de las constituciones y códigos del siglo XIX, antesala del totalitarismo duro y blando del siglo XX, donde, eliminada la trama de poderes intermedios, los individuos quedan solos e indefensos frente al poder[50].

En otras palabras, las codificaciones y las constituciones escritas contribuyeron a hacer tabla rasa de la diversidad del país real, de las personas, los bienes y las instituciones que lo conforman. Su propósito era implantar un modelo ideal, cosmopolita, igualitario, de individuos y derechos, que son los mismos para todos los hombres y todos los pueblos, de todos los tiempos. De esta manera, la comunidad política se disolvió en una mera sociedad política. La comunidad viviente, constituida por una trama de personas e instituciones, fue reemplazada por una sociedad ideada por los pensadores, compuesta por individuos iguales entre sí y con los mismos derechos, como accionistas de una sociedad anónima. Entonces, el Estado como tal se vio impedido de seguir jugando su papel protector de los desvalidos frente a los poderosos y entró en crisis.

El idealismo hegeliano experimentó tempranamente los efectos del choque de las dos constituciones. Su grandioso intento de reconciliar los sistemas antagónicos de los pensadores anteriores fue muy pronto abandonado. La exaltación del Estado persistió, pero bajo dos formas opuestas, de los llamados hegelianos de derecha y de izquierda. Para Hegel, como sabemos, el Estado es motor y promotor de la libertad en la historia. La constitución «es algo que existe por sí y que está por encima de las cosas fabricadas» y «la corporación constituye la segunda raíz moral del Estado, después del núcleo familiar». Los «miembros de la sociedad civil se hacen miembros de alguna corporación, conforme a sus especiales aptitudes»[51].

Entre sus seguidores se perfilaron dos interpretaciones. Una teológica y política, conservadora, como la de Lorenz von Stein (1815-1890) que vio, como siempre, en el Estado el instrumento de la libertad. En manos de la monarquía, interviene en las luchas sociales para elevar a los sectores inferiores de la población. La otra, atea y violenta, revolucionaria, como la de Karl Marx (1818-1883), que por el contrario, vio en el Estado un instrumento de opresión, en manos de los poderosos, del cual el proletariado no podría liberarse sino mediante la revolución.

Ambos atienden el mismo criterio a saber, en manos de quién se encuentra el Estado: o bien de un monarca, situado por encima de los más poderosos y en condiciones de proteger frente a ellos a los mas débiles o bien de una clase

---

[50] Reinhard (2005).

[51] Hegel (1970: 273, 439; 251, 394; 255, 396).

dominante —minoría, partidos, grupos— que se sirve de él para explotar a los más desvalidos. Según eso, el papel del Estado será, como recuerda Stein, solucionar los problemas sociales, mediante la elevación de los sectores inferiores[52] o por el contrario, como sostiene Marx, no habrá otra salida posible para liberar a los oprimidos, que eliminar el Estado y las clases sociales, mediante la revolución; ni otra manera de contribuir a ella que acentuar lo que llamó contradicciones sociales, a fin de acelerar la revolución[53].

El caso del marxismo es muy distinto al idealismo y al positivismo. Ya hemos visto que en lugar de acudir al Estado y a los cuerpos intermedios, a fin de proteger a los más débiles, apeló a la revolución para acabar con el Estado. Pero solo alcanzó su verdadera significación en el siglo XX, por una vía completamente original, la de capturar un Estado. Con ello inauguró el Estado totalitario, nueva forma de Estado individualista, que terminó por prevalecer en el siglo XX.

Entonces el Estado entró en crisis y se vio impedido de asumir en forma efectiva su papel protector de los desvalidos frente a los poderosos.

Estado jurisdiccional y estado individualista

Entre estas dos posiciones, primó en Europa y en Iberoamérica —a lo largo del siglo XIX— la favorable a un Estado formado por múltiples poderes y grupos en oposición al Estado reducido a una suma de individuos y a la dualidad estado-sociedad. Esta fue una constante en la que coincidían liberales y conservadores, hegelianos y positivistas. Su convergencia no es casual. Desde luego, la idea de una comunidad organizada era más realista que la individualista de los autores ilustrados. Guardaba mayor consonancia con la situación y mentalidad de estos pueblos. Desde luego, es todo menos una postura teórica; viene de atrás, tiene hondas raíces y lleva muy lejos. Responde a una conciencia viva. Por lo mismo, explica muchas cosas, entre ellas, el fracaso de tantas constituciones escritas o la reticencia frente a ciertas instituciones como el parlamento y el sufragio; en una palabra, el conflicto entre país real de las instituciones y país legal de las constituciones. En definitiva, sin esta clave no puede hacerse la historia de las constituciones escritas.

Ante todo, hay que tener en cuenta que entre estos pueblos no hay conciencia cívica. Para ellos lo que interesa vitalmente es disponer de lo propio, no meterse en lo ajeno. No les importa mayormente participar en el gobierno, y lo que les importa de veras es que el gobierno no intervenga en el suyo. Así entienden

[52] Stein (1972), García Pelayo (1977).

[53] Marx (1843).

también la representación política. Para ellos opera de abajo hacia arriba, como mecanismo para exigir lo propio al gobierno, pero no a la inversa, de arriba hacia abajo, como mecanismo para que el gobierno, que se llama representativo, despoje de todo o parte de lo suyo —libertad, bienes y demás— a los llamados representados.

La cuestión fue mucho más candente de lo que parece. Basta remitirse a la comparación entre la libertad de los antiguos y de los modernos que esboza en esta época Benjamín Constant[54]. Los hispanos no quiere ni oír hablar de cambiar algo real como es su propio ámbito de disposición por algo tan etéreo como participar en la cosa pública, vale decir, ir a meterse en asuntos de otros. Bello lo dice con todas sus letras: los derechos políticos, otorgados en las constituciones escritas, son infinitamente menos interesantes para ellos que los propios bienes de los que han gozado sin esos textos: honra, vida y hacienda, según la clásica trilogía[55]. Esta mentalidad cuadra con el estado jurisdiccional, limitado de múltiples maneras, por el derecho y por los derechos, *iura et privilegia*, de los estamentos, cuerpos y grupos. En cambio, es inconciliable con un estado individualista, cuyos ciudadanos, según puntualiza Constant, en el mejor de lo casos participan teóricamente en el gobierno y, por ese solo hecho, quedan obligados a someterse en todo lo que él haga. No es raro, pues, que el sentir y la práctica hispánica se resistieran a morir y se las arreglaran para pervivir por las vías de hecho y de derecho más inesperadas. Así, al lado de un país legal de las constituciones y de los ciudadanos prosperó el país real de las instituciones y las costumbres.

País real y país legal

En Europa y en Iberoamérica, ese país real encontró amplio respaldo frente al país legal. Entre los autores de mayor resonancia al respecto, están el alemán Krause (1781-1832) y el hispanoamericano Bello (1781-1865). Nacidos el mismo año, el uno en Eisenberg y el otro en Caracas, tuvieron un modo de pensar similar. Los dos fueron maestros por excelencia y en torno a ellos se formaron varias generaciones de discípulos, singularmente fieles a sus enseñanzas. Su actitud abierta, concilia sin dificultad lo nuevo con el pasado.

Las obras de Krause *Fundamentos del derecho natural*, publicada en Jena en 1803 y *Teoría del conocer y del conocimiento,* aparecida en Gotinga en 1835, fueron conocidas en Francia Bélgica y Alemania, pero alcanzaron su máxima difusión en el mundo hispánico, donde el krausismo floreció por encima de las diferencias

[54] Constant-Rebecque (1954).

[55] Bello (1881-1993), Bravo Lira (2005).

entre derecha e izquierda[56]. Krause afirma que la razón lleva al conocimiento de Dios, principio del ser y del conocer. Su obra *Ideal para la humanidad para la vida,* traducida al castellano por Sanz del Río, tuvo tres ediciones hasta 1904. En España gozó de una autoridad indiscutida hasta mediados del siglo XX, mientras en Portugal e Iberoamérica tuvo un peso considerable. En este sentido Krause fue el Hegel para estos países[57].

Andrés Bello fue en su tiempo la primera figura intelectual del mundo hispánico. Compuso unos *Principios de derecho internacional americano*, una *Gramática castellana* destinada al uso de los americanos y codificó el derecho civil vigente en estos países[58]. En su discurso inaugural de la Universidad de Chile, después de ocuparse de la armonía entre revelación y razón, hizo un llamado a la independencia de pensamiento: «[…] jóvenes chilenos, aprended a juzgar por vosotros mismos, aspirad a la independencia de pensamiento. Esta es la primera filosofía que debemos aprender de Europa»[59]. A tono con la mentalidad hispánica, contrapuso los «bienes» que tienen las personas «por ser hombres» —honor, vida y hacienda— a los «derechos» que les son otorgados por la constitución escrita, como el sufragio, que, en cambio, les son incomparablemente menos valiosos[60].

El principal sostenedor de la concepción orgánica de la comunidad a uno y otro lado del Atlántico fue Enrique Ahrens (1808-1884), discípulo de Krause y catedrático de diversas universidades europeas —Gotinga, París, Bruselas, Graz y Leipzig— y ampliamente conocido en el mundo hispánico. Su obra fundamental, *Curso de derecho natural* fue publicada en Bruselas en 1839 y traducida a diversos idiomas; al castellano en 1841, y editada por sexta vez en Viena en 1870[61].

Allí expone un derecho natural opuesto al racionalista de la Ilustración. Formula una teoría del derecho y del Estado. Muestra que «el derecho no puede ser una construcción *a priori*, sino que ha de estar legitimado por la historia y por la vida real. La libertad, no es un fin, sino un medio para conseguir el bien. Como idea racional, debe compatibilizarse con el orden establecido». Mira a la igualdad con reservas, pues es contrario al «sistema abstracto, individualista y atomista, que se apoya en una noción abstracta del ciudadano, realizada de modo idéntico en cada miembro de la comunidad política […] porque no

---

56 Fernández de la Mora (1985).

57 Martin (1881).

58 Salvat (1971), Ávila (1981), Hanish (1983), Murillo (1986). Sobre su significación, Steger (1967-1968, 1971, 1973). Bravo Lira (2000, 2001).

59 Bello (1843, 1881-1993).

60 Bello (2005).

61 Ahrens (1880: 81).

tiene en cuenta las relaciones reales, esenciales y permanentes que mantienen el orden social»[62].

Rechaza la absorción de la sociedad por el Estado, sostiene que los cuerpos sociales intermedios son primarios y el Estado subsidiario. «El autogobierno es aplicable a todas las esferas de la actividad humana. El Estado no debe inmiscuirse jamás en la actividad que las diversas esferas ejercen para su fin propio». Lo que no obsta para retener, en cierto modo, la idea ilustrada de buen gobierno: el papel del Estado no se reduce a proteger a los ciudadanos, sino que debe hacer al bien, vale decir es semejante al del gobierno ilustrado[63].

Además, destaca con calor la ventaja de la monarquía como soporte del Estado: «[…] por su posición eminente para procurar el bien común y (porque) refleja la unidad, la permanencia y la conservación del Estado»[64]. En definitiva, para Ahrens el Estado es un poder más, en medio de otros poderes, lo mismo que en el Estado jurisdiccional, modelo de Estado de derecho, según un autor reciente, Pietro Costa, quien no vacila en afirmar que «es el más logrado Estado de derecho, un Estado precisamente limitado por el derecho (y por los derechos), titular de una soberanía, que lejos de crear con su potencia beligerante un orden enteramente dependiente de ella misma, encuentra un orden ya constituido, se inserta en los derechos y privilegios que florecen a su sombra y se somete a los inevitables condicionamientos de unos y otros[65].

Orden y progreso

Pero lo que parece dar la clave del prestigio de Ahrens y de Bello en el mundo hispánico, como antes de Heinecio, es su consonancia con el sentir profundo de estos pueblos, expresado en la trilogía «Dios-Patria-Ley» o «Dios-Patria-Fueros», que en su tiempo se encuentra en todas partes, desde la península ibérica hasta México y el juramento imperial en Brasil o presidencial en Chile[66]. A esta luz resultan muy sugerentes los términos con que Ahrens recapitula el sentir de su maestro Krause, visiblemente coincidente con el de Bello y, desde luego, con el suyo propio: «[…] respeto de la historia y de las instituciones que han ido formándose sucesivamente por la evolución del cuerpo social; pero las anima con un nuevo espíritu, las llama

[62] Ahrens (1880: 2, 411-412).

[63] Ahrens (1880: 1, 141-145, 55-56).

[64] Ahrens (1880: 3, 339).

[65] Costa (2003: 93-94).

[66] *Religião-Patria-Lei*. Primacía de la constitución histórica sobre la escrita en Brasil (2000).

a un desarrollo armónico y abre al perfeccionamiento social un porvenir en el que el ideal se irá convirtiendo progresivamente en realidad»[67].

Por encima de sus múltiples ramificaciones, gran parte de los positivistas coincide en el fondo con estos planteamientos. De ahí que tanto en Europa como en América dieran origen a un nuevo tipo de conservador, preocupado por encauzar los cambios que trae consigo el progreso, cuyos exponentes no fueron, como hasta entonces, de preferencia militares y clérigos sino ingenieros, médicos y burócratas, símbolos del progreso. De todos modos, lo que menos pudo imaginar Comte, fue la fortuna del positivismo en el mundo hispánico. Al parecer, por su corto vuelo, su sistema estaba más al alcance del núcleo dirigente que abstracciones como las de Hegel o que su versión materialista de Marx.

Sea lo que fuere, el positivismo fue transformado y deformado a su modo en estos países[68]. En México, Gomez Farías suprimió, por considerarla superflua, la universidad mas antigua de América; en Brasil, se puso fin a la monarquía y se adoptó como divisa oficial el lema positivista «orden e progreso» y esa misma fue la consigna de muchos gobiernos de fin de siglo, como el de Porfirio Díaz en México, Guzmán Blanco en Venezuela, Joao Franco en Portugal, Battle y Ordóñez en Uruguay, Augusto Leguía en Perú y Miguel Primo de Rivera en España[69].

Esta manera de pensar y de actuar encontró amplio respaldo a uno y otro lado del Atlántico. Entre otras grandes figuras, que es imposible enumerar, están el peruano Silva Santistevan, el chileno Letelier, el español Salmerón, el portugués Oliveira Martins. En definitiva, en el mundo hispánico el positivismo empalmó con el ideal reformador de la Ilustración y con las organizaciones intermedias del krausismo.

El caso del marxismo es muy distinto al idealismo y al positivismo. Ya hemos visto que en lugar de acudir al Estado y a los cuerpos intermedios a fin de proteger a los más débiles, apeló a la revolución para acabar con el Estado. Pero solo alcanzó su verdadera significación en el siglo XX, por una vía completamente original, la de capturar un Estado. Con ello inauguró el Estado totalitario, nueva forma de Estado individualista, que terminó por prevalecer en el siglo XX.

---

[67] Ahrens (1880).

[68] Zea (1965).

[69] Rabasa (1912), Díaz y Díaz (1991), Vallenilla (1919), García Calderón (1979), Quesada (1917, 1923), Edwards (1927), Pereira (1980), Bonfim (1929), Capuñay (1951), Tau Anzoátegui (2001).

Dos constituciones

En el siglo XVIII se despierta el interés por la constitución histórica de los países europeos, Inglaterra, Francia, Portugal, las monarquías múltiples española y austriaca, los estados alemanes, Venecia y demás. Pero la bibliografía no pasó en general de descripciones, comentarios, comparaciones y teorías[70]. En el siglo XIX, en cambio, la actitud es diferente y la Constitución se convierte en problema. A la histórica —vigente en cada país— se opone otra escrita —ideada según un molde cosmopolita— tomado de autores como Montesquieu y Rousseau.

Un rápido vistazo comparativo muestra varias maneras de encarar el conflicto entre las dos constituciones. No deja de ser sugerente su relación con las distintas vertientes de la Ilustración.

En algunos casos, como el de Inglaterra o de Hungría, se lo evitó. Se renovó la antigua constitución jurisprudencial, sin hacer ninguna constitución escrita. Es decir, estos países no necesitaron de ella para convertirse en modernos. La antítesis fue Francia que por más de dos siglos, desde 1791 hasta 1958, vivió cambiando constituciones, gobiernos, formas gobierno, y regímenes en un intento, una y otra vez fracasado, de reemplazar la constitución jurisdiccional por otra escrita.

La solución tal vez más rica y menos estudiada es el *Scheinkonstitutionalismus* en Europa central e Iberoamérica[71], que claramente responde a la Ilustración católica y nacional. En estos países se dictaron constituciones escritas, pero no por eso se removió la constitución jurisdiccional. Se pueden imitar muchas cosas, siempre que no comprometan ni a la Iglesia ni a la patria. En este sentido se habla de modernización tradicional, moderada por los sectores dirigentes[72]. Los modos de arreglárselas fueron múltiples. A veces simplemente no se tomó en serio la constitución escrita y otras veces estos textos dejaron más o menos intactas las instituciones vigentes. De una u otra forma la constitución escrita no pasó de ser una fachada al gusto de la época —con separación de poderes y garantías— tras la cual subsistieron las propias instituciones. Se combinaron, por ejemplo, las innovaciones antedichas con la subsistencia de los dos poderes supremos, Estado e Iglesia, y la introducción del parlamento con la monocracia gubernativa, sostenida por instituciones antiguas como ministerios e intendencias. Al modelo

---

[70] Schmidt (1967), Mohnhaup y Dieter (1995).

[71] Acerca del *Scheinkonstitutionalismus*, véase Hattenauer (1980), Von Srbik Ritter (1935-1941: 3), Böckenförde (1977), Huber (1991, tomo 1: 89-91, 120; tomo 4: 131 y ss y 332). Para Austria (tomo 3: 381-382). En Prusia, Gruenthal en «Grundlage konstitutioneller Regiment in Preussen 1848-1867», en Ritter, Gerhard A. (ed.) *Regierung, Beaurokratie und Parlament in Preussen und Deutschland von 1848 bis zum Gegenwart*, (1983: 42 y ss.). Willoweit (1991, 1992), Bravo Lira (1993, 1998).

[72] Unger (1975), de Trazegnies (1992).

ilustrado de constitución escrita, se sobreañadieron en el mundo hispánico toda suerte de instituciones.

De hecho, ellas constituyeron la parte más sólida y estable del Estado, sobre la cual pudieron asentarse las novedades introducidas por la constitución escrita. Los más logrados ejemplos de *Scheinkonstitutionalismus* fueron Austria y los estados alemanes, en Europa, Brasil y Chile en Iberoamérica, a los que se agregaron posteriormente Argentina y México.

En el resto del mundo hispánico, las situaciones son muy diversas. En todo caso, estos países parecen debatirse entre una constitución jurisdiccional que se resiste a morir y una seguidilla de constituciones escritas al estilo de Francia, que pasan sin echar raíces.

Cuarta fase: agonía del racionalismo. De la muerte de dios a la muerte del hombre

El siglo XIX terminó en una apoteosis del poder del hombre para dominar el mundo. Nunca como entonces pareció tan próxima a alcanzarse la meta propuesta por Comte: hacerse cada vez más ricos, más poderosos, más felices. El siglo XX, en cambio, acabó en un abismo que enterró las ilusiones de la Ilustración bajo la lápida de metarrelatos[73]. La centuria tiene mucho de fin de una época. De hecho, vio sucederse el fin de los imperios[74] y el derrumbe del liberalismo después de la primera guerra mundial[75], el fin de la preponderancia mundial de Europa y la partición del mundo entre dos superpotencias tras la segunda guerra —Estados Unidos y Unión Soviética— y, como si esto fuera poco, el derrumbe de la propia Unión Soviética y del socialismo desde los años 1990, que dejó paso a Estados Unidos como única superpotencia, y a su increíble indiferencia frente al derecho[76].

Nos hallamos pues ante un cambio de escenario. En medio de tantas catástrofes se desvaneció la creencia en el poder de la razón humana para rehacer el mundo y el sueño de un progreso indefinido de la humanidad por obra suya.

---

[73] Lyotard (1984).

[74] Bravo Lira (1988).

[75] Nolte (1971).

[76] La CIA mantiene cárceles secretas en diversos países del mundo. En octubre de 1989 se autorizó al FBI (Oficina Federal de Investigaciones) para apresar, sin autorización del país respectivo, a cualquier persona, de cualquier nacionalidad, en cualquier parte del mundo. Con ello se legalizó la caza del hombre por la CIA, algo que los países civilizados tenían por inconfesable. Se puso así a los hombres por debajo de las fieras, que no pueden casarse en territorio ajeno. Véase también Bravo Lira (1989, 2003, 2004).

Murió así la Modernidad antropocéntrica y se produjo bruscamente el *Wende*, esto es, el vuelco hacia una posmodernidad de contornos todavía inciertos.

El ocaso del racionalismo está lleno de contradicciones. Es a la vez una época creadora y destructiva. Los avances son impresionantes, pero también lo son los problemas que traen consigo: ecológicos, demográficos, psicológicos, morales, económicos, sociales, religiosos. Algunos se vuelven insolubles. En este sentido se habla de decadencia como redondamente lo hace Spengler[77] o de los desafíos pendientes, como más cautamente lo hace Toynbee[78], de cultura de la muerte o autodestrucción. El lenguaje de estas visiones de la historia es significativo. Deja atrás el tono triunfal de los grandes sistemas del siglo XIX, Hegel, Comte y Marx, y su interpretación monocausal queda relegada al pasado.

Pérdida del centro

Un somero examen de la situación revela que estamos ante una pérdida del centro. Junto a un incremento sin precedentes de la prosperidad material, se produce una descristianización masiva, también sin precedentes. Se rompe así el equilibrio interior y exterior de la persona. Manifestaciones de ello son la vulgarización del lenguaje y las costumbres, del pensamiento y de la religiosidad. En una palabra, un rebajamiento de la persona. Correlato de él son, como señaló Sombart, la falta de aprecio por la vida y la baja de la natalidad[79], preludio de la extinción del mundo civilizado.

De hecho Europa pierde su preponderancia mundial. Superioridad espiritual, degenera en cultural y termina en meramente técnica. Entonces su relación con el resto del mundo se invierte. Si antes la emigración europea llevaba su espíritu a otros continentes, ahora no europeos afluyen por millones a Europa: turcos, árabes, chinos, marroquíes, tailandeses. Al mismo tiempo, Europa y Estados Unidos imponen en el resto del mundo métodos destinados a frenar el crecimiento demográfico. Sin razones para vivir, tampoco las hay para perpetuarse en los hijos.

Lo singular de este hundimiento es que, al igual que el engrandecimiento, viene de dentro y de arriba, lo que evoca esa deserción de los letrados denunciada por Julien Benda[80]. Tiene su foco en los pueblos más avanzados y dentro de ellos, en los núcleos dirigentes. Los pueblos más prósperos y poderosos —que se hallan

---

77 Splengler (1918-1922).

78 Toynbee (1934-1961).

79 Smbart (1938).

80 Benda (1927).

a la cabeza de los adelantos científicos y técnicos— se empobrecen moralmente y ejercen una influencia corrosiva sobre el resto del mundo. Esta decadencia no viene de abajo, de las grandes mayorías —menos cultas, marginales y menos acomodadas— sino de la propia minoría dirigente, del sector más cultivado de las urbes mundiales que, de este modo, arruina su prestigio y su papel rector.

El abandono de la fe, fenómeno aislado en el siglo XVIII, se tornó masivo en la Europa del siglo XX, comenzando en las capas cultas[81], descreídas, indiferentes moralmente, sin interés por la creación intelectual y artística, desarraigadas, sin más patria que sus inversiones ni más intereses que los económicos. El fenómeno no es desconocido. Al fin del mundo antiguo sucedió algo semejante, según pudo comprobar el ruso Rostovtzeff[82].

Esa deserción de los sectores dirigentes es perceptible al menos en tres círculos concéntricos: uno más visible, la relación entre la técnica y el hombre; otro más profundo y ramificado, la relación entre medios de vida y razones para vivir y, en fin, uno de fondo, la relación entre Dios y el mundo.

La técnica contra el hombre y la naturaleza

La técnica y la industrialización realizaron prodigios durante el siglo XX. Tal vez ninguno tan beneficioso como la elevación sostenida de las condiciones de vida de pueblos enteros. De hecho, muchas limitaciones espaciales desaparecieron ante el avance de los medios de transporte y de comunicación, desde el motor a vapor y los ferrocarriles, hasta la electricidad, el teléfono, el telégrafo, el cable, la propulsión nuclear y la aviación. Muchas limitaciones de los medios de vida desaparecieron ante el avance empresarial, desde las manufacturas, el comercio colonial y las grandes compañías de comercio hasta el empleo de material sintético, la producción en serie, el comercio y las finanzas mundiales. Muchas limitaciones de la salud corporal desaparecieron ante el avance de la medicina, desde la vacuna y la anestesia hasta los rayos X y los antibióticos. En fin, desaparecieron también muchas limitaciones en la información ante el avance de los medios de comunicación, desde la prensa y los periódicos, hasta el telégrafo y el teléfono, la radio y la televisión.

Pero desde temprano, esos mismos adelantos que permitieron mejorar las condiciones de vida y enfrentar diversas formas de infortunio —catástrofes, enfermedades y demás, causadas por la naturaleza— permitieron realizar también las más atroces injusticias, atentados del hombre contra el hombre. A lo largo

[81] Müller-Armack (1968).

[82] Rostovtzeff (1937-1939).

de la centuria se desencadena una serie de horrores, nunca vistos en la historia. Apenas hace falta recordarlos. Comienzan con la primera guerra mundial (1914-1918) y sus millones de víctimas. Siguen con la discriminación de las minorías, el exterminio de más de cincuenta millones de personas bajo la Unión Soviética y sus satélites (1917-1987)[83], los bombardeos a poblaciones civiles indefensas en la segunda guerra mundial, desde Dresde hasta Hiroshima y Nagasaki, y la expulsión de millones de personas de su patria. Prosiguen, en la segunda mitad del siglo, con las demoledoras intervenciones de Estados Unidos en Corea, Vietnam, Afganistán e Irak[84], las masacres en las guerras tribales de África[85]y las de los Balcanes en la década de 1990. A la vista de este espectáculo inhumano, el inglés Johnson no pudo menos que calificar al Estado como el mayor asesino de la historia[86], en tanto que el francés Ternon denunció el Estado criminal y los genocidios del siglo XX[87].

Medios de vida y razones para vivir

A pesar de tantas catástrofes, muchos mantuvieron por largo tiempo la ilusión de vivir en el mejor de los mundos posible. El fuerte de la ciencia experimental y de la técnica está en el conocimiento y el dominio del mundo exterior al hombre; y su débil en el conocimiento del hombre mismo y de lo que conduce al dominio de sí. Aunque la ciencia y la técnica pudieron ciertamente mejorar y multiplicar los medios de vida del hombre, no pudieron dar un sentido a su vida, ni razones para vivir. Por eso, la prosperidad material pudo muy bien ir acompañada de los mayores horrores contra nacidos y por nacer, lo que Zum Felde denominó «barbarie tecnificada», mil veces peor que la barbarie primitiva del arco y la flecha[88].

La vida se volvió cada vez menos humana. Primero fue la miseria material del proletariado, luego la miseria moral de la sociedad masificada. Nada lo muestra mejor que la suerte de la educación. Se desvirtuó poco a poco hasta hacerse cada vez más incapaz de transmitir ideales de vida a las nuevas generaciones. Dio por supuesto el sentido y el fin de la vida y se contentó con impartir conocimientos o destrezas. De este modo empobreció moralmente a la persona. Ni la alfabetización, ni la familia, ni la escuela, ni la Iglesia, ni tampoco, en cuanto les cabe, los

[83] Courtois (1998).
[84] Véase Splenger (1918-1922).
[85] Véase Splenger (1918-1922).
[86] Johnson (1988).
[87] Ternon (1994).
[88] Zum Felde (1939).

medios de información lograron impedirlo. A la hora de asegurar su supervivencia, la sociedad industrial del siglo XX, tan orgullosa de sus logros, se encontró por debajo de tantas culturas orales y rurales de antes y de ahora.

Esta es en definitiva la gran contradicción del siglo. Empobrecimiento moral más que material, enmascarado por un espectáculo brillante de elevación de las propias condiciones de vida. Los medios de vida son cada vez más abundantes, en tanto que faltan cada vez más razones para vivir.

Un mundo sin Dios

La raíz última de este desajuste entre el mundo exterior y el interior, con todas sus consecuencias, no es sino la disociación entre el más acá y el más allá. A principios de siglo observó cáusticamente el inglés Chesterton: «El que no cree en Dios es capaz de creer en cualquier cosa»[89]. El tiempo le dio la razón. A medida que se apagaba la fe, Europa y el mundo se llenaron de supersticiones. Necesitado de Dios, el hombre creó sus propios ídolos, comenzó a endiosar cosas nobles como el arte, la ciencia, el Estado, el mundo, la naturaleza; o cosas bajas, como sus propios vicios fustigados otrora por San Agustín: el amor desordenado a la riqueza, al cuerpo, al bienestar[90].

Parte principal de este desmoronamiento interior es la degradación de la persona, primera consecuencia de la disociación racionalista del más acá terreno y el más allá ultraterreno. No podía ser de otro modo. En un mundo sin Dios, el hombre no puede conservar su puesto como persona, por debajo de Dios y por encima de la naturaleza, capaz de tratar directamente con Él y, por tanto, situado por encima de las cosas. Simplemente no hay lugar para él como persona. Inevitablemente se le considera como una partícula más de la naturaleza. Lo que equivale a reducirlo a un simple individuo, vale decir uno más dentro de su especie, un número sin nada que, como a la persona, lo haga respetable en sí mismo[91].

El racionalismo no puede evitar volverse en contra del hombre. Desde que no reconoce ninguna instancia más alta —supraterrenal— tampoco tiene nada que invocar a la hora en que se atente contra él. De nada sirven los discursos sobre unos derechos humanos que ni siquiera tienen fundamentos. Cualquiera los atropella. Sin hablar de las expulsiones en masa, de la opresión a la minorías y

---

[89] Chesterton (1929), ahora en sus *Obras completas*, Barcelona 1952. La frase original, más sarcástica y contundente, reza al parecer: «Lo peor de que los hombres hayan dejado de creer en Dios, no es que ya no crean en nada, sino que están dispuestos a creer en cualquier cosa».

[90] Góngora (1982, 1987).

[91] Scheler (1928), Müller-Armack (1968).

de la llamada limpieza étnica. Todo esto se practica de hecho y se institucionaliza en los campos de concentración y de exterminio del socialismo internacional y del nacionalsocialismo y, últimamente, en los campos de prisioneros como los estadounidenses en Bagram, Abu-Ghraib o Guantánamo[92]. Sin la degradación del hombre por el racionalismo, no habría sido posible a los europeos y los estadounidenses el exterminio de millones y millones de hombres[93].

Proclamar la muerte de Dios, como lo hizo Nietzsche, lejos de traer una liberación del hombre, significó entregarlo en manos del poder y de los poderosos. En una palabra, lo dejó a merced de la voluntad de poder. No podía esperarse otra cosa. Según dijo el francés Lubac: «El hombre puede muy bien forjar un mundo sin Dios, pero no puede evitar que sea contra el hombre»[94]. Convertidos en meros individuos, los hombres quedaron aislados e indefensos frente a las nuevas divinidades, llámense Estado, Nación, democracia, ideología, la ecología o lo que fuera.

De la democracia individualista a la totalitaria

Con la descristianización aparecen nuevas formas de opresión del hombre por el hombre, propias de este siglo. De ellas mencionaremos tres, administradas todas por una *nomenklatura* de iniciados[95] que captura el Estado, los organismos internacionales e intenta capturar asimismo la Iglesia.

En este siglo dominado por la contradicción entre los ideales del racionalismo y la realidad de los hechos, la crítica racionalista cede paso a un cultivo de los problemas que permite vivir de ellos. Tal es la clave de la *nomenklatura* como núcleo dirigente de innegable sello gnóstico. Distintos del común de los mortales sus componentes se autoidentifican con alguna causa humanitaria en boga: lucha contra el hambre, las enfermedades, la opresión, la miseria, la falta de vivienda, de educación, etcétera. Parapetados tras la democracia —ese abuso de las estadísticas, al decir de Borges—[96] de los derechos humanos —ese abuso de la ingenuidad que deja indefensos a los más débiles frente a la violencia— de la policía política, de la extorsión tributaria —ese abuso del gobierno contra los

---

[92] De Bagram y de Guantánamo se tenía noticia. Sobre la denuncia de Joe Darby que provocó la investigación sobre el trato en Abu-Ghraib, véase *Die Presse*, Viena 17 de agosto de 2006. *El Mercurio*, Santiago 13 de diciembre de 2005.

[93] Ternon (1994).

[94] Lubac (1955).

[95] Arendt (1951) repara en el papel de la elite dirigente. Voslensky (1981).

[96] Jorge Luis Borges decía en 1976: «Descreo de la democracia, ese curioso abuso de la estadística». Véase Fernández Ferrer (1988).

ciudadanos— los medios de comunicación y de las encuestas se erigen en expertos y se incrustan en el interior de las instituciones para transformarlas.

Dividen el país o el mundo en dos, ellos y los demás, los que mandan y vigilan, y los que trabajan y producen. Esta suerte de orden faraónico es de hecho una gran realización del siglo XX, de la que no cabe estar orgulloso, porque como anticipó Antoine Pinay: en cualquier época pueden construir pirámides, pero el precio es siempre el mismo, la esclavitud de millones de hombres[97].

Un caso claro es el de las organizaciones humanitarias que desde 1948 prosperan bajo el alero de las Naciones Unidas. Cunden tanto en el marco nacional como internacional. Pero no les es fácil escapar a la tentación de vivir espléndidamente de los problemas que son su razón de ser —en lugar de solucionarlos— ya que esto traería consigo la propia disolución y la cesantía de su personal. Al parecer, un gran descubrimiento del siglo XX es la conveniencia, al menos para algunos, de que los problemas no se resuelvan, sino que se cultiven. Es toda una mentalidad. Ejemplo de ello es un tema tan traído y llevado como los derechos humanos. Brindan a las potencias un pretexto para intervenir en países chicos. En cambio, en ningún caso se los hace valer frente a esas potencias, para amparar, por ejemplo a las víctimas de Estados Unidos o de la Unión Soviética. Un caso entre miles es el del presidente Noriega de Panamá, apresado en el ejercicio de su cargo en 1989 y retenido años y años en la cárcel por Estados Unidos sin que nadie proteste[98]. La maraña de estas organizaciones internacionales prolifera, sin que se vea que solucionen los problemas ni que sean disueltas.

Sin embargo, el caso más claro de vivir de los problemas públicos es el deslizamiento de la democracia individualista a la democracia totalitaria. Una vez atomizada la sociedad, el Estado neutral se hace absorbente. Nadie ha descrito esta transformación mejor que Tocqueville[99]. En ambas etapas, el Estado individualista vive a cuenta del futuro, vale decir, de la «buena república» o más ambiciosamente de la «felicidad en la tierra»[100]. Pero esta dicha es siempre para la siguiente generación. Como ha dicho Derrida es la «democracia para otro día»[101], lo cual autoriza a exigir el sacrificio de la actual generación. En este sentido, el Estado totalitario, respaldado por la técnica, viene a ser el último y más radical esfuerzo por llevar del plano teórico y parcial al plano histórico y total el viejo

[97] Guillaume (1984).

[98] Bravo Lira (1993).

[99] Tocqueville (1957).

[100] Gaxotte (1933).

[101] Derrida (1989).

ideal racionalista de transmutar el mundo real en otro ideal, conformado según los dictados de la razón humana.

Totalitarismo duro y blando

El término «Estado total», paralelo a «guerra total» es de origen centroeuropeo. Bajo la forma de «totalitarismo» se empleó en Estados Unidos durante la guerra fría, para exorcizar a la Unión Soviética, sin imaginar que ellos mismos no tardarían en derivar también hacia dicha forma política[102]. Históricamente presenta dos modalidades: el totalitarismo duro y el blando.

El mejor exponente del totalitarismo duro fue el soviético, que puso en práctica el exterminio de una buena parte de la población. Allí no se tuvo empacho en emplear todos los recursos de la técnica moderna: desde la planificación, el Gulag de Solzhenitsyn y la reclusión forzada en clínicas psiquiátricas hasta los campos de concentración y el exterminio masivo. La cifra de víctimas, del orden de treinta millones, linda con lo inverosímil[103]. El totalitarismo blando, por ejemplo, de Estados Unidos, opera de modo en general incruento. Extorsiona, amedrenta, tortura, pero no asesina sino por excepción. Recurre a medidas de orden policial, legal o administrativa, y al encierro, sin proceso alguno en cárceles secretas, contra ciudadanos y extranjeros[104]. Pero no trepida en implantar y difundir en países extranjeros formas inhumanas de guerra antisubversiva, ni en aplicar horribles torturas a los prisioneros[105].

En el siglo XX el totalitarismo se extendió por los cinco continentes, en todo el arco comprendido desde la Unión Soviética —donde fue implantado por primera vez por Lenin— hasta Estados Unidos.

La señal de partida para su difusión mundial la dio, sin darse cuenta, el presidente Wilson, de Estados Unidos, cuando al término de la gran guerra (1914-1918) hizo un llamado a hacer un mundo seguro para la democracia[106]. Con ello dio entrada al fundamentalismo democrático de Estados Unidos en el escenario internacional. Se trata de una conciencia mesiánica de estar llamados

---

[102] Arendt (1951), Talmon (1952), Seide, Rymo y Jenker (1968), Scapiro (1972), Bracher (1982), Reinhard (1998), Traverso (2001).

[103] Courtois (1998).

[104] Barber y otros (1966), Couto e Silva (1967), Comblin (1978), Child (1980), Fernández Baeza (1981).

[105] Reinhard (2005).

[106] Bainville (1936).

a imponer la democracia en todas partes[107]. Pero en Europa y en el mundo las cosas tomaron un giro completamente inesperado para ellos. En lugar de triunfar una democracia individualista parecida a la estadounidense, triunfó incluso en los propios Estados Unidos, la democracia totalitaria. Sin que Wilson llegara a explicárselo Europa se cubrió de dictaduras. Para asombro suyo el andamiaje de sufragio, plebiscitos y partidos, no sirvió para otra cosa. Al igual que la Unión Soviética todos rivalizaron en su celo por legitimarse mediante elecciones[108].

Si al mediar el siglo el soviético Wyschinski podía decir triunfalmente que en Rusia «las leyes son hechas para defender al Estado contra los individuos, no a los individuos contra el Estado»[109], antes de terminar la centuria, el estadounidense Bovard denunciaba en su país la misma inversión del sentido de la ley. En lugar de ser la garantía y la protección para el ciudadano frente al gobierno, como en tiempos de la independencia y de la constitución, se ha convertido en un elemento de presión y opresión del Estado sobre él: «Hoy día las leyes existen cada vez más para someter a los ciudadanos, no a los gobiernos»[110]. Se cumplió así el vaticinio de Tocqueville[111]. Las dos vertientes del totalitarismo, dura y blanda, siguen el mismo curso y van a dar a la misma parte[112].

Esta convergencia no es casual ni exclusiva de ambas superpotencias. Como explica Reinhard, factor común a ellas es la democracia que demuele las instituciones intermedias y deja al Estado dueño y señor de millones y millones de ciudadanos aislados e indefensos frente a él. Se comprende que en el siglo XX se torne prácticamente imposible escapar a esta democracia totalitaria. «Bajo el impulso de la democracia y los nacionalismos, caen las últimas barreras que contenían desde fuera el poder del Estado»[113]. Entonces, lo único que cabe es esa suerte de autolimitación del poder del Estado, más aparente que real, como la que se intenta mediante las constituciones escritas. Escapar a esta autolimitación supone conseguir que se interponga entre el Estado y los ciudadanos una trama de organizaciones intermedias las cuales, junto con proteger a las personas frente al Estado, lo limitan. De lo contrario, desaparecidas estas instancias intermedias «al hombre le resulta cada vez menos posible entrar en contacto con el poder del

---

[107] Charles Eliot Norton, profesor de Harvard, habla del «surgimiento de un espíritu bárbaro de arrogancia e irracional autoafirmación» y lo califica el «peor espíritu de nuestra democracia». Carta a E. L. Goldkin, Liggio, Leonard, *Early Anti-imperalism*. Véase también Tuchman (1966).

[108] Bainville (1936).

[109] Wyschinski (1949).

[110] Bovard (2000).

[111] Tocqueville (1957).

[112] Reinhard (2005).

[113] Reinhard (2005).

Estado en calidad de miembro sea de una parentela, comuna, gremio o estamento. En lugar de eso, se encuentra directa e inmediatamente frente al Estado»[114]. «El ámbito de competencia de este se torna ilimitado, de suerte que el ciudadano se encuentra sin ningún espacio a salvo del Estado»[115].

Avanzada de la posmodernidad

Hispanoamérica siguió un rumbo diferente. Allí no hubo una descristianización como la de Europa. Al filo del nuevo siglo, antes de que el presidente Wilson hiciera su llamado a favor de la democracia en el mundo, Rubén Darío advirtió a su antecesor, el presidente Roosevelt: «[…] y pues contáis con todo, falta una cosa ¡Dios!»[116]. De hecho, en la América hispana no hubo lugar ni para ideologías ni para endiosamientos del Estado, de la ley, de la democracia, ni de ninguna otra cosa. Como no se ha perdido el centro, sino que está en Dios, todo lo demás se toma *cum granum salis* o como dicen los brasileños *con muita calma*[117]. Así se explica que Steger pueda comprobar, no sin asombro, que Hispanoamérica ha sido el «hoyo negro» donde mueren las ideologías del racionalismo europeo, desde el liberalismo y el socialismo decimonónicos, hasta las teorías del pleno empleo de Keynes, de la dependencia, de modernización desarrollista y demás, sin olvidar el modernismo eclesiástico y la teología de la liberación[118].

En estas condiciones el ocaso de la Modernidad racionalista representó para estos países una suerte de liberación. Abrió las puertas a un renacer de la mentalidad barroca, anclada en la visión realista y teologal del mundo, anterior a la ilustrada, que bajo una corteza racionalista pervivía en ellos con mucho mayor vigor que en Europa. En este sentido, la América hispana ha sido la gran favorecida con el ocaso de la Modernidad ilustrada. Su desmoronamiento deja a la vista esa otra Modernidad barroca, soterrada pero todavía viva, sobre todo en los medios populares. En este sentido el argentino Sampay proclamaba ya en 1942 que el rezago hispanoamericano en seguir los modelos europeos se había convertido en una ventaja[119]. Además, los hispanoamericanos experimentan una reacción casi biológica de rechazo frente a los modelos foráneos, sean europeos o desarrollistas, promovidos por organizaciones internacionales. A quienes no habían perdido la

[114] Reinhard (2005: 407).
[115] Reinhard (2005: 406).
[116] Darío (1947).
[117] Zum Felde (1939).
[118] Steger (1987).
[119] Sampay (1942, 1951), Pierpauli (1999).

visión teocéntrica, siempre les parecieron mortecinas las luces de la razón que encandilaban a los europeos y estadounidenses.

No es extraño que en estas latitudes tampoco se conociera el Estado totalitario, salvo en la caricatura de Cuba, desde 1959. En contraste, a lo largo del siglo se mantuvo incólume, con sus mil variaciones, la monocracia hispánica. Mientras ministerios e intendencias, soportes del gobierno modernizador estuvieron fuera de discusión[120], la suerte de los parlamentos y partidos fue altamente problemática. De este modo, el gobierno pudo muy bien derivar hacia las formas burocráticas, descritas en México por Octavio Paz, como *El ogro filántropico*[121] y en Brasil por Penna como *Dinossauro*[122] sin que en ningún caso se convirtiera en un Estado totalitario. Es un monstruo burocrático pero no totalitario. Mientras en el mundo hispánico hay un Estado fuerte sin apenas sentido cívico, en los otros países de Europa, un sentido cívico más o menos fuerte no impide el deslizamiento del Estado por la pendiente del totalitarismo.

Obra de pensadores europeos, la Teología de la Liberación pretendía atajar la difusión del marxismo en Iberoamérica, tras la toma del poder por Castro en Cuba en 1959. Su idea fue detener al marxismo con una dosis de marxismo, y a la revolución con otra revolución anticipada y menos violenta. Desde una cómoda cátedra en Lovaina, el canónigo Houtart lanzó con beata complacencia de espíritu avanzado, expresiones como «legalidad formal» primero, «legalidad sobrepasada» después, para terminar en la «violencia institucionalizada o inmanente al sistema»[123]. Pero estos teóricos no sabían ni tenían porqué saber que la América de habla castellana o portuguesa es inmanejable. Se dobla, pero no se quiebra. Puede recibir lo que sea, pero sigue siendo la misma, pues según reza el viejo adagio «lo recibe a su modo», por cierto poco afín al racionalismo europeo y muy próximo al barroco. Con la teología de la liberación ocurrió lo mismo que con otras teorías e ideologías racionalistas. Contra las esperanzas de sus promotores europeos, no convenció ni venció. Antes bien, en Iberoamérica tomó otros rumbos, que no raramente coinciden con lo que se conoce como doctrina social de la Iglesia[124].

En suma, Iberoamérica no es fácil. Nada entra en la forma que viene. Todo se filtra y deforma de suerte que cuadre con la propia mentalidad y modo de ser. La mejor prueba de ello es el arte. Según sucede a menudo en el mundo preindustrial,

---

[120] Estos son los elementos fuertes de la constitución, véase Bravo Lira (2006).

[121] Paz (1979).

[122] Penna (1988).

[123] Gorgen (1971).

[124] García Huidobro (1986).

allí ha obtenido sus mejores logros en el siglo XX. No es casual que en el mundo decadente del fin de la Modernidad ilustrada el arte hispanoamericano, desde la arquitectura hasta las bellas letras, emerja —por así decirlo— en la avanzada de la Posmodernidad[125].

El racionalismo dentro de la Iglesia

A principios del siglo XX, mientras el racionalismo avanzaba hacia la captura del Estado, surgió un núcleo de católicos que se propuso capturar la Iglesia. Su aspiración era buscar una conciliación entre la doctrina revelada —de la que es depositaria la Iglesia— y diversas formas de pensamiento racionalista. Esta actitud respondía a un temor de inconfundible raíz clerical: que la Iglesia se quedara atrás frente los avances del racionalismo y de la descristianización. Tal fue el origen y razón de ser del modernismo, o intento de modernizar la Iglesia desde dentro, con criterios racionalistas[126].

Ahora bien, el revisionismo crítico no había sido en absoluto extraño a la Iglesia. Por el contrario, había hallado acogida desde el principio, si bien en el ámbito de lo opinable, y había producido frutos notables. Baste recordar la labor de eruditos de la talla de Mansi, Muratori y Flórez en la época de la Ilustración o de Adam Möhler, Migne y Vigouroux en el XIX. Realizaron una obra monumental al recoger, depurar y editar antiguos textos. Con ella abrieron camino para un mejor conocimiento del dogma, la moral, la liturgia y la historia eclesiástica[127]. Católicos, protestantes y otros entendieron que la revelación y los asuntos de fe exigían un tratamiento distinto de las materias profanas. Debido a que se hallan por encima de la razón humana, estaban también por encima de una crítica y revisionismo al modo de las cosas profanas. Después de todo, la sola razón no podía ni añadir ni quitar nada a la revelación.

Esto cambió al filo del siglo XX con el Modernismo. Tuvo una primera oleada en Europa a fines del siglo XIX y otra de alcance mundial —el neomodernismo— en la segunda mitad del siglo XX. Denunciado y condenado por Pío X, en la encíclica *Pascendi* de 1907, se adoptaron entonces enérgicas medidas para extirparlo dentro de la Iglesia. Con ello consiguió contenerlo por algún tiempo, pero al cabo de medio siglo renació con nuevo vigor.

Característico del modernismo y del neomodernismo es que sus promotores no abandonaron la Iglesia, como los herejes de otros tiempos. Permanecieron en

[125] Bravo Lira (1993).

[126] García de Haro (1972).

[127] Gerbob (1977), Rémond (2000).

ella con el propósito de transformarla, según los dictados de una *nomenklatura* constituida por sus mentores. La acción de los neomodernistas se vio facilitada de hecho por el clima de incertidumbre, subversión y ambigüedad doctrinal y hasta de experimentación de la época del Concilio Vaticano II (1962-1965). Se trataba de abusos, pero eran tantos y tan graves que el papa Paulo VI no vaciló en hablar de una «autodemolición» de la Iglesia. Se desatendió la predicación y la enseñanza religiosa para ocuparse de temas políticos, sociales o económicos. Se descuidó la asistencia a la misa dominical y el sacramento de la confesión. Se discutieron los dogmas, se desacralizó el culto y la administración de los sacramentos y se relajaron la moral y las costumbres. Consecuencias de esta desorientación fue la deserción de miles de clérigos y religiosos y un alejamiento de la práctica religiosa entre los fieles[128].

El modernismo y sobre todo el neomodernismo constituyen una irrupción sin precedentes del racionalismo dentro de la Iglesia. Para sus promotores todo debía ser reinterpretado mediante categorías mentales racionalistas, todo lo que es sobrenatural en la Iglesia y, en general, toda la doctrina cristiana dogmas, sacramentos y moral. Esta reinterpretación desemboca en una reducción de todo elemento sobrenatural a fenómeno explicable por la razón humana, debido a causas puramente naturales y, en definitiva, en el reemplazo de la visión teocéntrica del mundo por otra antropocéntrica.

Se disuelve así la mismísima trascendencia de Dios frente al mundo dentro de la realidad inmanente del propio mundo. El origen y principio de toda religión, incluso del cristianismo, se cifra en el propio hombre, en un sentimiento de su radical indigencia frente a la naturaleza que anida en su subconsciente. En consecuencia, en la Iglesia no se reconoce una institución fundada por Cristo, el Hijo de Dios hecho hombre, sino una emanación de la conciencia colectiva; los dogmas no contienen verdades religiosas inmutables, recibidas de Dios, sino que son formulaciones provisionales, fruto del sentimiento religioso de los hombres y, por tanto, como ese sentimiento esencialmente variables; los sacramentos no confieren la gracia que significan «sino son raros símbolos encaminados a despertar el sentimiento religioso»[129].

Sin exagerar puede decirse que los modernistas abogaban más que por una adaptación de la Iglesia a los tiempos, por una verdadera capitulación frente al racionalismo. Rechazan la lucha que la Iglesia libra contracorriente desde la época romana por hacer prevalecer el sentido cristiano de la vida en un mundo hostil, y creen llegada la hora de plegarse cómodamente a la corrientes dominantes.

[128] Orlandis (1998).

[129] Poulat (1962).

Con ello se elimina lo trascendente, lo que equivale a eliminar también la visión teocéntrica del cristianismo para substituirla por otra antropocéntrica, en la que el hombre, desligado de Dios, acaba convertido en un náufrago, llevado de un lado para otro por los poderes y corrientes de pensamiento del momento, cuando no por las fuerzas de la naturaleza. Nacido de falta de fe en la revelación misma y en la misión de la Iglesia, el modernismo termina por invertir las cosas. En lugar de cristianizar ese mundo, opta por mundanizar la Iglesia.

Epílogo: El mundo en el umbral de la posmodernidad. Entre ecocentrismo y teocentrismo

El siglo XX se acabó de un modo doblemente inesperado. Antes de lo previsto y con un brusco cambio de escenario, debido al derrumbe de la Unión Soviética en 1989. Este acontecimiento y sus repercusiones mundiales se suelen designar abreviadamente en lengua alemana con el término *Wende*. Su cara más visible fue el fin de la guerra fría entre las dos superpotencias. Súbitamente se desmoronó el precario acuerdo de Yalta, equilibrio del miedo basado en el temor al contragolpe, entre Estados Unidos y la Unión Soviética. De un día para otro cayeron el muro de Berlín, la partición de Alemania, de Europa y del mundo en dos bloques antagónicos[130]. De las dos superpotencias que se disputaban la hegemonía mundial, quedó en pie una sola: Estados Unidos.

Sin entrar en un análisis del tema, cabe anotar que el término Posmodernidad es de por sí elocuente. Tiene dos caras. Refleja a la vez ruptura con la Modernidad —a la que relega al pasado— y apertura hacia nuevas formas históricas que permitan configurar un mundo distinto y de ser posible, mejor. En este sentido, Posmodernidad alude de un modo u otro al ocaso del sueño racionalista de disociar el más acá terreno del más allá divino. Por lo mismo, esboza un nuevo horizonte, abierto como un abanico en múltiples direcciones: desde una visión cosmocéntrica, a la manera griega o simplemente budista, para la cual el hombre no es más que una partícula en el universo[131], hasta otra teocéntrica, que lo sitúa debajo de Dios, pero por encima del resto de la creación[132]. Entre una y otra se sitúan los intentos de revivir de alguna forma el antropocentrismo y los metarrelatos. Esto es algunos ideales trasnochados del racionalismo. Sus promotores se autodenominan «renovados», pero en el fondo son retrógrados, pues a lo único

[130] Czempiel (1991).

[131] Vattimo (1986).

[132] Koslowski (1986).

que atinan es a aferrarse —como náufragos— a los restos del pasado sin mirar hacia adelante.

Por encima de eso, el verdadero significado del *Wende* es el fin del antropocentrismo y de la propia Modernidad racionalista, evidente tras el desmoronamiento de la Unión Soviética, el intento más consecuente de rehacer el mundo según los dictados de la razón humana.

Su derrumbe es históricamente notable. Se produjo por sí solo sin intervención de agentes externos. Sus problemas no fueron en primer lugar económicos. Fueron espirituales. Se perdió la fe en la ideología que sustentaba al Estado totalitario. Entre otras cosas, a causa de la imposibilidad de dejar atrás a Estados Unidos en la carrera por el poderío mundial. Perdida la fe en la ideología, la *nomenklatura* quedó en el aire, sin título alguno para seguir al frente del Estado, enfrentada a una población cansada de que la obligaran a sacrificarse por un paraíso en la tierra que no llegaba nunca… Entonces la Unión Soviética se halló bruscamente sin razón de ser y se vino abajo, como un automóvil que se queda sin combustible. El desmoronamiento se produjo de arriba abajo. Quienes primero cayeron en la cuenta de que con el marxismo no se llegaba a ninguna parte, fueron los hombres de la Academia de Ciencias, luego los hombres de gobierno y por último el pueblo[133].

Para un marxista consecuente, para quien la economía lo es todo, esto equivale a una crisis de fe. Algo terrible en un mundo ateo. Como no hay Dios, todo amenaza con desplomarse al mismo tiempo: el mundo interior juntamente con el exterior. Al igual que las otras democracias del siglo XX, la democracia totalitaria de Lenin y Stalin giraba a cuenta del futuro[134]. No era sino una versión llevada al paroxismo de la «buena república», bien conocida en otras latitudes. Esa república cuya fuerza reside, según explica Gaxotte, «en que está por llegar, no es real, es un espejismo». Como tal, no se le conocen defectos. Es todo el bien sin mezcla alguna de mal. Por lo mismo, es la carta de triunfo para quienes están en el poder. Les permite justificar a los ojos de quienes la soportan, la carga de la república real. El monopolio del partido, la prensa y la policía alimenta la sensación de que los males de la república real son transitorios y de que vale la pena soportarlos para llegar a la república ideal. Es un verdadero opio que la *nomenklatura* administra al pueblo, a fin de que olvide los problemas y necesidades del diario vivir. Lo importante es creer que vamos en esa dirección. Una cuestión de fe humana en

[133] Bravo Lira (1990).

[134] Hugo Chávez y otros sesenta oficiales en retiro denunciaron en febrero de 1992 el hastío de las grandes mayorías en Venezuela «de recibir solo promesas y ser las víctimas de un sistema que unos llaman cogollocracia y otros, lo que sea». Véase Bravo Lira (1992).

nombre de la cual la Unión Soviética exigía de la actual generación todos los sacrificios. Pero esta democracia de promesas había durado demasiado; tal vez todo lo que era posible. Ya iban en la tercera generación y Estados Unidos seguía por delante. El resorte se venció. La burbuja reventó. Los soviéticos se negaron a aceptar más sacrificios por las generaciones venideras y reclamaron resultados.

Pero la onda expansiva del *Wende* fue mayor, casi puede decirse mundial. Desestabilizó también a las democracias de promesas del resto del mundo. Partiendo por Italia, cuyo primer ministro se exilió, Francia, donde el primer ministro se suicidó, y Alemania, donde el canciller de la reunificación se vio comprometido en un escándalo de sobornos. En todas partes comenzaron a salir a luz las lacras de la democracia silenciadas hasta entonces. Escándalos, suicidios y corrupción menudearon, «quedando en evidencia la sorda indignación contra la *nomenklatura*». La desproporción entre sus exigencias y su incompetencia no era privativa de la Unión Soviética, sino común a las democracias del resto del mundo. Según explica el español Tusell, «su comportamiento es oligárquico en extremo […] La política se ha convertido en una actividad para quienes carecen de una vida profesional brillante y quieren tener una cierta dimensión pública. Con ella reciben privilegios, inmunidades y sueldos por encima de lo normal, pero las preocupaciones y el lenguaje de los profesionales de la política están a años luz de los ciudadanos». Concluye «el fenómeno más decisivo que se da en todas las latitudes es una sorda irritación contra la clase dirigente, contra ella, sea cual sea su significación, derechista o izquierdista»[135].

En una palabra, con la caída de la Unión Soviética terminó de desaparecer la imagen ingenua del hombre bueno por naturaleza. Se hundió el antropocentrismo. Con él murió también su expresión política, el mito de la democracia, como forma política más perfecta que sea dable alcanzar a la humanidad, más allá de la cual sería imposible pasar. Desde entonces se volvieron a sopesar fríamente sus defectos y ventajas. Nada puede ser perfecto con hombres imperfectos. La democracia volvió a ser entonces lo que había sido siempre, hasta que fuera idealizada por la Ilustración: una más entre las formas de gobierno posibles[136]. «La crisis de la democracia que detectamos cada vez con mayor fuerza desde el desplome de la Unión Soviética —resume el español Sotelo— no es un fenómeno circunstancial que pueda resolverse con algunos arreglos cosméticos, sino que exige cambios substanciales[137].

---

[135] Tussell (1993).

[136] Ratzinger (1992, 1993). Véase también Juan Paulo II, Encíclica *Veritas Splendor,* 6 de agosto de 1993.

[137] Sotelo (1995).

Todavía es temprano para caracterizar la Posmodernidad por sí misma. Pero al menos podemos certificar la muerte de la Modernidad. La perspectiva se ha invertido por completo. Moderno y modernización suenan a trasnochado. Rehacer el mundo conforme a los dictados de la razón humana parece un sinsentido. Es todo menos un ideal, no pasa de ser una ilusión desechable. Las soluciones que el racionalismo tuvo por válidas de una vez para siempre, se diluyen como los *ismos* en metarrelatos. Para qué decir la creencia en el progreso indefinido o la esperanza de construir un mundo feliz. En una palabra, el afán constructor de la Modernidad cede paso a la deconstrucción posmoderna.

Desvanecido el sueño racionalista de disociar el más acá terreno del más allá divino el horizonte se despeja. En los el umbrales de la Posmodernidad, el antropocentrismo es cosa solo de rezagados y renovados, que como náufragos se aferran a la primera tabla a su alcance. En cambio, frente a él se perfilan dos opciones, un teocentrismo, que combina al modo europeo razón y revelación y en el cual hay lugar para el hombre como persona; y un cosmocentrismo, en el que parecen confluir el desencanto irracionalista europeo, con los mitos orientales. Termina en conformismo y pasividad. Pero en esto el europeo deja atrás a los demás. Es más radical. Para él sería una pretensión exorbitante pensar que el hombre sea algo más que una minúscula partícula del universo —en expresión de Vattimo—[138] y que pueda cambiar algo dentro del mundo.

Síntesis y conclusión

El itinerario intelectual del racionalismo se puede reconstruir muy bien a partir de la visión teologal del mundo, que constituye históricamente su punto de arranque y de la que continúa dependiendo, aun a pesar suyo, ya que solo consigue alejarse de ella en la medida en que se convierte en substituto de la misma.

Así, los comienzos del racionalismo con el c*ogito* y la búsqueda de un nuevo criterio de certeza, así como el revisionismo crítico consiguiente a su aplicación, corresponden a una prescindencia, al principio puramente metódico, como en el caso de Grocio y de Descartes, de la fe como elemento de comprensión de las realidades terrenas. Se busca substituir la visión teológica, fundada en la armonía y complementación entre la razón y la revelación por una visión racionalista, fundada exclusivamente en la razón, con independencia de la revelación. Esta primera etapa culmina en el siglo XVIII con la idea del progreso indefinido de la humanidad por obra de la razón. Cobra forma así la creencia en el progreso

[138] Vattimo (1986).

indefinido de la humanidad por obra de la razón, que viene a ser un substituto secularizado de la creencia cristiana en el poder de Dios.

Esta creencia prepara el tránsito hacia la segunda etapa del racionalismo, su apogeo con los grandes sistemas de pensamiento racionalista de Hegel, Comte y Marx en el siglo XIX. Dichos sistemas se presentan a sí mismos como anunciadores del ingreso de la humanidad en la etapa final de su historia: el estado germánico-cristiano de Hegel, la edad positiva de Comte o la sociedad sin clases de Marx. Son un substituto de la esperanza cristiana en una vida ultraterrena como razón de ser de la vida presente.

A su vez, esta esperanza en el advenimiento de una edad ideal en la tierra conduce a la tercera etapa del racionalismo, la de su derrumbe. Un mundo sin Dios se vuelve en contra del hombre. En medio de los mayores horrores de la historia, se hunde la creencia en el progreso y la esperanza en los grandes sistemas. Como escapatoria no queda sino el Estado totalitario.

Antinomias del racionalismo

Dentro y fuera de la Iglesia ese parece ser el drama del racionalismo. No es posible disociar el más acá del más allá, sin que el hombre se convierta en una insignificante partícula del universo y se vea aplastado por los poderes, ahora incontenibles, del más acá. Por eso, el intento racionalista de construir un mundo sin Dios se vuelve inevitablemente contra el hombre. Su actitud ante la realidad y sus métodos le condenan a destruir lo mismo que se propone exaltar. Paradójicamente, cada avance hacia la realización de sus ideales solo puede conseguirse al precio de sacrificar a los hombres reales y concretos del presente, en aras de un hombre ideal y abstracto del futuro. Por este camino medio planeta se convirtió en cárcel bajo el totalitarismo duro del marxismo y el otro medio no se encuentra muy lejos de eso, bajo el totalitarismo blando.

Lo que ocurre es que el racionalismo no puede evitar asimilar el hombre al mundo físico, como si fuera un elemento más de la naturaleza, sometido enteramente a sus leyes, como un hormiguero o una colmena. Por eso, bajo el signo de la sola razón los mejores logros de la ciencia y de la técnica se vuelven contra el hombre.

De poco le sirve al racionalismo su admiración por las ciencias experimentales y por la técnica, a las que exalta como artífices del progreso indefinido. Al confiar, un tanto ingenuamente, en que el progreso resultará necesariamente del solo avance de las ciencias experimentales y de la técnica, torna cada vez más difícil el autodominio del hombre y empuja —por el contrario— hacia la dominación de unos sobre otros, hacia la creación de nuevas formas de opresión, cada vez más refinadas científica y técnicamente, como son las de los Estados totalitarios.

La gran limitación del racionalismo está en que su actitud frente a la realidad solo le permite contar con el mundo de los hechos y de la técnica, de los *facta* y los *artefacta,* y le condena a ignorar la enorme diferencia que hay entre ese mundo y el otro tanto más complejo de las acciones humanas. Porque nada de lo que se refiere al hombre como tal es simple hecho, puramente *facta* mensurable o cuantificable; ni sus acciones —por las que el hombre está en condiciones de responder y son, por tanto, materia de dictamen de su conciencia y de juicio sea moral, sea en derecho—, ni sus proyecciones en la vida colectiva —*res gesta*, gestas grandes o pequeñas que son materia de historia—, ni sus creaciones objetivas, *poiesis* —que son materia del arte—, ni en sus especulaciones por las que desentraña la realidad y la convierte así en materia de intelección o pensamiento, es decir, de la filosofía.

De ahí que el pensamiento racionalista termine abocado a una serie de antinomias: razón y revelación, que llevan del revisionismo crítico del siglo XVIII al absolutismo de los grandes sistemas del siglo XIX; ciencia y creencia que llevan del deísmo dieciochesco al ateísmo contemporáneo; profano y sagrado, que llevan de la aconfesionalidad decimonónica a la lucha contra toda religión en el siglo XXI; persona y sociedad, que llevan del individualismo del siglo XIX al colectivismo del XX; libertad y potestad, que llevan de la igualación dieciochesca al totalitarismo contemporáneo; derecho natural y derecho positivo, que llevan del iusnaturalismo racionalista en el siglo XVIII al positivismo legal del siglo XX.

Estas oposiciones no se dan en la visión realista porque la dignidad del hombre está más allá de toda disputa, tiene un fundamento teologal en la analogía con la Trinidad de Personas en Dios. Ante Dios que es eterno no hay anonimato, cada hombre es único, es alguien capaz de honrarle y de ofenderle racional y libremente, con deliberación. En comparación con esta dignidad, las diferencias con otros hombres, en este mundo temporal y tornadizo, por grandes que parezcan, son algo muy relativo, secundario, insignificante. Dios y el hombre son lo permanente, lo demás —saber, poder, prestigio, bienestar— un decorado, que en palabras del poeta «pasa como las naves, como las nubes, como las sombras […]».

Pero en la visión teológica dignidad del hombre e indigencia son indisociables, es frente al Creador, imagen de Dios y pecador. Cada hombre, en la medida en que es dueño de sí, es también único e irremplazable en su capacidad de honrar u ofender deliberadamente a Dios. El protestantismo acentuó la noción de pecado y, al oponerse a esta versión deformada del cristianismo, el pensamiento racionalista ha buscado de diversas maneras transponerla a la sociedad, encontrar un culpable del mal: desde la sociedad fundada en las creencias y en las tradiciones patrias hasta la sociedad fundada en la distinción de clases sociales.

Grandeza y miseria del racionalismo moderno

Las directrices del pensamiento racionalista son fundamentalmente divergentes. Cada nueva corriente se opone a la precedente. Los distintos pensadores no concurren por eso a elaborar una visión común del mundo. Antes bien, cada uno propone la propia. De ahí que, a medida que se aleja de su punto de partida, el pensamiento racionalista se disgregue en una serie de planteamientos sucesivos, dependientes de los anteriores, pero disociados entre sí: cada vez más sistemáticos, más globales y, por eso mismo, más inconciliables, hasta disolverse en el relativismo.

Hay en esto un contraste con el pensamiento realista que fue advertido ya en el siglo XVII por Leibniz (1646-1716), quien calificó a aquel como *philosophia perennis*, en cuanto en él la diversificación de posiciones contribuye a enriquecer y profundizar un acervo común. Entre los pensadores racionalistas falta este núcleo central de verdades fundamentales. Todo está en perpetua revisión. En atención a ello el mismo Leibniz observó que por lo general sus planteamientos valen por lo que afirman y no por aquello que rechazan.

La disgregación del pensamiento racionalista culmina en el siglo XX —tras el ocaso de los grandes sistemas del siglo XIX— en un relativismo. Proliferan los *ismos* hasta terminar desechados como metarrelatos. Este es, sin duda, uno de los factores de la disolución del pensamiento racionalista.

La significación del racionalismo en la historia de Occidente es indudable. En la hora de su reflujo es imposible desconocer su grandeza y miseria. Los poderes que la razón contribuyó a alzar, en su intento de conformar el mundo a su solo dictado, proclaman su grandeza. A ella no pudo menos que ser sensible una multitud de talentos superiores y por eso el racionalismo encontró tantos sostenedores. Pero, al mismo tiempo, el abatimiento de la propia razón frente a estos poderes, que ella contribuyó a exaltar, proclama la miseria de esta razón humana entregada a sí misma. Ante él tampoco permanecieron indiferentes los mejores talentos y por eso el racionalismo encontró tantos adversarios.

A la postre, no hay razón humana que prevalezca, por su sola fuerza, sobre los poderes que ella misma eleva cuando sus representantes recusan toda autoridad superior a la suya propia. Al disociar el más acá del más allá, lo terreno de lo divino, los pensadores racionalistas renunciaron a toda posibilidad de invocar una instancia superior frente a los poderes del aquí y del ahora y, por tanto, no pudieron sustraerse a una sumisión incondicionada ante esos poderes que ellos mismos contribuyeron a exaltar. En este sentido puede decirse que el racionalismo ha obrado una verdadera *Entfesselung der Unterwelt*, un desencadenamiento de las potencias inferiores del hombre —afán de dominar, de poseer, de gozar— contra el espíritu.

Bibliografía

Andrada E Silva, Jose Bonifacio
1823 «Discurso a la Asamblea Constituyente». En *Anais de Assamblea Constituinte de 1823*, 5 de mayo 1, 53.

Andrade, António Alberto
1966 *Vernei e a culture de seu tempo*. Coimbra: Universidade de Coimbra.

Angerman, Erich (editor)
1963 «Das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft im Denken des 18. Jahrhundert». *Zeitschrift für Politik,* 10, ahora en Bökenförde, Ernst Wolfgang (editor), *Staat und Gesellschaft*. Darmstadt.

Arendt, Hanna
1982[1951] *Orígenes del Totalitarismo.* Madrid: Alianza Editorial.

Ahrens, Heinrich
1880 *Cours de Droit Naturel*, Bruselas [1839], París.

Arnaud, André-Jean
1969 *Origines doctrinelles du còde civil français*. París.

Ávila Martel, Alamiro
1981 *Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obras*. Santiago: Editorial Universitaria.

Bahatec, Josef
1986 «Menschen und Bürgerrechte in der englischen Publizistik». En *Schnur,* Roman (editor), *Die Rolle der Juristen bei der Entsethung des modernen Staates*, Berlín.

Bainville, Jacques
1938 *Los Dictadures* [1935]. Buenos Aires: Juventud.

Barber, Willard F. y Ronning C. Neale
1966 *Internal Security and Militar Power. Counter Insurency and Civic Action in Latin America*. Ohio: Columbus.

Bello, Andrés
1843 «Discurso de instalación de la Universidad de Chile». Santiago, 17 de setiembre de 1843. *Anales de la Universidad de Chile*, 1843-1844. Santiago.
1881-93 «Modo de estudiar la historia». Santiago [1848], ahora en sus *Obras Completas*. 15 volúmenes, 1881-1993. Santiago.

1993 «Responsabilidad de los jueces». *El Araucano,* Nº 305, Santiago [1836], ahora en sus *Obras Completas*. 15 volúmenes, 1881-1993. Santiago.

Benda, Julián
1927 *La trahison des clercs*. París: Grasset.

Bobbio, Norberto
1973 *Societá e Stato, de Hobbes a Marx*. Turín: CLUT.

Bochensky, J. M.
1956 *El materialismo dialéctico*. Madrid: Rialp.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang
1991 *Der Verfassungstyp der deutsche konstitutionelle Monarchie in 19 Jahrhundert*. Stuttgart.
«Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat». En Brunner, Otto. *Festschrift*, [1963].
1991 «Die Bedeutung der Unterschied von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en *Hefermehl, Wolfgang*, Festgabe, Stuttgart [1972], ahora ambos en *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt.

Bonfim, Manuel
1929 *O Brasil na America, caracteiçao da formaçao brasileira*. Río de Janeiro: s/e.

Borradori, Giovanna
2004 *Desconstrucción y terrorismo. Derrida en la crisis de la filosofía en época de terrorismo* [2003]. Bogotá: Taurus.

Bovard, James
1944 «Imperio de la Ley». *El Mercurio*, Santiago, 14 de junio.
2000 *Lost Right. The destruction of the American Liberty*. Nueva York: Macmillan.

Bracher, Karl Dietrich
1989 *Zeit der Ideologien.* [1982]. Stuttgard: DVA.

Brauneder, Wilhelm
1987 «Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811». *Gutemberg-Jahrbuch* 62, Mainz.

Bravo Lira, Bernardino
1982 «Metamorfosis de la legalidad. Forma y sentido de un ideal dieciochesco». *Revista de Derecho Público.* 31-32, Santiago, ahora en *El Juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*. Santiago.

1985 «Feijoó y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa». *Jahrbuch f.ür Geschinte von Staat*, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas 22, Colonia, Viena.

1986 «Verney y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa». *Historia 21*, Santiago.

1988 «El fin del imperio austro-húngaro, fin de una época en la historia mundial». *Anales del Instituto de Chile*, Santiago.

1989 *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*. Valparaíso.

1990 «Ocaso de la democracia totalitaria», en *El Mercurio*, Santiago: 4 de marzo de 1990.

1991 «Comunidad política y representación del pueblo en Chile. De la conquista a la ilustración: 1541-1760». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* 14 Santiago.

«Ilustración y representación del pueblo en Chile 1760-1860». En *Política.* Santiago: 27.

«Sociedad de clases y representación electoral en Chile 1860-1924». *Revista Chilena de Derecho*. Santiago: Nº 18.

1992 *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*. México.

1993 «América y la Modernidad: de la Modernidad barroca e ilustrada a la Postmodernidad». *Jahrbuch Lateinamerika* 30, Colonia, Weimar, Viena.

1993 «Portales y el Scheinkonstitutionalismus en Hispanoamérica». En *Ciudad de los Césares.* Santiago: 31.

1994 *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica. Chile 1750-1850*. Santiago.

1998 *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*. Bernardino Bravo Lira y Concha Márquez de la Plata (editores). Tomo I, Santiago.

1998 «Entre dos constituciones, histórica y escrita. Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica». *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27. Milán.

2000 «Universidad y Modernidad en Hispanoamérica. Autoafirmación de Chile y del Nuevo Mundo frente al Viejo, del Barroco a la Postmodernidad». *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 108-109, Santiago.

2001 «Cultura de abogados en Hispanoamérica, antes y después de la codificación (1750-1920)». En *Roma e America*. *Diritto romano comune 12*, Módena.

2003 «Kraft im Recht. Europa e Iberoamérica frente a la violencia en el mundo de los Estados, tras el Wende». En *Staat und Politik*. Beiträge aus Politischer Wissenschaft und Politischer Bildung, Baden Baden.

2004 «*Fiat iustitia ne pereat mundus*. El derecho frente a la globalización de la violencia». En Losano, Mario y Muñoz Conde, Francisco. *El derecho ante la globalización y el terrorismo. Cedant arma togae*. Valencia.

2005 «Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico. (Siglos XVI a XXI). Contrastes con el *rule of law* inglés y el *règne de la loi* ilustrado». *Revista de Derecho Público* 67. Santiago.
2006 «Judicatura y Monocracia». En *El Juez entre el derecho y la ley*. Santiago.

Brunner, Otto
1965 *Land und Herrschaft* [1939]. Viena: s/e.

Burke, Edmund
1960 *Reflexiones sobre la revolución francesa* [1790]. Madrid: s/e.

Capuñay, Manuel
1951 *A. Leguía. Vida y obra del constructor del gran Perú*. Lima: s/e.

Cassi, Aldo Andrea
1999 *Il «bravo funzionario» asbugico. Tra absolutismo e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).* Milán.

Cassirer, Ernst
1943 *Filosofía de la Ilustración*. [1932]. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Chaunu, Pierre
1989 *La grand déclassement*. París: Robert Lafont.

Chesterton, Gilbert Keith
1952 *Ensayos católicos* [1929], ahora en *Obras completas*, Barcelona: Plaza & Janés.

Chevalier, Jacques
1958 *Historia del pensamiento* [1955]. II tomos. Madrid: Aguilar.

Child, John
1980 *Unequal Alliance: The Inter-American Military System 1938-1978*. Boulder.

Cobban, A.
1960 *Edmund Burke and the Revolt against the Eigtheenth Century.* Londres.

Comte, Auguste
1830-42 *Curso de Filosofía Positiva*. París.
1851-54 *Sistema de Filosofía positiva*. París.

Conrad, Hermann
1961 «Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussen und Oesterreichs am Ende de 18». Jahrhunderts. *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein lo anterio-Westfalen*, cuaderno 25, Colonia y Opladen.

Constant-Rebecque, Benjamin de
1954 *La liberté des antiques comparée a la liberté de modernes*. [1819] y *Ecrits et discours politiques*. París.

Conze, Werner (editor)
1962 *Staat und Gesellschaft in deutschen Vormaerz*. Stuttgart.

Costa, Pietro
2003 «Lo Stato di diritto: una introduzione storica». En Zolo, Danilo (editores) *Lo Stato di diritto*, Milán: 93-94.

Courtois, Stéphanie *et al.*
1998 *El libro negro del comunismo*. Madrid: Espasa-Calpe.

Couto E Silva, Goldbery
1967 *Geopolítica do Brasil*. Río de Janeiro: José Olympio Editôra.

Comblin, Joseph
1978 *Le Pouvoir Militaire en Amérique Latine*. *L'ideologie de la Securité Nationale*. París: Jean-Pierre Delarge.

Czempiel, Ernst Otto
1991 *Weltpolitik im Umbruch. Das internationale System nach der Ende des Ost-West Konflikts*. Munich.

Darío, Rubén
1947 «A Roosevelt». En *Cantos de vida y esperanza.* Madrid: Afrodisio Aguado.

Dawson, Christopher
1932 *The Making of Europe*. Londres: Sheed & Ward.

Derrida, Jacques
1971 *De la gramatología*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
1992 «La democracia para otro día» [1989], ahora versión completa en *El otro cabo*, «La democracia para otro día». Barcelona: Ed. del Serbal.

De Trazegnies, Fernando
1992 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Descartes, René
1637 *Discours de la Methode*.

Dos Santos, Cándido
s/f «Antonio Pereira de Figuereido, Pombal e a Aufklärung». *Revista da História das Ideias*, 4, 1.

Díaz y díaz, Martín
1991 *Emilio Rabasa, teórico de la dictadura necesaria*. México: Porrúa.

Edwards Vives, Alberto
1927 *La fronda aristocrática*. Santiago: Editorial del Pacífico.

Ehmke, Horst
1962 «Staat und Gesellschaft des Verfassung-theoretisch Problem». En Smend, Rudolf, *Festschrift.* Tubinga.

Engelhardt, Ulrich y otros (editores)
1976 *Soziale Bewegung und politische Verfassung*. Stuttgart.

Ewald, Françoise (editor)
1989 *Naissance du Code Cvil*. París.

Fernández Baeza, Mario
1981 *Nationale Sicherheit in Lateinamerika*. Heildelberg.

Fernández de la Mora, Gonzalo
1985 *Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica*. Barcelona: Plaza y Janés.

Fernández Ferrer, Antonio
1988 *Borges A/Z*, selección prólogo y notas. Madrid: Siruela.

Figuereido, Fidelino
1936 *Las dos Españas*. Santiago de Compostela: Instituto de Estudios Portugueses de la Universidad de Santiago de Compostela.

Garay Vera, Cristián
1987 *El tradicionalismo y los orígenes de la guerra civil española 1927-1937*. Santiago: Ediciones Hernández Blanco.

García Calderón, Francisco
1978 *Les démocraties latines de l'Amérique*. París [1912], traducción castellana, Caracas: Biblioteca Ayacucho.

García Pelayo, Manuel
1977 «La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein». *Revista de Estudios Políticos*, ahora en *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid.
1977 «La organización de intereses y la teoría constitucional». En *Politeia* 4, [1975] ahora en *Las transformaciones del Estado Contemporáneo.* Madrid.

Gay, Peter
1966-69 *The Enlightenment. An interpretation*. Dos tomos: «The rise of modem paganism» y «The science of freedom». Londres: Norton.

Gorgen, Hermann M.
1971 «Desvios e distorçoes na Igreja latinoamericana». *Deutsche-Brasilinische Hefte* 10, 718. Nuremberg.

García de Haro, Ramón
1972 *Historia teológica del modernismo.* Pamplona: Universidad de Navarra.

García-Huidobro, Joaquín
1986 *La tentación del poder*. Santiago: Andrés Bello.

Gaxotte, Pierre
1933 «La buena república». *Acción Española* 34. Madrid.

Gerbod, Paul
2000 *Europa cultural y religiosa* [1982]. Barcelona: Labot.

Góngora del Campo, Mario
1957 «Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española». *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago.
1980 «Aspectos de la Ilustración Católica en el pensamiento y vida eclesiástica chilena (1770-1814)». *Historia* 8, Santiago. Ahora ambos en *Estudios de Historia de las ideas y de historia social*. Valparaíso, 1980.
1987 *Civilización de masas y esperanza* [1982]. Santiago: Vivaria.

Gottlieb, Johann
s/f *Elementa iuris civilis.* Ámsterdam [1725], ediciones castellanas en Madrid [1829, 1836]. Santiago de Chile [1843], París [1850]. Sus *Elementa iuris naturae et gentium*, Halle [1738], fueron reeditados en Madrid [1776] y traducidos al castellano, en Ayacucho [1832] y Madrid [1837]. De sus *Recitaciones in elementa iuris civilis*, 2 tomos, Ticino [1780-1781] se hicieron hasta 1870, cinco ediciones castellanas. Muy difundidas fueron sus *Obras completas*, de las que hay varias ediciones: Ginebra [1744-1749] y Nápoles [1769-1777].

Guillaume, Sylvie
1984 *Antoine Pinay ou la confiance en politique*. París: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.

Guzmán Brito, Alejandro
2006 *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX.* Santiago [2000], ahora ampliado en *Historia de la codificacion civil en Hispanoamérica*. s.l. Navarra.

Halperin, Jean-Louis
1992 *L'impossible code civil*. París: Presses Universitaires de France.

Hanisch Espíndola, Hugo
1983 *Andrés Bello y su obra en derecho romano*. Santiago: Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas.

Hattenauer, Hans
1981 *Die geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechtes: zwischen Hierarchie und Demokratie. Heildelberg* [1980], traducción castellana, Madrid.

Hazard, Paul y Julián Marías
1975 *La crisis de la consciencia europea 1680-1715*. [1932]. Madrid: Pegaso.

Hegel, Georg Friedrich
1970 «Philosophie der Religión» [1832]. En sus *Obras*. Frankfurt.
«Grundlinen der Philosophie des Rechtes» [1821]. En sus *Obras.* Frankfurt.
«Lecciones sobre filosofía de la historia» [1837]. En sus *Obras*. Frankfurt.

Hennis, Wilhelm
1972 «Sobre la crisis política en la Edad Moderna», *Humboldt* 48. Munich.

Hespanha, Antonio Manuel
1984 *Poder e instituiçoes na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Estampa.

Huber, Ernst-Rudolf
1983 *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. VIII tomos. Stuttgart, Berlín, Colonia [1991], 1: 89-91, 120; 4: 131 ss. y 332. Para Austria, 3: 381-382. En Prusia, *Gruenthal, Guenter,* «Grundlage konstitutioneller Regiment in Preussen 1848-1867». Ritter, Gerhard A. (editor). *Regierung, Beaurokratie und Parlament in Preussen und Deutschland von 1848 bis zum Gegenwart*. Bonn: 1983: 42 y ss.

Ibañez Langlois, J. M.
1981a *Marxismo: visión crítica*. Madrid: Rialp.
1981b *Síntesis crítica del marxismo leninismo*. Santiago: Andrés Bello.

Jefferson, Thomas
1988 *The Writings of Thomas Jefferson.* Andrew Lipscomb (editor), 20 volúmenes. Washington: Chapel Hill.

Johnson, Paul
1988 *Tiempos modernos.* La historia del siglo XX desde 1917 hasta nuestros días. Buenos Aires: Vergara.

Jovellanos, Gaspar Melchor de
1846-88 «Memoria sobre educación pública». Rivadeneyra (editor). Madrid: *Biblioteca de autores españoles desde la formación del lenguaje hasta nuestros días*.

Jüttner, Siegfried y Schlobach, Jochen (editores)
1992 *Europäische Aufklärung*. Hamburgo.

Klueting, Harm (editor)
1993 *Katholische Aufklärung-Auklärung in katholischen Deutschland*. Hamburgo.

Kocher, Gernot
1986 «Die Vaterländischen Gesetze oder der Weg zum österrreichishen Recht». En Thieme, Hans, Festschrift Sigmaringen.

Krauss, Werner
1973 *Die Aufklärung in Spanien, Portugal und Lateinamerika*. Munich.

Koslowski, Stefan Reinhard (editores)
1989 *Die Geburt des Sozialstaates aus dem Geist des deutschen Idealismus. Person und Gemeinschaft bei Lorenz von Stein*. Wenheim.

Koslowski, Peter
1986 *Moderne oder Postmoderne*. Spaeman, Robert y Loew Reinhard (editores). Weinheim.

Lubac, Henri de
1955 *El drama del humanismo ateo* [1944]. Madrid: Encuentro.

Luig, Klaus
2001 «Heineccius». Michael Stolleis (editor). En *Juristen*. Ein biographisches Lexikon. Munich.
«Gli Elementa iuris civilis di J.G. Heineccius come modello per le Instituciones de Derecho romano di Andrés Bello», en *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*.

Lyotard, Jean François
1984 *La Condición Postmoderna* [1979]. Madrid: Cátedra.

Maciel de Barros, R. S.
1960 *Directizes e bases da educaçao nacional*. Sao Paulo: Livraria Cioneira.

Maravall, José Antonio
1991 *Estudios de la historia del pensamiento español del siglo XVIII*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.

Martin, B.
1881 *Krauses Leben, Lehre und Bedeutung*. Leipzig.

Marx, Karl
1843 *Kritik des Hegelschen Staatrechts*.

Merkle, Sebastian
1909 *Die Katholische Beurteilung des Aufklärungszeitalter*. Berlín.
1910 *Die Kirchliche Aufklärung in katholischen Deutschland*. Berlín.

Mohnhaup, Heinz y Grimm Dieter
1995 *Verfassung, Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*. Berlín.

Moncada, Luis Cabral de
1950 «Italia e Portogallo nel settecento», Roma [1949], ahora en *Estudios de Historia do Direito* 3. Coímbra.

Morandé Court, Pedro
1984 *Cultura y modernización en América Latina*. Santiago: Cuaderno del Instituto de Sociología.

Moreno Valencia, Fernando
1979 *La herencia doctrinal y política de Marx*. Santiago: Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales.

Murillo Rubiera, Fernando
1986 *Andrés Bello. Historia de una vida y de una obra*. Caracas: La Casa de Bello.

Müller-Armack, Alfred
1968 *El siglo sin Dios* [1959], traducción castellana, México: Fondo de Cultura Económica.

Nolte, Ernst
1971 *Die Krise des liberalen Systems und die Fachistische Bewegungen*. Munich [1968], traducción castellana, Barcelona.

Ogris, Werner
1979 «Eine einheitlice Rechtsordnung als Mittlerstaatlicher Einigung- dargestellt am Beispeil der Habsburgermonarchie». Facultá de Giurisprudenza dell'Universitá de Bari, Atti del Congresso internazionale. *Le nuove frontiere del diritto e il problema de l'unificazione*. Milán.
1990 «Rechteinheit und Staatsidee in der Donaumonrchie», en Busek, Erhard y Gerald Stourzh, *Nationale Vielfalt und Gemeinsames Erbe in Mitteleuropa*. München.

Ocariz, Fernando
1975 *El marxismo. Teoría y práctica de una revolución*. Madrid: Palabra.

Orlandis, José
1998 *La Iglesia católica en la segunda mitad del siglo XX*. Madrid: Palabra.

Pierpauli, José Ricardo
1999 «Arturo E. Sampay: Una fundamentación naturalista en torno a la relación entre teoría del Estado y constitución jurídica». *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, 5. Madrid.

Paz, Octavio
1979 *El ogro filantrópico*. México: Fondo de Cultura Económica.

Penna, José Osvaldo
1988 *Dinossauro*. Sao Paulo: T.A. Queiroz.

Poulat, E.
1996 [1962] *Dogme et critique dans la crise moderniste*. París: Albin Michel.

Pereira, Teresa
1980 «El pensamiento de una generación de autores hispanoamericanos. Alberto Edwards, Ernesto Quesada y Laureano Vallenilla Lanz». *Historia* 15. Santiago.

Plongeron, Bernard
1969 «Recherches sur l'Aufklärung catholique en Europe occidentale 1770-1830». *Revue d'hiatoire moderne et contemporaine* 16.

Quaritsch, Helmut (ed.itor)
1980 «Von ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit». *Der Staat* 4. Berlín.

Quesada, Ernesto
1917 *Desenvolvimiento Social Hispanoamericano*. Buenos Aires: L.J. Rosso y Cia.
1950 [1923] *La época de Rosas*. Buenos Aires: Ediciones del Restaurador.

Rabasa, Emilio
1912 *La constitución y la dictadura*. México: Tipografía de Revista de Revistas.

Ratzinger, Joseph
1955 «El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista», conferencia en Bratislava. En *Wahrheit,* Werte, Macht [1993], Madrid. «Discurso de recepción», en *La Academia francesa de Ciencias Morales y Políticas*, 7 de noviembre de 1992.

Rémond, René
2000 *Religión und Gesellschaft in Europa* [1998], Munich.

Reis Torgel, Luis
1997 «Estado novo em Portugal: Esaio de refexiao sobre eu significado». *Estudios Ibero-americanos*, 33. Río Grande do Sul.

Reinhard, Wolfgang
1998 *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfänngen bis zur Gegenwart*. Munich.

Riedel, M.
1970 *Bürgerliche Gessellschaft und Staat bei Hegel*. Neuwied.

Rostovtzeff, Miguel
1937-39 *Historia social y económica del mundo romano*. Dos tomos. Madrid.

Salvat Monguillot, Manuel
1971 «Vida de Bello», en *Vida y Obra de Andrés Bello*. Santiago.

Sampay, Arturo Enrique
1942 *La crisis del Estado de derecho liberal burgués*. Buenos Aires: Losada.
1951 *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Politéia.

Shapiro, Leonard
1981 *El Totalitarismo* [1972], traducción castellana, México: Fondo de Cultura Económica.

Scheler, Max
1928 *El puesto del hombre en el cosmos*. Losada.

Schieder, Theodor
1958 *Staat und Gesellschaft im Wandel unser Zeit*. Munich.

Schmidt-Assmann, Eberhard.
1967 *Der Verfassungsbegriff in der deutsche Staatslehere der Aufklärung und der Historismus*. Berlín.

Schmitt, Carl
1960 «Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliechenen Unterscheidung». En *Estudios jurídico-sociales Homenaje a Luis Legaz y Lacambra.* Santiago de Compostela.

Seidel, Rymo y Jenker, Siegfried
1968 *Wege des Totalitarismus-Forschung*. Darmstadt.

Sombart, Werner von
1938 *Menschen Vesuch einer Geistwissenschaftlichen Antropologie*.

Sotelo, Ignacio
1995 «Sobre la actual descomposición de la democracia». *Política Exterior* 47. Madrid.

Spengler, Oswald
1998 [1918-22] *Decadencia de Occidente*. Dos tomos. Madrid: Espasa-Calpe.

Steger, Hanns-Albert
1967-68 *Die Universitäten in der gesellscichen Entwicklung Lateinamerikas*. Bielefeld.
1971 «Hochschulplannung in Lateinamerika». En *Zeitschrift fuer Lateinamerika*. Viena.
1973 «Die Bedeutung des römischen Rechtes für die Lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert». Catalano Pierangelo (editor). *Diritto romano e Universitá nell'America Latina*. Sassari: Universitá de Sassari.
1987 «América Latina». *Encuentros*, 1. Caracas.
1988 «Deutschland und Lateinamerika, Gedanken zur Anthropologie gegenseitigen Verstehens oder Misverstehens». En *Jahrbuch f. Geschichte, von Staat, Wirtschafts un Gesellschaft Lateinamerikas*, 25. Colonia, Viena: pp. 831 y ss.

Srbik Ritter, Henrich von
1935-41 *Deutsche Einheit. Idee und Wircklichkeit von Heiligen Reich bis Koenigsgraetz*, 4 tomos.

Stein, Lorenz von
1972 *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 tomos. Leipzig [1850]. Darmstadt.

Talmon, Jacob
1952 *The Origins of Totalitarian Democracy*. Londres: Secker & Warburg.

Tau Anzoátegui, Víctor
2001 «Código y ciencia jurídica en la Argentina. El pensamiento de Ernesto Quesada». En *Roma e América, Diritto romano comune,* 12. Roma.

Ternon, Yves
1994 *L 'Etat criminel. Les genocides du XX é siécle*. París: Seuil.

Tocqueville, Alexis de
1986 *La démocratie en l'Amérique*. París [1835], traducción castellana, México: Orbis.
2005 *L'Ancien Régime et la Révolution* [1856]. Madrid.

Toynbee, Arnold
1953 [1934-61] *Estudio de la Historia*, 12 tomos Buenos Aires: Emecé.

Traverso, Enzo
2001 *El totalitarismo. Historia de un debate*. Buenos Aires: Eudeba.

Tuchman, Barbara
1966 *The proud Tower*. Nueva York, Londres: Bantam Books.

Tussell, Javier
1993 «Regeneración de la democracia». En *Cuenta de nuestra democracia*. Madrid.

Unger, Roberto Mangabeira
1975 *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*. Nueva York: Free Press.

Vallenilla Lanz, Laureano
1919 *El cesarismo democrático*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho.

Van Kan, Jean
1910 *Les efforts de codification en France avant la rédaction du Code Civil*. París.

Vattimo, Gianni
2000 [1986] *La fine della Modernitá*. Turín [1985], traducción castellana, Barcelona: Gedisa.

Villey, Michel
1975 *La formatión de la pensée juridique moderne*. París: Montchrestien.

Voslensky, Michael,
1981 *Nomenklatura* [1980]. Barcelona. Wandruszka, Adam
1965 «Il reformismo cattolico del settecento in Italia ed Austria». *Storica e politica* 3-4.
1979 «Die Katholische Aufklärung Italiens und ihr Einfluss auf Österreich». Elisabeth Kovacs (editor). *Katholische Aufklärung und Josefinismus*, München.

Willoweit, Dietmar
1991-92 *Deutsche Verfassunngsgeschichte*. Munich.

Wyschinski, Andrei
1949 *Cuestiones de teoría del Estado y del derecho* (en ruso). Moscú.

Zea, Leopoldo
1965 *El pensamiento latinoamericano*. México: Editorial Pormaca.

Zum Felde, Alberto
1939 *El ocaso de la democracia*. Santiago: Zig-Zag.

LA DOCTRINA DEL *VICARIATO REGIO* EN INDIAS

*Alberto de la Hera Pérez-Cuesta**

Ha sido para mí un muy apreciado honor el verme invitado a participar en este volumen en homenaje a don Fernando de Trazegnies y Granda. Profesor de Historia del Derecho en su país de origen, el Perú —en cuya reciente historia universitaria, cultural y social ha desempeñado un papel muy brillante— es también Marqués de Torrebermeja y Conde de las Lagunas, títulos de nobleza españoles concedidos en otros siglos a personalidades relevantes de la historia peruana, de los que a través de su ilustre madre es continuador como un notable representante de las mejores tradiciones ancestrales de su patria.

Conocí al profesor de Trazegnies en Bolonia, en cuyos preciosos archivos investigábamos ambos sobre la Historia del Derecho indiano. Coincidimos un día de modo casual ante una inscripción mural que recuerda la presencia en aquella gran ciudad universitaria de León Pinelo; nos preguntamos mutuamente el por qué de nuestro interés, y tuvimos entonces ocasión de consultar juntos el magnífico archivo del Colegio de San Clemente de los Españoles, de intercambiar nuestros conocimientos y de prestarnos una útil ayuda en la interpretación de las fuentes históricas.

Nació así una fuerte y sincera amistad, cuyo siguiente fruto fue la celebración en Lima del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Ocupaba yo entonces la presidencia de este Instituto, el más importante organismo existente en todo el mundo dedicado al estudio del Derecho de España en Indias y de su posterior reflejo en los ordenamientos jurídicos de las naciones hispanoamericanas.

---

* Profesor de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Canónico de la Universidad Complutense de Madrid e investigador en materia de la historia del Derecho Indiano. Ex presidente del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Ex presidente de la Asociación Española de Americanistas.

Cuando hube de organizar dicho acontecimiento científico, recurrí en Lima al llorado profesor Guillermo Lohman Villena, al profesor José de la Puente Brunke y por supuesto al profesor Fernando de Trazegnies. El primero fue el excelente presidente del comité organizador; el segundo tuvo a su cargo, con total eficacia, la organización detallada del evento; el profesor de Trazegnies hizo más de lo posible para lograr la obtención de importantes medios, ayudas y colaboraciones sin los que desde luego no habría podido tener lugar el congreso.

Con este motivo, hablé reiteradamente con don Fernando desde Madrid para ir precisando los detalles que condujeron a la reunión limeña del gran conjunto de historiadores del Derecho Indiano que de múltiples países acudieron para tomar parte en el congreso. Y, una vez llegadas las fechas de su celebración, puso el profesor de Trazegnies al servicio de todos los participantes sus conocimientos, su prestigio, su disponibilidad personal, y su altísimo sentido de la hospitalidad tradicional peruana, que alcanzó un momento glorioso en la recepción que ofreció a los congresistas en el espléndido museo de arqueología prehispánica que posee su familia y en los admirables jardines de su residencia.

Mi gratitud por su presencia activa en la celebración del congreso limeño nunca podrá alcanzar el nivel de sus méritos. Le vi luego en la Córdoba española, en el congreso subsiguiente de nuestra especialidad, lo que constituyó una renovada oportunidad de estrechar los lazos de nuestra amistad. Y no puedo sino dejar constancia aquí de mi reconocimiento a los promotores de la presente obra, por haberme hecho el regalo de poder contribuir a la publicación de un volumen en honor de tan magnífico amigo y maestro; mi contribución no constituye sino un modesto modo de hacerle patente a don Fernando de Trazegnies mi amistad y mi admiración.

1. El nacimiento de la teoría vicarial en las Indias españolas

Tanto para las Indias —julio 2 en 1508—[1] como para el Reino de España —Benedicto XIV en 1753—[2] los papas otorgaron a los reyes españoles un Derecho Universal de Patronato, consistente fundamentalmente en el derecho

[1] De la Hera (1992a: 175-193).

[2] Sánchez de la Madrid. El Concordato español de 1753 según los documentos originales de su negociación, Jerez de la Frontera 1937. Previamente a este Concordato —que establece de forma definitiva un Patronato universal en favor de la Corona, con expresa referencia al Patronato indiano como un precedente del nuevo privilegio— habían tenido lugar varias concesiones del derecho de presentación, primeramente para Canarias, Granada y Puerto Real en tiempos de Inocencio VIII y los Reyes Católicos. Véase De la Hera (1957:58, 1-12), y más adelante para Pamplona, y luego para Castilla y Aragón, en tiempos de Adriano VI y Carlos V, si bien esta última concesión se vio sometida a importantes controversias posteriores y nunca se pudo ejercer sin problemas ni

de presentación de las personas que habían de ser investidas de los beneficios eclesiásticos; por su parte, los propios monarcas se autoatribuyeron otros diversos derechos que se trató de encuadrar en el Patronato, apoyándose al efecto en privilegios procedentes de épocas más antiguas, basándose en lo que denominaban concesiones pontificias o costumbres inmemoriales, que ciertamente no constan de modo suficiente. Entre la precisa concesión pontificia, y la ampliación de facultades operada por la iniciativa del poder político en su interpretación de aquella, el Patronato Regio llegó a comprender realmente una determinada serie de derechos, que se fue viendo ampliada con el paso del tiempo, de modo que ya bajo Felipe II podemos identificar un grupo de derechos patronales efectivos y otro grupo nacido de la interpretación extensiva que del Patronato realizó la Corona[3].

Aun cuando fuesen derechos no concedidos por los pontífices, estos derechos patronales extensivos podían en todo caso, con un cierto grado de tolerancia, entenderse como derivados del Patronato mismo o necesarios para su protección y ejercicio. De hecho, la Santa Sede no los reprobó, y su aplicación en los diversos territorios de la monarquía discurrió sin mayores dificultades acompañando a las sucesivas concesiones patronales de origen pontificio.

Sin embargo, ya en el siglo XVI comenzó a elaborarse en las Indias españolas una teoría nueva, que consideraba que los reyes eran no solamente patronos, sino también vicarios papales, «delegados de los pontífices» —con gran amplitud de facultades— para el gobierno eclesiástico de la Iglesia indiana primero, y con el tiempo —siglo XVIII— también de la peninsular. Es lo que se ha denominado el Vicariato Regio, doctrina que, de modo curioso, no va a surgir en los ámbitos civiles, sino en los ambientes religiosos de la América misional de la decimosexta centuria[4]. Siguiendo el excelente resumen de los orígenes de la teoría vicarial que ofrece García Añoveros[5], debe recordarse que «los promotores de la teoría fueron misioneros y tratadistas que vivieron en América en la segunda mitad del siglo XVI»[6]; se atribuye la primera formulación de la idea al franciscano Fray Juan Focher[7] quien, hacia 1570, afirma «que el Rey posee el carácter de vicario o

dificultades; en todo caso, tal fue la base del efectivo ejercicio del derecho de presentación por parte de los Monarcas en todos sus Reinos españoles. Véase De Azcona (1980: 136-143).

3 Véase una enumeración y análisis de los mismos en García Añoveros (1990: 67 y ss.).

4 Cantelar Rodríguez (1989: 57-102).

5 García Añoveros (1990: 116-119).

6 García Añoveros (1990: 116).

7 Hasta la segunda mitad del siglo XVI, no es fácil hallar en la literatura de las Indias españolas tratados teóricos de misiones. La primera mitad de aquella centuria fue de acción titánica salpicada de rudas disputas; solo al iniciarse el gobierno centralizador y reposado de Felipe II, sobrevino la reflexión sobre la obra realizada y sus métodos, de la que emanaron los primeros ensayos sistemáticos de ciencia misional del franciscano Juan de Focher (+ 1572) en De Leturia (1959: 107).

delegado pontificio para el envío de misioneros y el gobierno eclesiástico; así, las leyes reales emitidas para la Iglesia indiana tienen el valor de pontificias»[8]; en la misma línea, estima que «son equivalentes los dos términos Papa-Rey en cuanto que este envía a los misioneros […] luego en este punto de la misión o envío, el Rey es delegado, o vicario, del Papa, por obrar en nombre de este y producir idéntico efecto jurídico»[9]. Una serie de tratadistas posteriores abundaron en la misma tesis y la fueron desarrollando[10]; puede mencionarse a religiosos tan ilustres y beneméritos como Alonso de Veracruz, quien elaboró «un cuerpo de derecho pontificio-regio para América, bastante y muy suficiente para legitimar cualquier intervención de la Corona»[11]; o como Jerónimo de Mendieta, para quien lo que «el Pontífice hace por medio del Rey es como si por sí mismo lo hiciese»[12], y que en una carta a Felipe II, de 1656, afirmará que «por cuanto el Pastor Universal, que es el Vicario de Cristo, es causa de estar tan lejos, no puede regir esta nueva Iglesia, ni la rige, si no es por Vuestra real mano»[13].

No es tan fácil determinar las razones que movieron a sus autores a asumir y exponer la teoría del Vicariato; probablemente fueron varias y complejas. Una, la de la existencia real de un muy amplio Patronato, susceptible de interpretación en el sentido de que los papas confiaban a los reyes, ante su propia imposibilidad de controlar directamente la Iglesia indiana, el cuidado de esta en toda la medida de lo necesario; otra, la de la imposibilidad efectiva de la Santa Sede para enviar misioneros a América, los cuales, una vez allí, precisaban además de conventos, iglesias, escuelas, lo que requería unos medios económicos y técnicos de los que solo la Corona disponía; otra, el hecho de que los Reyes de España, por su lucha en Europa contra el protestantismo, y su efectivo compromiso con la evangelización de las Indias, se habían hecho acreedores a los derechos que se les atribuían y que iban a redundar en una más directa atención a la cristianización del Nuevo Mundo; otra, y muy digna de atención, la de la singular situación en que precisamente se encontraban los religiosos en América, lo que les llevó a abrazar en todo caso la causa real frente a la episcopal en cuantos conflictos pudieron surgir entre la jerarquía indiana y los gobernantes civiles.

---

[8] García Añoveros (1990: 116). Un amplio estudio del pensamiento de Focher en De Egaña (1958: 60-76), De Leturia (1959: 107-122), Gómez Hoyos (1961: 22-23).

[9] De Egaña (1958: 66).

[10] Carro (1949).

[11] De Egaña (1958: 79).

[12] J. de Mendieta, *Historia de la Provincia del Santo Evangelio de México*, citado por García Añoveros (1990: 116).

[13] De Egaña (1958: 88).

Con esta última referencia aludimos al problema que se desató en América a raíz de la promulgación por Adriano VI, en 1522, de la bula *Omnímoda*, que establecía con enorme amplitud las facultades jurisdiccionales de los religiosos en los lugares a los que no llegase la jurisdicción diocesana episcopal[14]. Este documento dio origen a frecuentes y muchas veces graves conflictos entre obispos y regulares, y estos, ante la realidad de un creciente asentamiento en Indias de la organización y extensión de las diócesis, hubieron de defender sus derechos buscando el apoyo de la potestad civil, a la que les interesó reconocerle facultades excepcionales que le permitieran gobernar la Iglesia indiana en nombre directo del Papa y por encima de la jerarquía ordinaria[15]. La referencia al interés de las órdenes regulares por apoyarse en la Corona en sus conflictos con los obispos en Indias, no supone acusarlas de mala fe cuando crearon la tesis vicarial; si nos atenemos a las exigencias de la necesaria visión histórica para juzgar los hechos del pasado, es preciso comprender en su conjunto los varios factores que jugaron a favor de que primero los religiosos y luego los legistas civiles defendiesen la delegación pontificia de poderes en los monarcas: su base radicaba a la vez en la evidente amplitud e inconcreción de las concesiones pontificias a la Corona y en la realidad de que la evangelización solo podría llevarse a cabo si España actuaba efectivamente como lo que se ha denominado un «Estado misionero»[16], lo que evidentemente entrañaba una estrecha y constante colaboración entre los poderes eclesiásticos y civiles[17].

2. La doctrina del Vicariato en el siglo XVII

Durante el siglo XVII, la tesis vicarial continuó recibiendo el apoyo doctrinal de los religiosos; ha de insistirse, en línea con lo ya dicho, que estos, en todos los casos, atribuyeron el Vicariato a una concesión pontificia. Dado que no existía un documento papal que expresamente lo concediese, lo más habitual es hacerlo radicar en las bulas de Alejandro VI de 1493, concedidas a raíz del

[14] Sobre esta bula, véase Torres (1948).

[15] De Leturia (1959: 111-112).

[16] De La Hera (1992b: 261-262).

[17] «No es posible conocer y apreciar en verdad la vida colonial hispano-americana si se ignora cuál fue el origen, la extensión y el fundamento del derecho de patronato, puesto que, desde el descubrimiento, conquista y colonización del nuevo mundo hasta la emancipación de las colonias españolas, la Iglesia ayudó al poder civil, contribuyó a la civilización de los indios, los defendió y los catequizó; y, por otra parte, no se debe olvidar que la predicación del evangelio fue el objetivo y la preocupación de los reyes católicos». Véase Quesada (1910: 91).

Descubrimiento[18]; las famosas bulas alejandrinas que establecen la soberanía de España en Indias, realizan la *divisio mundi* entre Castilla y Portugal, y encomiendan a los Reyes la misión de implantar la Iglesia en los nuevos territorios[19]; con este último precepto —entendido como un deber acompañado de la correspondiente facultad— incluso «partiendo de la primera bula alejandrina, sin otras»[20], se dará base al Vicariato Regio como delegación pontificia para la implantación y gobierno de la Iglesia en los dominios ultramarinos.

Tal es el pensamiento del dominico Antonio de Remesal: «de donde se colige que los reyes de España tienen en estas tierras mayor poder que el derecho canónico concede a los Patronos, porque usan de oficio de delegados del papa, en cuanto a la conversión de los pueblos»[21] o del franciscano Francisco de Silva, para quien el rey es «procurador, patrono y como delegado de lo espiritual. A los Reyes Católicos los Sumos Pontífices los hicieron como vicarios suyos y son inmediatos administradores de la predicación y conversión de aquellas gentes»[22].

No es necesario multiplicar las citas. El origen y desarrollo de la teoría vicarial por parte de los religiosos en Indias queda ya suficientemente fundamentada, y queda también argumentado que a ellos les cabe una parte importante de la responsabilidad de la aceptación de la misma —como no podía ser menos disponiendo de tales apoyos— por parte de las autoridades regias y de la doctrina civil. Sin olvidar, por otra parte, que el ejercicio de tales poderes vicariales por parte de los monarcas, en los siglos XVI y XVII —al XVIII nos referiremos más adelante—, dio realmente como fruto la completa conversión de las Indias españolas y su plena incorporación a la Iglesia; y es de hecho indiscutible que, en aquellas circunstancias históricas, la Santa Sede no hubiese podido realizar por sí misma tal empresa.

En 1624, ya un jurista como García Pérez de Aranciel escribirá que el Rey «se considera en las Indias más que Patrón, y como Delegado de la Sede Apostólica, y a quien están cometidas las veces de su Santidad en todo lo eclesiástico, así como

---

[18] No debe olvidarse que las bulas alejandrinas no dejaron de ser, y de considerarse, un acto teocrático del Papado en relación con su *dominium orbis* y su potestad directa sobre lo temporal. Acerca del ejercicio por el Papa de poderes teocráticos sobre Indias y sobre todo el orbe por descubrir, véase Castañeda (1968).

[19] García Gallo (1958: 461-829).

[20] De Egaña (1958: 79).

[21] De Remesal: Historia de la provincia de S. Vicente de Chyapa y Guatemala de la Orden de nuestro glorioso Padre Sancto Domingo, citado por García Añoveros (1990: 116) y De Egaña (1958: 97-99).

[22] De Silva: *Advertencias importantes* [1631], citado por García Añoveros (1990: 116).

por las bulas como por costumbre», y lo que obrare «no es en virtud y poder propios, sino en virtud y nombre de la Sede Apostólica»[23].

La consolidación definitiva de la tesis vicarial fue obra del más grande de los juristas indianos del XVII, y posiblemente de todos los tiempos, Juan de Solórzano Pereira[24]. El autor del tratado *De Indiarun Iure* y de la *Política Indiana*[25] —piezas capitales de la ciencia jurídico-política del XVII español—[26] distingue con claridad entre el Patronato —un derecho con contenido determinado, relativo en particular a las presentaciones para los beneficios eclesiásticos y en una serie de regalías correlativas— y el Vicariato, en cuya virtud es el Rey Delegado papal en cuanto se refiere a la conversión de los infieles, en cuanto toca a los religiosos, y en una serie añadida de facultades en orden a la evangelización —lo que más arriba hemos denominado como «estadio misionero»—; de hecho, quedaba así bajo la autoridad real el conjunto del gobierno de la Iglesia en Indias[27].

Aparte de posibles obstáculos de orden, digamos, político en orden a la pacífica aceptación de esta tesis por parte de la Santa Sede, latía también en ella la dificultad que suponía el reconocer a personas seglares, como eran los reyes y sus ministros, facultades jurisdiccionales en temas eclesiásticos. Solórzano sostendrá que ningún defecto de capacidad impide a los laicos ejercer jurisdicción sobre personas y en causas eclesiásticas y espirituales[28], por lo que bien pudieron los romanos pontífices hacer de los monarcas sus Delegados en las Indias, concediéndoles facultades no solo en lo temporal sino también en lo espiritual, ya que «en los laicos —escribe Egaña resumiendo el pensamiento de Solórzano— no hay defecto de capacidad para entender sobre personas y en causas eclesiásticas y espirituales»[29].

Para la doctrina, pues, de los siglos XVI y XVII:

> […] el Regio Vicariato Indiano, que no debe confundirse con el Patronato Regio, es, por tanto, la teoría que considera a los reyes de España como vicarios

---

[23] Pérez de Aranciel: *Memoriale super vacantibus Indiarum* [1624], citado por García Añoveros (1990: 117).

[24] «En carta al virrey y Audiencia de Lima, calificó Felipe IV los dos tomos de Solórzano Pereira *De Indiarum Iure* (Madrid 1629-1639) como 'de los más aplaudidos que hay en estos reinos y fuera de ellos'. El enorme influjo que esta obra ejerció en el gobierno de las Indias, las muchas ediciones que de ella y de su refundición castellana *Política indiana* (Madrid 1648) se hicieron […] han venido a confirmar y rubricar el regio elogio». De Leturia (1648: 449).

[25] De la Hera (1992a: 190-191), Bruno (1967: 138).

[26] De Ayala (1946).

[27] Sobre la doctrina de Solórzano acerca del Patronato y el Vicariato, véase De Egaña (1958: 106), Gómez Hoyos (1961: 30-31).

[28] García Añoveros (1990: 117).

[29] De Egaña (1958: 114).

> o delegados del papa por privilegio, concesión pontificia o costumbres inmemoriales, en todo aquello que sea necesario para la conversión de los infieles y en otras materias de gobierno espiritual de foro externo. El Regio Vicariato supone, por consiguiente, una delegación de poderes jurisdiccionales eclesiásticos. Es, además, regalía inalienable de la Corona, aunque no es innata (mayestática) al poder real[30].

3. La condena pontificia de la doctrina vicarial

La Santa Sede podía tolerar las prácticas vicariales, sobre la base de la efectividad real del sistema, pero no podía aceptar su formulación doctrinal. Las tesis de Solórzano fueron rebatidas por un alto oficial de la Curia Romana, Antonio Lelio de Fermo, y seguidamente, en 1642, fue incluida en el Índice de Libros Prohibidos aquella parte del *De Indiarum Iure* destinada a la defensa del Vicariato[31].

A partir de ahí, y pese a las protestas del gobierno español[32], «el Papa tampoco cedió y el libro de Solórzano continúa en el Índice de libros prohibidos»[33]; la condena alcanzó también a otras obras posteriores que, a lo largo del tiempo, mantuvieron el mismo parecer, como es notoriamente el caso de Pedro Frasso, autor de un muy divulgado *Tractatus de Regio Patronato*, publicado en 1677 y ya en 1678 condenado también por la Santa Sede[34]. Sin embargo, en virtud del Pase Regio y del resto de facultades que los reyes ejercitaban en el terreno eclesiástico, la condena oficial de Roma pasó inadvertida en España y en las Indias[35]; la tesis vicarial continuó siendo oficial en cuanto se refería a la Iglesia indiana; y tan no llegó a divulgarse su reprobación, que el obispo agustino criollo Fray Gaspar de Villarroel, autor de una de las mejores obras producidas por la bibliografía indiana sobre estas materias, el *Govierno Eclesiástico–Pacífico*[36], sostenía poco después de la reprobación de Solórzano que el Rey es Vicario General y Legado a Latere del Papa en las Indias, que ejerce una potestad eclesiástica delegada, y que es así en virtud de las concesiones pontificias, ya que mediante estas se puede delegar en los

---

30 García Añoveros (1990: 117).

31 Sobre la condena de las tesis vicariales de Solórzano por parte de la Santa Sede, véase De Leturia: *Antonio Lelio de Fermo y la condenación del 'De Indiarum Iure'* de Solórzano Pereira. (1959: 335-408).

32 De Leturia (1959: 397-408), García Añoveros (1990: 118).

33 Gómez Hoyos (1961: 32).

34 Sobre Frasso, véase De Egaña (1958: 162-165). A la inclusión de su obra en el Índice se refiere García Añoveros (1960: 119).

35 «Las repercusiones prácticas que tuvo en España y en las Indias la prohibición del libro de Solórzano fueron nulas», García Añoveros (1990: 118).

36 Sobre Villarroel véase De Egaña (1958: 156-162).

laicos la jurisdicción eclesiástica[37]; opinión que comparten con él el jesuita Diego de Avendaño —que en su acreditado *Thesaurus Indicus*[38] entiende también que los monarcas son legados pontificios en Indias en virtud de las bulas de Alejandro VI de 1493—[39] y otros varios autores cuyas citas al respecto pueden encontrarse en la moderna bibliografía[40].

De haber tenido noticia de la inclusión de Solórzano en el Índice, es muy probable que Villarroel y Avendaño —y los demás escritores religiosos de la segunda mitad del XVII— hubiesen revisado sus tesis, y que la unanimidad existente en torno al Vicariato Regio habría experimentado alguna fractura.

4. Vicariato y Regalismo bajo la Casa de Borbón

En el siglo XVIII tuvo lugar un importante cambio de perspectiva en la consideración de los fundamentos del Vicariato, como consecuencia de la implantación del Regalismo[41] y de la nueva actitud —a que este da lugar— de las Coronas católicas europeas, y en concreto de la española, en sus relaciones con la Santa Sede y con la jerarquía eclesiástica; se pasará, en efecto, de la concepción del Vicariato Regio como una concesión realizada por los Papas a favor de los Reyes, a considerarlo como una regalía mayestática, inherente por tanto a la Corona por derecho divino o, lo que es lo mismo, por directa concesión divina[42].

Este fenómeno de naturaleza regalista se opera a través de tres etapas bien definidas[43]: la primera es la de la tesis de la potestad del Estado sobre materias espirituales; la segunda, la del reconocimiento y proclamación de los derechos mayestáticos; la tercera, la de la exposición y defensa de las llamadas libertades de la Iglesia española; todo lo cual conduce a la proclamación de una Iglesia de Estado.

La etapa primera supone el paso del siglo XVII al XVIII y viene a coincidir en líneas generales con el reinado de Felipe V; la llegada a España de la Casa de Borbón no es ajena al cambio de sentido de la concepción del Vicariato, puesto que Francia venía siendo ya —desde al menos el siglo XV— el país que en mayor medida reivindicó frente a la Santa Sede la autonomía del poder real incluso en materias eclesiásticas.

---

37 García Añoveros (1990: 119).

38 Sobre Avendaño, véase Gómez Hoyos (1961: 34-36).

39 García Añoveros (1990: 119).

40 De Egaña (1958: 52 y ss.), Gómez Hoyos (1961: 32-40).

41 Sobre el fenómeno regalista propio del siglo XVIII, en particular en relación con la política religiosa de la Monarquía española en Indias, véase De la Hera (1963).

42 De la Hera (1970: 287-311).

43 De la Hera. «El regalismo español en el siglo XVIII» (1992a: 418-424).

Aún, en ese primer período del XVIII, estamos dentro de la tesis anterior de proclamación de determinados derechos del Estado en el campo religioso. Como escribía el fiscal general Melchor de Macanaz, en «las materias tocantes a la fe católica y religión, se debe ciegamente seguir la doctrina de la Iglesia, Cánones y Concilios que la explican», pero no así en el gobierno de lo temporal, incluso en el campo religioso, donde los reyes poseen facultades que se consideran «deducidas o corroboradas por disposiciones canónicas o conciliares», siendo también los monarcas «protectores de los sagrados Cánones que más convienen al gobierno espiritual de sus reinos»[44]; «no repugna —escribirá a su vez Álvarez de Abreu, otro de los iniciadores doctrinales del Regalismo español— el que en un príncipe temporal recaigan derechos eclesiásticos y espirituales por merced apostólica»[45].

Si todas estas expresiones se mantienen aún en el marco de la que hemos denominado primera etapa, que penetra en el XVIII con tesis provenientes del XVII, no tardaremos en encontrar en esos mismos autores, que escriben bajo Felipe V, ideas que anuncian ya el paso a la etapa segunda, en la cual las concesiones papales dejan paso a las regalías propias de la Corona como base de los derechos vicariales: los Reyes —escribía Álvarez de Abreu— tienen «por Divino Instituto el venerado carácter de Vice-Dioses en la tierra; no solo en cuanto al gobierno temporal, sino también para el espiritual por lo respectivo a las tierras conquistadas a infieles»[46]. La frase posee un evidente tono escandaloso para un lector de hoy, pero no lo es tanto si se piensa en el entonces universalmente aceptado derecho divino de los reyes; su novedad y valor en relación con nuestro tema es su aplicación a las materias espirituales, que se considerarán confiadas también por Dios a los monarcas. La limitación de la tesis de Abreu a las tierras conquistadas a infieles refiere de inmediato esta doctrina al Vicariato misional, nacido en Indias como ya hemos visto y desarrollado siempre en relación con los dominios ultramarinos de la Corona española. En aquellos territorios, los Reyes de España «exercen la Eclesiástica y espiritual gobernación […] así entre Seculares como entre Regulares, con plenaria potestad para disponer de todo aquello que les pareciere más conforme y seguro en el espiritual gobierno»[47], opinión de Abreu que confirmará Rivadeneyra en 1755 con palabras similares:

> […]. Son nuestros Reyes Delegados de la Santa Sede Apostólica por la Bula de Alexandro VI que comienza Inter coetera, y como tales Delegados y Vicarios

[44] De Macanaz: «Proposiciones del Fiscal del Reino Don Melchor de Macanaz», en J. Tejada y Ramiro *Colección completa de Concordatos españoles* [Madrid, 1862], citado por De la Hera (1992c: 418).

[45] Álvarez de Abreu [1769] citado por De la Hera (1992a: 419).

[46] Álvarez de Abreu [1769] citado por De la Hera (1992a: 420).

[47] Álvarez de Abreu [1769] citado por De la Hera (1992d: 84).

> Generales les compete el exercicio de la autoridad, jurisdicción y gobierno Eclesiástico y Espiritual en todas las materias tocantes a lo Religioso y Eclesiástico de aquellos Reynos, con plena y absoluta potestad para disponer a su arbitrio todo lo que les pareciere más conveniente al espiritual gobierno, ampliación y extensión de la Religión católica, culto Eclesiástico, conversión de los infieles y progresos espirituales de los Fieles, como consta expresamente en la misma Bula; es corriente entre todos nuestros Regnócolas; supuesto y assentado inconcusamente en muchas Cédulas y Leyes citadas por ellos […][48]

siendo cierto que, como se ve, en sus escritos, aún ambos autores atribuyen estos poderes a las bulas papales, cánones, concilios y costumbres, con especial referencia siempre a Alejandro VI.

Desde ahí se produciría el paso a las tesis ya abiertamente regalistas:

> Ni aún esta amplísima jurisdicción bastó a los Borbones españoles, imbuidos del absolutismo nacionalista de Luis XIV; y a partir de Fernando VI, por sus legistas (Olmedo, Rivadeneyra, Campomanes, Ayala) se inicia la evolución doctrinal que culmina en la reforma de la Iglesia indiana intentada por Campomanes[49] y demás ministros de Carlos III[50], apoyándose, frente al Pontificado y contra la autonomía disciplinar del Episcopado y de las Órdenes Religiosas, en la llamada Regalía Soberana Patronal, institución jurídica meramente civil por la que los Reyes españoles borbónicos se arrogan la plena jurisdicción canónico en Indias como atributo inseparable de su absoluto poder real[51].

Un movimiento doctrinal que no supuso falta de fidelidad a la religión ni tampoco ausencia de religiosidad personal, como es un hecho patente en relación con los reyes y con muchos de sus ministros[52]; el siglo de la Ilustración, salvo muy en su final, no ofreció en España ejemplos dignos de señalarse de lo contrario, ni en el mundo de la política ni en el de la cultura[53].

La alusión a Campomanes no es meramente ejemplificativa. Él en particular, asistido desde luego por un nutrido grupo de legistas y políticos, trató de inspirar bajo Carlos III —en cuyo reinado claramente «se advierte una acentuación del regalismo»—[54] una política que, superando incluso la consideración del Vicariato como un derecho propio de la majestad real, condujese a la creación de lo que podría considerarse una iglesia nacional española. No cabe olvidar que el punto de vista último de los regalistas son las iglesias nacionales creadas por

---

[48] De Rivadeneyra [1755] citado por De la Hera (1992d: 84).

[49] Llombart (1992), Rodríguez (1975).

[50] Rodríguez Casado (1962).

[51] Giménez Fernández (1949: 801-802).

[52] Rodríguez Casado (1948: 5-7).

[53] Palacio Atard (1964).

[54] Sánchez Bella (1990: 161).

el protestantismo, y que su ideal es lograr imponer este sistema en la Europa católica sin tener que romper la dependencia espiritual de Roma propia del catolicismo. Empeño imposible, por supuesto, y condenado de antemano al fracaso, pero que inspiró en todo caso la política española, y muy en particular la referida a las Indias, durante el reinado de Carlos III y parte del de Carlos IV. Como hemos resumido en otro lugar, esta política trató de a) multiplicar el control jurisdiccional de las materias eclesiásticas por parte del poder real; b) con miras a la creación de una Iglesia de España, cuyas libertades —que consisten en libertad frente a Roma y sumisión ante Madrid— reivindican[55].

5. Las facultades atribuidas a los Reyes en virtud del Regio Vicariato

De ahí surgirá la serie de facultades que son atribuidas a la Corona en el campo eclesiástico, provenientes unas de lo que en su esencia son derechos patronales, otras de las interpretaciones extensivas del Patronato, y otras del propósito de ampliar el Patronato con poderes vicariales que aquel no contenía; sin pretender por imposible agotar la lista, y sobre la base de los abundantes detalles que la bibliografía refiere al respecto[56], podríamos presentar esta relación, nunca completa dado que el poder vicarial carece en fin de cuentas de límites:

a) irrenunciabilidad e inderogabilidad de las regalías[57];
b) atribución del poder de designación de las dignidades eclesiásticas;
c) *exequatur* o pase regio de todos los documentos de procedencia eclesiástica;
d) no vigencia de la bula *In Coena Domini*, de carácter penal, que condena en especial los abusos de la autoridad civil en el terreno de lo religioso;
e) recursos de fuerza ante los tribunales civiles contra los tribunales eclesiásticos;
f) limitaciones al fuero de los eclesiásticos;
g) derecho de extrañamiento de clérigos;
h) propiedad real de las rentas de las sedes vacantes y los expolios;

[55] De la Hera (1992a: 423).

[56] Sánchez Bella (1990: 27-38), García Añoveros (1990: 83-111), Bruno (1967: 155 y ss.).

[57] Estas son dos cualidades de los derechos patronales y vicariales en las que, como hemos ido señalando a lo largo de estas páginas, insistió constantemente toda la doctrina, apoyándose en que, una vez cumplidos por los Reyes sus deberes evangelizadores, el hecho es irreversible y conlleva la perpetuidad irrevocable de las concesiones. Véase De la Hera (1992d: 75-76).

i) cédulas de ruego y encargo para cubrir las vacantes episcopales;
j) intervención en el gobierno interno de las órdenes religiosas;
k) limitaciones al derecho de asilo;
l) convocatoria de concilios diocesanos y provinciales, fijación de su orden del día, control de su celebración y aprobación de sus actas;
m) prohibición a los eclesiásticos en Indias de regresar a España sin autorización real;
n) sustitución de la visita *ad limina* de los obispos de Indias, y de los informes a la Santa Sede sobre el estado de las diócesis, por informes a la Corona;
ñ) intentos de control de las órdenes religiosas mediante comisarios generales de las mismas dependientes de la Corona y no de los generales de cada orden;
o) evitación del establecimiento de una Nunciatura en Indias;
p) intentos de creación de un Patriarcado de las Indias con poderes jurisdiccionales bajo control real;
q) inquisición independiente de la romana y en muchos casos opuesta a esta;
r) administración económica;
s) recurso ante el Rey contra las determinaciones papales;
t) carácter abusivo de la adquisición, a lo largo de la historia, de poderes jurídicos por parte de la Iglesia, por considerar que originariamente no le correspondían;
u) control de los Reyes sobre la Santa Sede incluso en materias dogmáticas;
v) carencia de fuerza jurídica de la legislación canónica carente de refrendo regio; y
w) orientación a la defensa de estas tesis de la enseñanza y de la predicación.

Muchas de estas reivindicaciones afectaban a las Indias de modo particular, en coherencia con el carácter que hasta entonces había poseído el Vicariato Regio; es obvio que otras aspiraban ya a un control de la Iglesia en todos los dominios de la Corona. En la práctica, la mayor parte constituían un proyecto doctrinal de crear una Iglesia de Estado prácticamente independiente del Papado, proyecto que nunca llegó a cuajar, y que quedó desbordado por los acontecimientos de fin de siglo, a partir de la Revolución francesa, que alteraron de modo sustancial el escenario y el panorama político. En cambio, hasta el año 1898 continuó la Corona española —y en determinados casos actuaron en igual sentido algunos

de los gobiernos independientes, que se consideraban herederos de tales derechos regios—[58] ejerciendo en Indias los derechos propios del Patronato Regio, y en España igualmente los nacidos con el Concordato de 1753; hechos tales como las desamortizaciones, que se van sucediendo desde Carlos III y que se fueron intensificando hasta las grandes desamortizaciones del XIX, encontraron un arreglo por su parte en el Concordato de 1851.

6. Los intentos de aplicar en las Indias las tesis vicariales

Se dieron históricamente dos momentos en los que la Corona intentó aplicar en las Indias el modelo extremo de Vicariato. El primer caso consistió en la promulgación en 1769 del denominado Tomo Regio, mediante el que Carlos III pretendió controlar la celebración de Concilios en América, buscando la colaboración de los propios obispos de Indias para su política regalista[59]. De hecho, el fracaso del Concilio IV Provincial Mexicano[60], celebrado bajo el imperio del Tomo, y cuyas actas jamás se logró que fuesen aprobadas por la Santa Sede, supuso la constatación de la imposibilidad práctica de realizar una política vicarial indiana sometida a las tesis del Regalismo[61]. El segundo caso está relacionado con el intento de Carlos III de elaborar un Nuevo Código de Leyes de Indias que sustituyese a la ya obsoleta Recopilación de 1682[62]. El propósito era plausible, pero la Junta Codificadora nombrada al efecto limitó su trabajo al Libro I, precisamente el que trata de las materias religiosas, y nunca llegó a ocuparse de nada más[63]. La nueva redacción dada a este Libro respondía solo en parte a las ideas del Vicariato regalista: acogía la mayor parte de las exageradas facultades regias a que acabamos de hacer referencia, pero en lugar de considerarlas regalías innatas de la Corona las atribuía a las concesiones pontificias, en especial a las bulas alejandrinas de 1493, interpretadas al máximo de su posible amplitud y generalidad; los comisionados consideraron que el título de concesión papal era el más seguro y fuerte y, tras serias discusiones al respecto, prefirieron evitar decantarse por otros apoyos más discutibles del poder real[64]. Carlos III murió sin tomar una decisión sobre el nuevo texto legal, y Carlos IV tampoco lo promulgó,

---

[58] Martínez de Codes (1992).

[59] De la Hera «La política conciliar de Carlos III para la reforma de la Iglesia indiana» (1992a: 461-492).

[60] Giménez Fernández (1939).

[61] De la Hera «El fracaso de la política Regalista». (1992a: 493-494).

[62] De la Hera «La legislación eclesiástica indiana bajo los Borbones». (1992a: 441-460).

[63] Muro Orejón (1944).

[64] De la Hera (1962: 567-580).

pero acordó ir poniendo en práctica poco a poco algunas de sus disposiciones[65]. Las primeras que intentó aplicar en Indias, relativas a las limitaciones del fuero eclesiástico, originaron problemas que motivaron su suspensión, y nunca se volvió a tratar de poner en vigor ninguno de los nuevos preceptos, aunque la Junta Codificadora mantuvo su inútil actividad hasta ya entrado el reinado de Fernando VII.

Así concluyo doctrinal y prácticamente su historia el Vicariato Regio, mientras que aún por bastante tiempo pudo mantener su vigencia el Patronato, institución legítima y, a la vez, mucho más moderada en la proclamación de los derechos de la Corona.

Bibliografía

Alvarez de Abreu, Antonio
[1769] «Víctima Real Legal». Madrid.

Bruno, Cayetano
1967 *El Derecho Público de la Iglesia en Indias*. Salamanca.

Cantelar Rodríguez, Francisco
1989 «Patronato y Vicariato Regio españoles en Indias». En Derecho canónico y pastoral en los descubrimientos luso-españoles y perspectivas actuales. Salamanca.

Carro, Venancio
1949 *La Teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*. Madrid.

Castañeda, Paulino
1968 *La Teocracia pontifical y la conquista de América*. Vitoria.

De Ayala, Javier F.
1946 *Ideas Políticas de Juan de Solórzano Pereira*. Sevilla

De Azcona, Tarsicio
1980 «Reforma del Episcopado y del Clero de España en tiempos de los Reyes Católicos y de Carlos V (1475-1558)». En García-Villoslada (directores). *Historia de la Iglesia en España*, III-1º, *La Iglesia en la España de los siglos XV y XVI*, Madrid.

[65] Muro Orejón (1944).

De Egaña, Antonio

1958 *La teoría del Regio Vicariato español en Indias*. Roma.

De la Hera, Alberto

1957 «El Regio Patronato de Granada y las Canarias». *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid: pp. 27-28.

1962 «La Junta para la corrección de las Leyes de Indias». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 32. Madrid.

1963 *El Regalismo Borbónico en su proyección indiana*. Madrid.

1970 «La legislación del siglo XVIII sobre el Patronato indiano». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, Madrid.

1992a *Iglesia y Corona en la América Española*. Madrid.

1992b «El gobierno de la Iglesia indiana». En Sánchez Bella, A. de la Hera, C. Díaz Rementería. *Historia del Derecho Indiano*. Madrid.

1992c «El Patronato y el Vicariato Regio en Indias». En Borges P. (director). *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas*. Madrid.

1992d «El Regalismo indiano». En Borges P. (director). *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas.* Madrid.

De Leturia, P.

[1647] *La Política indiana de Solórzano Pereira*.

1959 «El Regio Vicariato de Indias y los comienzos de la Congregación de Propaganda». En *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica.* I, Roma, Caracas.

— «Antonio Lelio de Fermo y la condenación del "De Indiarum Iure" de Solórzano Pereira». En *El Regio Vicariato de Indias y los comienzos de la Congregación de Propaganda*.

De Macanaz, Melchor

[1862] «Proposiciones del Fiscal del Reino Don Melchor de Macanaz». En Tejada y Ramiro. *Colección completa de Concordatos españoles*. Madrid.

De Mendieta

1990 «Historia de la Provincia del Santo Evangelio de México». En García Añoveros. *La Monarquía y la Iglesia en América*. Madrid.

De Remesal, Antonio

1990 «Historia de la Provincia de S. Vicente de Chyapa y Guatemala de la Orden de nuestro glorioso Padre Sancto Domingo». En García Añoveros. *La Monarquía y la Iglesia en América*. Madrid.

De Silva, F.
[1631] *Advertencias importantes*.

De Rivadeneyra, M.J.
[1755] *Manual Compendio del Regio Patronato Indiano*. Madrid.

García Añoveros, Jesús María
1990 *La Monarquía y la Iglesia en América*. Madrid.

García-Gallo, Alfonso
1958 «Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias». *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, pp. 461-829.

Giménez Fernández, Manuel
1939 *El Concilio IV Provincial mexicano*. Sevilla.
1949 «Las Regalías Mayestáticas en el Derecho Canónico Indiano». *Anuario de Estudios Americanos*, 6, Sevilla, pp. 801-802.

Gómez Hoyos, Rafael
1961 *La Iglesia de América en las Leyes de Indias*. Madrid.

Llombart, Vicente
1992 *Campomanes, economista y político de Carlos II*. Madrid: Alianza Editorial.

Martínez de Codes, Rosa María
1992 *La Iglesia Católica en la América Independiente. Siglo XIX.* Madrid.

Muro Orejón, Antonio
1944 «Leyes del Nuevo Código de Indias vigentes en América». *Revista de Indias*, 17, Madrid.
1979 «Estudio General del Nuevo Código de las Leyes de Indias». En VV.AA. *Homenaje al doctor Muro Orejón*, II, Sevilla.

Palacio Atard, Vicente
1964 *Los españoles de la Ilustración*. Madrid.

Quesada, Vicente G.
1910 *Derecho de Patronato*. Buenos Aires, p. 91.

Rodríguez Casado, Vicente
1948 «Iglesia y Estado en el reinado de Carlos III». *Estudios Americanos* 1, Sevilla, pp. 5-57.
1962 *La política y los políticos en el reinado de Carlos III*. Madrid.

Rodríguez, L.
1975 *Reforma e Ilustración en la España del XVIII: Pedro Rodríguez de Campomanes*. Madrid.

Sánchez Bella, Ismael
1990 *Iglesia y Estado en la América Española*. Pamplona.

Torres, Pedro
1948 *La Bula Omnímoda de Adriano VI en Indias*. Madrid.

PEDRO VÁZQUEZ DE VELASCO O LA INTENSA Y POLÉMICA TRAYECTORIA DE UN JUEZ EN EL VIRREINATO DEL PERÚ*

*José de la Puente Brunke***

1. Introducción: ser juez en el Perú virreinal

Pedro Vázquez de Velasco y Esparza (1603-1670) fue un importante magistrado, que desempeñó sus funciones en las reales audiencias de Guatemala, de Lima, de Quito y de Charcas. Las reales audiencias fueron en la América hispana los tribunales de justicia de apelación. Sin embargo, además de las funciones jurisdiccionales, sus magistrados —oidores, alcaldes del crimen y fiscales— cumplían muchas otras tareas, vinculadas a los más diversos ámbitos de la vida política, social y económica: por ejemplo, los oidores de las audiencias asesoraban a los virreyes, participaban en la Junta de Hacienda, designaban delegados con el objeto de fiscalizar diversos ramos —como el Juzgado de Bienes de Difuntos o el Tribunal de la Cruzada—, hacían las «visitas de la tierra» y las visitas de las cárceles. Los ministros de la Audiencia, por tanto, eran verdaderos árbitros de la vida política y administrativa del virreinato[1], y además, en el caso de la Audiencia de Lima, era esta institución la encargada del gobierno en caso de muerte del virrey. Más aun, en los asuntos de importancia el virrey debía acudir al consejo de la Audiencia, reunida en el real acuerdo, y los actos gubernativos del vicesoberano podían ser apelados ante aquella. Además, en cuanto a lo legislativo era la Audiencia la máxima autoridad, ya que las normas que llegaban de España eran recibidas directamente por los oidores, y eran ellos los que podían decidir si se aplicaban, o bien si se «suplicaba» su incumplimiento. Así, no es exagerado afirmar que en la América hispana las audiencias constituyeron el «verdadero y definitivo centro y detentador del poder

---

* Me es particularmente grato participar en este homenaje académico a Fernando de Trazegnies Granda con un artículo sobre Pedro Vázquez de Velasco y Esparza, su octavo abuelo.

** Abogado. Doctor en Historia. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] Lohmann (1974: 12).

político»[2], con lo cual en muchos casos los virreyes pudieron sentirse —al decir de Lohmann Villena— como «gigantes de bronce con pies de barro»[3].

En el contexto administrativo propio del Antiguo Régimen, en el cual las nociones de lo privado y de lo público no estaban claramente diferenciadas, tampoco las competencias de las autoridades e instituciones lo estaban. Esto explica los frecuentes conflictos que se producían entre los diversos ramos de la administración. Así, quienes ejercían la potestad jurisdiccional en el Perú virreinal eran no solo jueces: desempeñaban varias otras funciones. Y esto fue especialmente notorio en el caso de los oidores —jueces en lo civil— de las audiencias.

Al estudiar esa época, debemos entender la acción de gobernar como una tarea también consistente en administrar relaciones privadas. Esta noción puede ayudar a entender mejor las tan frecuentes contradicciones entre legislación y realidad[4], al igual que el hecho de que antes del siglo XVIII el poder político no se concentrara en un solo polo:

> En vez de ser monopolio de un centro único, el poder político aparecía disperso en una constelación de polos relativamente autónomos, cuya unidad era mantenida, más en el plano simbólico que en el efectivo, por la referencia a una 'cabeza' única. Esta dispersión era concebida como la correspondencia de un modelo originario o 'natural' de organización social, modelo cuyo ejemplo visible era la dispersión y autonomía relativa de las funciones vitales del propio cuerpo humano[5].

De acuerdo con la tradición propia del derecho común (*ius commune*), el prestigio del juez era fundamental, considerando que era tenido por representante del rey —quien era el juez por excelencia—, e incluso por ministro de Dios:

> No solamente los Reyes y grandes Monarcas, sino tambien los juezes son ministros de Dios, y por Dios exercen sus oficios y disciernen las cosas justas los quales no solo representan al Principe terreno, que los puso y constituyo en los juzgados y corregimientos, pero son imagen y simulacro del Principe eterno, del qual procede todo poderio y señorio[6].

Se trataba, además de un tiempo en el que tenía gran vigencia el denominado casuismo jurídico, en virtud del cual el juez declaraba el derecho —*iuris dictio*— caso por caso. La labor del juez era el *ars boni et aequi*: el arte de «descubrir» el derecho en cada caso, a partir de la «equidad natural», y de las aptitudes que todo juez debía reunir, como eran la ciencia, la experiencia, el entendimiento

---

2 Fernández (2006: 81-82).

3 Lohmann (1974: 16).

4 Dedieu (2000: 22-23).

5 Hespanha (1989: 232-233).

6 Castillo de Bobadilla (1992: 488).

agudo, la rectitud de conciencia y la prudencia[7]. En efecto, los más notables representantes de la literatura jurídica indiana señalaron, de uno u otro modo, la importancia de esas cualidades en el juez. Por ejemplo, Francisco de Alfaro y Juan de Solórzano Pereira coincidieron en que eran condiciones fundamentales la aptitud física, la aptitud moral, la ciencia y la experiencia[8].

En ese contexto casuista —estudiado con detenimiento para la América hispana por Víctor Tau Anzoátegui—[9], la ley escrita no era la primera fuente del derecho, existiendo otras de igual o mayor importancia, como la costumbre, la doctrina de los autores o la jurisprudencia. Por tanto, no estaba vigente la «legalidad» como valor[10]. El entendimiento agudo y la rectitud de conciencia eran especialmente valorados, ya que lo fundamental era el arbitrio del juez para identificar la justicia en cada caso. Por ejemplo, en el siglo XVII un juez de la Audiencia de Charcas —Luis José Merlo de la Fuente, oidor decano de ese tribunal— en un texto bastante peculiar, en el que defendía la corrección de sus acciones, destacaba la importancia del «tribunal de su conciencia», al explicar cómo decidía:

> Y como para que el juicio sea perfecto, es el fundamento principal saber el hecho […]. Para que la justicia quede llana, y el derecho al hecho corresponda […]. Fiando solamente en *la justicia que le asiste*, *confirmada en el tribunal de su conciencia, donde ella misma es testigo, y juez,* que con integridad acusa, condena y nos absuelve, como lo sintió San Ambrosio (cursivas nuestras)[11].

Por eso se ha señalado que la principal característica del derecho en el Antiguo Régimen era su falta de certeza: el magistrado, al resolver en un caso que se sometía a su decisión, arbitraba la solución que consideraba justa, ejercitando la *iurisdictio* delegada por el monarca. El ejercicio de su *arbitrium* le permitía, incluso, alterar el derecho vigente[12].

En ese contexto casuista, el juez desarrollaba su labor con una gran libertad para resolver. Andando el tiempo, con el triunfo de la codificación en el siglo XIX el juez pasará a depender de la ley escrita como principal y obligatoria fuente de sus decisiones. Por tanto, puede afirmarse que durante la época virreinal la figura del juez gozó de mayor poder que en los tiempos posteriores. Precisamente a los oidores de las audiencias se les dispensaba el tratamiento de «muy poderosos señores»[13].

---

7 Tau Azoátegui (1992: 488).

8 Barrientos Grandon (1997: 298-299).

9 Tau Azoátegui (1992).

10 Bellomo (1999: 56).

11 Merlo (1677, f. 3v).

12 Martiré (2005: 45).

13 Lohmann (1974: 11).

En este trabajo presentaremos unas notas biográficas acerca de Pedro Vázquez de Velasco, y nos referiremos además a dos asuntos que le preocuparon especialmente: las normas acerca del «aislamiento» que los ministros de las audiencias debían observar con respecto a su vida en las ciudades en las cuales desempeñaban sus funciones; y los problemas que presentaba el trabajo minero, tanto en lo referido al maltrato que sufría la población indígena, cuanto en lo tocante a los ingresos de la Real Hacienda.

2. Nuestro personaje: notas biográficas

a) Su origen, formación académica y cursus honorum

Nacido en la ciudad castellana de Palencia, Pedro Vázquez de Velasco y Esparza fue bautizado el 22 de setiembre de 1603 en la parroquia de San Antolín de su ciudad natal. Su padre, Antonio Vázquez de Velasco y Martín, era natural de la villa de Guadarrama (Madrid); su madre, Isabel de Esparza y Espinosa, era oriunda de Palencia. En el curso de su formación académica fue colegial del Colegio Mayor de San Clemente de Bolonia, y posteriormente regentó las cátedras de Instituta y Decreto en la universidad boloñesa. Sin embargo, la actividad docente lo atrajo menos que la carrera judicial, gestionando su ingreso en la magistratura. Así, en 1637 fue expedido su nombramiento como fiscal de la Audiencia de Guatemala. Antes de pasar al Nuevo Mundo, contrajo nupcias en la parroquia de San Sebastián de Madrid con Ángela de Salazar y Uzátegui, natural de Alcalá de Henares[14].

Luego de desempeñarse como fiscal en la Audiencia de Guatemala (1637-1647), pasó a ocupar la misma plaza en la Audiencia de Lima (1647-1651), siendo luego promovido a oidor en la misma Audiencia (1651-1654). Más adelante fue nombrado presidente de la Audiencia de Quito (1654-1660), y su último puesto fue el de presidente de la Audiencia de Charcas, desde 1660 hasta su muerte[15].

b) Magistrado en Guatemala

Diez años estuvo sirviendo en Guatemala. Es esta una peculiaridad de la biografía de Vázquez de Velasco, ya que resultaba muy poco frecuente que magistrados de

[14] Herzog (1995: 165-166); Lohmann (1993: 439); Lohmann (1974: 140); Tovar Velarde (1957-58: 371-372); de Trazegnies (1943: 7-8). A fines de 1637 preparaba ya su traslado al Nuevo Mundo, solicitando licencia para ir a servir la plaza de fiscal de la Audiencia de Guatemala, llevando a su esposa «y a cuatro criados y tres criadas, tres mil ducados de joyas, los libros de su estudio y profesión, y las armas que se concedieron al Doctor Jorge de Herrera y Castillo, su antecesor». Archivo General de Indias (en adelante, AGI), (15, R. 16, N° 95).

[15] Schäfer (1947: 478, 483, 505, 511).

los tribunales de Guatemala o de México pasaran luego a integrar las audiencias del virreinato del Perú. Los magistrados de Guatemala solían ser ascendidos dentro del virreinato de la Nueva España. Solía ser habitual que quienes eran nombrados como magistrados en la Audiencia de Lima hubieran servido antes en alguna de las audiencias subordinadas —Charcas o Quito—, suponiendo el tribunal limeño la culminación de las correspondientes carreras[16].

Durante su desempeño como fiscal en la Audiencia de Guatemala tuvo contacto con la realidad peruana, y en particular con el problema del comercio ilícito en las costas del Pacífico. Por ejemplo, en carta dirigida a las autoridades peninsulares se refería al daño que causaba a los intereses fiscales la llegada a los puertos de Guatemala de navíos cargados de «vinos del Perú», y también de cacao de la misma procedencia, estando prohibido dicho comercio. Se refería al perjuicio que suponía ese tráfico para «el comercio de España con estas provincias», teniendo además en cuenta que los navíos que llegaban a Guatemala con vino, volvían al Perú con «ropa de China» procedente de la Nueva España[17]. En la misma comunicación afirmaba Vázquez de Velasco que la llegada de vino peruano, además de ser ilícita, era perjudicial para los indios de aquella región, por la «fortaleza» de ese vino[18] Por otro lado, en el ejercicio de sus funciones en Guatemala fundó los puertos hondureños de San Miguel y San Salvador, poniéndoles guarnición de soldados[19].

c) Pedro Vázquez de Velasco en Lima

Al menos cuatro de los hijos de Pedro Vázquez de Velasco y de Ángela de Salazar nacieron durante el desempeño de aquel como magistrado en el virreinato del Perú: Tomás José nació en Paita en 1649; Andrés nació en Lima en 1651; Pablo nació en la misma ciudad en 1655; y Josefa Aurelia nació en Quito en 1660. Además, fueron también sus hijos Pedro, Buenaventura, José, Magdalena y Ángela Vázquez de Velasco y Salazar, aunque de ellos no tenemos sus fechas de nacimiento[20].

Entre las muchas tareas que un magistrado podía emprender, estaba la de ser juez de residencia del virrey. Nuestro personaje tuvo esa responsabilidad con

---

[16] Si bien el nombramiento como oidor en Lima era usualmente la culminación de una carrera, en varios casos al servicio en Lima le sucedía la presidencia de las audiencias de Charcas o Quito, lo cual suponía también un ascenso, como ocurrió precisamente en el caso de nuestro personaje. No olvidemos que la presidencia de la Audiencia de Lima estaba a cargo del Virrey.

[17] Sobre el tráfico comercial ilícito entre China y el Perú, véase Iwasaki (1992).

[18] Carta de Pedro Vázquez de Velasco, fiscal de la Audiencia de Guatemala, de 9 de febrero de 1639. AGI, Guatemala, 16, R. 1, N° 10.

[19] De Trazegnies (1943: 7).

[20] Tovar (1957: 372-374).

respecto al marqués de Mancera. Sin embargo, se hizo cargo de ella con poco entusiasmo, consciente como era de los peligros que entrañaba investigar a una persona poderosa. Es más, llegó a desear ser recusado, «por librarme de negocios que en sí son y han sido tan penosos y de que por bien que se obrase no podían faltar muchas quejas». Lamentaba la frecuencia con que en esas situaciones «viene a ser el juez el residenciado»[21]. En efecto, el propio Mancera consideró que Vázquez de Velasco había actuado de manera parcial en perjuicio suyo, señalando como uno de sus argumentos el hecho de que el oidor era amigo de personajes que a su vez eran enemigos suyos[22]. Se le hicieron veintiún cargos en el juicio de residencia, referidos en su mayor parte a asuntos hacendísticos. Fue una mala experiencia para nuestro personaje: refirió que fueron muchos los «embarazos» que tuvo en esa labor, «y por cumplir con lo que debo quedan todos quejosos sin haber tenido quien me haya ayudado»[23].

En diversos documentos podemos verificar el celo manifestado por Vázquez de Velasco en defensa de los intereses de la Corona. Por ejemplo, en 1652 proponía al monarca que las mujeres de los oficiales de la Real Hacienda, y de todos los que tuvieran vinculación con su administración, asumieran las mismas obligaciones que sus maridos, «con que cesarían muchos inconvenientes»[24]. En efecto, los oficiales reales, al igual que los demás agentes de la administración, estaban sometidos a una serie de normas restrictivas con respecto al desempeño de sus funciones, precisamente con el propósito de que se velara por los intereses fiscales. La Real Hacienda fue materia de varias de sus comunicaciones, ya que nuestro personaje recibió en 1651 un encargo especial del virrey para administrar personalmente la Caja Real de Lima durante varios meses, en circunstancias en que habían desaparecido 150,000 pesos. De acuerdo con lo que él mismo señaló, restableció el orden en la administración fiscal e hizo que se cumplieran las correspondientes ordenanzas: «fue como fundar la caja de nuevo y con mayor trabajo, por el que me costó el desarraigar las costumbres envejecidas»[25]. Sin embargo, fue muy pesimista frente al panorama que vivía, en el cual incluso aquellos agentes del rey que debían velar por los intereses de la Corona sucumbían ante la codicia: «La codicia está muy

[21] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 15 de marzo de 1651. Hanke (1979: 196). Al año siguiente Pedro Vázquez de Velasco fue, en efecto, recusado por el marqués de Mancera como su juez de residencia. Vargas Ugarte (1947: 78).

[22] «Lima, 26 de febrero de 1650. Don Gabriel de Castilla y Lugo, alcalde ordinario de Lima, sobre una multa de 2,000 ducados de plata por haberse hecho ante él una información contra el Doctor Don Pedro Vázquez de Velasco, juez de residencia del Señor Marqués de Mancera, Virrey del Perú». AGI (1650, 277).

[23] Hanke (1978-80: 198).

[24] AGI (1652a, 101).

[25] AGI (1652b, 101).

arraigada en este reino, siendo tan apetecible el dinero que para no aprovecharse de él ha menester que deje un hombre de serlo y sea ángel[26].

Durante su estancia en Lima tuvo oportunidad de conocer a personajes virtuosos, entre los que destacó el célebre mercedario Padre Urraca, a quien se refirió como su «querido amigo», y de quien destacó sus virtudes, al punto de asegurar que sería un santo. Refirió además nuestro personaje que durante su estancia en Lima cayó enfermo su hijo Andrés —«criatura de teta»— tan gravemente que lo dieron por muerto; sin embargo, el Padre Urraca le dijo que viviría, y así fue[27].

d) En las audiencias de Quito y de Charcas

En 1654 fue nombrado presidente de la Audiencia de Quito, oficio que sirvió durante varios años. Su paso por Quito originó diversas quejas, sobre todo referidas a algunos miembros de su familia, de los que se denunció haber actuado «con poca limpieza», por lo cual desde la metrópoli se le requirió «excusar estos excesos», aunque también se le decía que «no se ha creído de vuestra entereza que lo habréis permitido»[28].

En noviembre de 1654 encalló la nave capitana de la Armada del Mar del Sur en los bajos de Chanduy, a catorce leguas al sur de Guayaquil. Vázquez de Velasco se trasladó al lugar, y dispuso que llegaran desde Panamá y Guayaquil «negros prácticos en el buceo», los cuales lograron recuperar buena parte de los caudales que el navío llevaba[29]. Entre otras cosas, intentó rescatar los cajones en los que iban las cartas de la Audiencia de Lima para el monarca, de los cuales pudo recuperar muy pocas. Fue a raíz de ese incidente que el Consejo de Indias insistió en que los despachos enviados desde las audiencias americanas se remitieran por duplicado[30]. Inició nuestro personaje una averiguación para establecer las causas del siniestro y la identificación de los responsables. Dado que la «saca de la plata»

---

[26] AGI (1651, 100).

[27] Este testimonio de Pedro Vázquez de Velasco está recogido en la carta que dirigió desde Quito, el 31 de marzo de 1659, al Padre Francisco Messía, quien había sido confesor del Padre Urraca. Dicha carta está incluida en el *Breve Epítome de la prodigiosa Vida, Muerte, y raras maravillas del Penitente, y Siervo de Dios el Venerable Padre Fray Pedro Urraca de la Santísima Trinidad, Hijo del Convento de Quito, y de esta Provincia de Lima, del Orden de Nuestra Señora de la Merced, Redención de Cautivos. Escrita por su Confesor el Maestro Fray Francisco Messía, Calificador del Santo Oficio. Y dedicada a la Majestad del Rey Nuestro Señor Don Felipe IV el Grande, que Dios guarde.* Biblioteca Nacional, Madrid, (en adelante, BNM). (1657, mss. 9521, fs. 261v-264v.). Sobre el Padre Urraca, véase Sánchez-Concha (2003: 178-181).

[28] AGI (209, libro 3, fs. 151-152, 225).

[29] Vargas Ugarte (1966: 277).

[30] AGI (1654, 101).

había supuesto una ardua tarea, manifestó al monarca que las personas que la habían realizado eran dignas de recibir una merced real[31].

En julio de 1660 se le envió real cédula ordenándole trasladarse a Charcas en cuanto recibiera el título de presidente de esa Audiencia. Consta que no le entusiasmó el nuevo nombramiento; antes bien, intentó excusarse del traslado al Alto Perú. Todo indica que fueron razones económicas las que lo indujeron a evitar su paso a Charcas: tenía varios hijos, y el salario no le resultaba suficiente como para además afrontar los gastos del traslado familiar. Si bien no pudo evadir el nombramiento, sí logró que el Consejo de Indias, ponderando su situación económica, le otorgara una merced de 2.000 pesos en indios vacos para que pudiera financiar su viaje a Charcas[32].

A fines de 1662 pasó por Lima, para luego continuar a su nuevo destino, en La Plata. Causó buena impresión en el virrey conde de Santisteban, quien manifestó que su antecesor, el conde de Alba de Liste, había tenido también un buen concepto de él. Lo calificó como ministro recto y desinteresado —«parece que muestra mucho deseo de acertar»— y «sin otro caudal que su plaza», por lo que consideraba justo que el monarca le otorgara alguna ayuda económica adicional, considerando sus muchos hijos y lo elevado de los precios en Charcas. Además, refería el virrey que a su paso por Lima estaba aprovechando para instruirse en los asuntos de Potosí, a pesar de que el largo viaje desde Quito le había causado diversos achaques[33].

En efecto, debemos suponer que las mayores preocupaciones en la presidencia de Charcas debieron estar referidas a Potosí, por los aspectos económicos y sociales que estaban en juego. Probablemente el contacto con la realidad potosina llevó a nuestro personaje a referirse con especial insistencia a los problemas derivados del trabajo indígena, como se verá más adelante.

Su etapa como presidente de la Audiencia de Charcas fue, al parecer, la que más sinsabores le supuso. Tuvo enfrentamientos con diversos sectores de la sociedad altoperuana, incluyendo a sus colegas de la Audiencia. Fragmentos de una carta que escribió desde Potosí en 1664 son especialmente reveladores:

> Si Vuestra Merced supiera mis ocupaciones me tuviera lástima; solo me hallo aquí sin tener a quién volver los ojos, ni persona de quién me fiar, que todos tratan de sus conveniencias, y de contentar a todos, sin quien haya mire el servicio de Su Majestad, porque en las Indias mirar por la Real Hacienda es delito, usurparla acto de caridad, siendo mérito y no pecado defraudarla […]; a cualquier cosa que vuelvo los ojos hallo que todo es engaño, mentira, fraude, colusión y falta de

[31] AGI (1655, 101).

[32] Herzog (1995: 165).

[33] AGI (1662, 63).

> justicia, y que vivo en tierra donde la maldad prevalece y la virtud es aniquilada, padeciendo gravísimos falsos testimonios […]»[34].

Un año después lamentaba los ataques de que era objeto, subrayando que servía su puesto «a pesar de las calumnias, donde quien mejor procede padece más»[35].

Así, pues, no le fue grato su desempeño en Charcas. Como presidente de la Audiencia tuvo malas relaciones con la mayoría de ministros de ese tribunal, llegando a afirmar que los oidores usurpaban su autoridad, por lo que él resultaba vilipendiado. Hacía responsables de esa situación también a los presidentes que lo habían antecedido, los cuales, por diversos motivos —no tener carácter, o verse acosados por falsos testimonios, o carecer de experiencia por no haberse desempeñado en otra Audiencia previamente— no habían hecho respetar su dignidad. Llegaba a tanto su indignación, que propuso como alternativa suprimir la presidencia: «[…] la presidencia no es más que un puesto irrisorio y será mejor que no le haya y el oidor más antiguo ejerza el oficio de tal, o que tenga la autoridad que Vuestra Majestad manda por las ordenanzas y reales cédulas»[36].

Las cuestiones ceremoniales le preocupaban especialmente, de acuerdo con la importancia que se daba en la sociedad barroca a lo simbólico y protocolar. Precisamente fueron cuestiones de este estilo las que le generaron los primeros disgustos, recién llegado a la ciudad de La Plata, sede de la Audiencia. Por ejemplo, denunció que los oidores no habían salido a recibirlo, como era la costumbre en todas las audiencias; se quejó de que al tomar posesión de la presidencia su silla no estaba sola en la cabecera de la mesa, sino al lado, y al mismo nivel, que la del oidor más antiguo; informó que tras la ceremonia tuvo que obligar a los oidores a que salieran acompañándolo, como era costumbre. Afirmó que esos asuntos no debían ser considerados «cosas de niñerías», ya que eran reflejo de la poca autoridad que tenía la figura del presidente de la Audiencia. Disgustado ante esa situación, solicitó del monarca su jubilación, justificando ese pedido en sus enfermedades, las cuales —afirmó— «no son para tratar de otra cosa sino de morir»[37].

Pero veamos la versión de los oidores, reflejada en el libro de acuerdos de la Audiencia. Se consigna que el lunes 17 de setiembre de 1663 se celebró el acuerdo de justicia en el que se recibió al nuevo presidente, Pedro Vázquez de Velasco, y se precisa que «se guardaron todas las ceremonias en su recibimiento que se contienen y expresan en el recibimiento del Señor Presidente Doctor Don Francisco de Nestares que está a fojas cuatro de este libro, y Su Señoría dijo que se

---

[34] AGI (1664, 280).

[35] BNM (1665, mss. 19699).

[36] AGI (1666, 125).

[37] AGI (1666, 125).

entienda sin perjuicio de lo que toca y puede tocar al oficio de Presidente y como se observa y guarda en otras Audiencias»[38]. Así, el nuevo presidente exigía que se le recibiera de acuerdo con lo acostumbrado en la generalidad de las audiencias, lo cual aparentemente no era cumplido en la de Charcas.

Era, pues, muy celoso del cumplimiento de las normas y costumbres en la Audiencia, lo cual generó no pocos desencuentros con los otros ministros. Pero estos tuvieron ocasión de dar a beber de su propia medicina a Vázquez de Velasco. En setiembre de 1669 este se encontraba enfermo, y envió a un escribano a convocar a los ministros para que se reunieran en sus aposentos, con el propósito de abrir un pliego que había llegado desde la metrópoli dirigido a la Audiencia. Reunidos en la sala del acuerdo, los ministros mandaron decir a Vázquez de Velasco que conforme a las reales cédulas los pliegos dirigidos a la Audiencia debían abrirse en el acuerdo, y no en la casa del presidente; y que por tanto debía bajar al acuerdo, o en el caso de estar impedido, debía remitirles el pliego. Tenaz en su posición, nuestro personaje les mandó decir que «por estar enfermo no hablaba la cédula en este caso y que así subiesen dichos señores a su cuarto», a lo cual los ministros replicaron que:

> las cédulas no exceptuaban achaque o enfermedad del dicho Señor Presidente sino que con precisión decían no se abriesen los pliegos en su casa sino en el acuerdo y que por ley recopilada se mandaba que cuando el Señor Presidente estuviese ausente o impedido, pudiese el señor oidor más antiguo hacer lo mismo que podía el Señor Presidente además de que el achaque que al presente tenía no era de consideración y porque era leve podía bajar y cuando no lo hiciese remitiese el pliego al acuerdo para que en él se abriese conforme a las cédulas de Su Majestad[39].

Los ministros no solo le reclamaban el cumplimiento de las normas, sino que de algún modo ponían en duda la seriedad de sus achaques. Vázquez de Velasco cedió al día siguiente, enviando el pliego al acuerdo donde fue abierto en presencia de los otros ministros por el oidor más antiguo. Todo indica, sin embargo, que las dolencias del presidente eran serias. Uno de los indicios está en las reiteradas solicitudes que formuló para que se le concediera la jubilación, fundamentadas en alguna ocasión en sus enfrentamientos con los otros ministros de la Audiencia —tal como ya se ha referido—, pero sobre todo invocando su precaria salud, y el daño que le suponían los necesarios viajes a Potosí. En una comunicación de 1665 se refería a sus pedidos de jubilación: «[…] sobre que tanto he instado e insto suplicando a Su Majestad me haga esta merced cuando tanto le he servido y me hallo con tantos años e imposibilitado de poder residir en aquella Villa por ser tierra tan fría y opuesta a mi edad y en donde estuve tan a la muerte»[40].

---

[38] Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia. Sucre (en adelante, ABNB). (Tomo 8, f. 234v.).

[39] ABNB (Tomo 8, f. 324-324v.).

[40] BNM (1665: mss. 19699).

Los desacuerdos entre el presidente y los ministros de la Audiencia continuaron. Por ejemplo, en abril de 1670, reunidos estos en acuerdo sin la presencia de aquel —quien estaba en Potosí—, manifestaron haberse presentado ante ellos José de Santillán con título de portero de la Audiencia, oficio que había quedado vacante por muerte de Gerónimo de Mostajo; y que ese nombramiento había sido hecho por Vázquez de Velasco desde Potosí, en contra de lo acordado por la Audiencia. En efecto, un año antes la Audiencia había resuelto que todo nombramiento debía hacerse «concurriendo presidente y oidores». Incluso decían los ministros que ellos mismos se habían abstenido de hacer nombramientos en ausencia del presidente, no solo por cumplir lo establecido, sino también como gesto de atención hacia él. Sin embargo, los ministros decidieron aceptar ese nombramiento

> […] por excusar ruidos y competencias con dicho Señor Presidente y que no tenga motivos de informar al Señor Virrey Conde de Lemos se perturba la paz y buena conformidad que se debe tener como lo ha hecho repetidamente contra la autoridad de esta Real Audiencia y crédito de sus ministros con relaciones no ajustadas al hecho de la verdad y sobre que el dicho Señor Virrey ha escrito y escribe todos los chasquis cartas de sentimiento a esta Real Audiencia»[41].

Así, los magistrados manifestaban que el presidente faltaba a la verdad cuando se refería a ellos en sus comunicaciones al virrey. Sin embargo, tanto al virrey como al propio monarca llegaban comunicaciones criticando la labor de Vázquez de Velasco en Charcas. Por ejemplo, en carta al rey desde La Plata en 1668, Antonio Gaztelu sugería la conveniencia de cesar a nuestro personaje en la presidencia de esa Audiencia. Afirmaba que excusándose en sus achaques no pasaba en Potosí el tiempo conveniente para velar por los intereses del monarca y de su Real Hacienda, y que no se requería de un presidente «de apariencia». Además, señalaba que la esposa de nuestro personaje «está muy rica ayudada del puesto»[42].

No se ha podido rastrear en detalle la vida de la familia de Pedro Vázquez de Velasco durante el tiempo en que ejerció la presidencia de la Audiencia de Charcas. Lo que sí estuvo clara fue la permanente preocupación de la Corona para que los ministros de la Audiencia no se vincularan con la elite local —a lo que nos referiremos más adelante—, para garantizar la imparcialidad de sus resoluciones. Ante la advertencia recibida desde España en 1666, en el sentido de que debía estar atento a evitar que los oidores recibiesen dádivas de los litigantes, escribió al rey que no sabía de ningún oidor que hubiese incurrido «en esa culpa», y que solo de uno de ellos «se ha hablado algo por ocasión de los muchos años que reside en esta Audiencia, y tener parientes»[43].

---

41 ABNB (Tomo 8, fs. 342-343).

42 AGI (1668, 125).

43 AGI (1966, 22, R. 6, Nº 38).

Murió nuestro personaje en el ejercicio de sus funciones de presidente de la Audiencia de Charcas, el 12 de diciembre de 1670. La anotación en el libro de acuerdos, el día 15 del mismo mes, es bastante lacónica, y se limita a lo imprescindible: «En doce de este mes de diciembre murió el Señor Doctor Don Pedro Vázquez de Velasco, Presidente de esta Real Audiencia. Y no se escribió esto antes por no haber habido acuerdo»[44].

El laconismo de esa anotación contrasta con otros casos de alejamiento de algún ministro de la Audiencia. Por ejemplo, cuando se despidió el magistrado José Corral Calvo de la Banda, en abril de 1677, para trasladarse a servir la plaza de fiscal de lo civil en la Audiencia de Lima, en el libro de acuerdos se escribió que su alejamiento se producía «con el sentimiento que es justo de todos los señores por lo grande de este ministro»[45].

Los efectos de las discrepancias entre los magistrados y el presidente Vázquez de Velasco sobrevivieron a este. El libro de acuerdos correspondiente a los años de su presidencia presenta ocho hojas cortadas. La explicación se encuentra en el acuerdo del jueves 1 de diciembre de 1672, en cuyo margen se lee la siguiente anotación:

> Este día se cortaron las fojas trescientas y veinte y seis hasta trescientas y treinta y tres inclusive en que estaba escrito el auto de los veinte puntos sobre las ceremonias que había introducido el Señor Presidente Don Pedro Vázquez de Velasco, las cuales por cédula de Su Majestad cometida su ejecución al Señor Virrey Conde de Lemos se cortaron[46].

¿Podemos entender este hecho como una última venganza de los ministros de la Audiencia de Charcas contra su difunto presidente? Es posible, pero considerando que el paso del tiempo atempera las pasiones, y teniendo también en cuenta que los ministros de esa Audiencia fueron reemplazándose por otros, no nos debe sorprender que tres décadas después de la muerte de nuestro personaje los magistrados de Charcas manifestaran elogiosos conceptos sobre su antiguo presidente. En efecto, en carta al monarca de 1704 agradecían la presentación de su hijo Pedro Vázquez de Velasco y Salazar al obispado de Santa Cruz de la Sierra, afirmando que esperaban que actuara «imitando en las virtudes a su padre el Doctor Don Pedro Vázquez de Velasco, que fue Presidente de ella [la Audiencia], conservándose hasta hoy los grandes créditos de sus justificadas operaciones»[47].

---

[44] Es decir, por no haberse reunido el real acuerdo. ABNB (Tomo 8, f. 350v.).

[45] ABNB (Tomo 8, f. 420v.).

[46] ABNB (Tomo 8, f. 378).

[47] AGI (1704, 200).

3. Una tierra «donde el vicio tiene mucha raíz»: el «aislamiento» de los ministros de la audiencia de Lima

Muchos de los ministros de las audiencias indianas arraigaron en América, y concretamente en el caso de la Audiencia de Lima no pocos de ellos se cuentan entre los fundadores de importantes familias peruanas. Fue ese precisamente el caso de nuestro personaje. La legislación trató de evitar esas situaciones, pretendiendo que se verificara una suerte de aislamiento de sus magistrados en Indias, que a su vez fuera garantía de una imparcial administración de justicia. Por ejemplo, en el Perú virreinal fueron muy precisas las normas que pretendieron regir ese aislamiento, disponiendo —entre otras cosas— que los ministros de la Audiencia —al igual que sus hijos— no podían contraer nupcias en la jurisdicción del tribunal en el que prestaban sus servicios; no podían ser padrinos de matrimonios ni de bautizos; estaban prohibidos de hacer visitas y de acudir a desposorios o entierros; no podían ser propietarios de bienes inmuebles, ni tener tratos mercantiles[48].

A pesar de las buenas intenciones de la legislación, ese propósito no pudo hacerse realidad. Fueron muchas las circunstancias que conspiraron en ese sentido: por ejemplo, la insuficiencia de los salarios, o los periodos muy prolongados de estancia en una determinada Audiencia, fueron factores que de uno u otro modo facilitaron el establecimiento de vínculos sociales de los magistrados.

Pedro Vázquez de Velasco invocó siempre su propósito de servir a la Corona del mejor modo, y no ocultó su incomodidad ante la reiteración de reales cédulas que se recibían en Lima con respecto al comportamiento de los magistrados en la ciudad. Sentía que se desconfiaba de él y de sus colegas, y decidió quejarse formalmente ante el monarca tras la llegada a Lima de una real cédula en la que se disponía que los oidores «no acudiesen al paseo de la Alameda, ni a las comedias, ni hubiesen juego en sus casas»[49]. En carta dirigida al monarca desde Lima, rechazó la permanente sospecha con la que desde la península se fiscalizaba la conducta de los oidores, diciendo que su trabajo en la Audiencia le ocupaba todo su tiempo, «sin poderme divertir a otra cosa para satisfacer a lo que V.M. manda y a lo que debo en conciencia; solo trato de acudir a la obligación del puesto del que me ha hecho merced sin salir más que de mi casa a la Audiencia los días de ella, o a la Iglesia los de fiesta»[50].

---

[48] En el título XVI del libro II de la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* (Madrid, 1681) aparecen las mencionadas disposiciones, y muchas otras relativas al desenvolvimiento de los ministros de las audiencias en las ciudades en las que residían.

[49] Con referencia a este episodio de la vida de Pedro Vázquez de Velasco véase de la Puente Brunke (1990: 11-13).

[50] AGI (1653, 168).

Luego, en la misma comunicación, y no sin cierta ironía, afirmaba abiertamente que consideraba equivocada la orden antes referida:

> Tal vez, Señor, o para desahogarme o mortificarme como pecador he ido a los descalzos franciscos, y porque para ir a ellos es preciso pasar por la alameda, certifico de verdad que no sé que pueda haber escándalo, y que le hubiera menos si vuestros oidores fueran a la Comedia o precisamente se mandara que uno de los Alcaldes del Crimen asistiera a todas, antes tengo entendido por relaciones ciertas que la presencia de un ministro togado por lo menos es necesaria para el freno de muchos en tierra donde el vicio tiene mucha raíz, y en los aposentos están juntos hombres y mujeres.

Insistía en que el comportamiento de los ministros de la Audiencia se ajustaba a lo dispuesto en las ordenanzas de la misma, y lamentaba lo que consideraba excesiva desconfianza de la Corona en el desempeño de los oidores. Admitía que en épocas anteriores se habían producido acciones incorrectas por parte de los magistrados, pero que «lo que pudo pasar en otro tiempo» ya no ocurría en su época.

No obstante su afirmación en el sentido de que los ministros de la Audiencia cumplían con las normas referidas a su comportamiento en Lima, consta que nuestro personaje encargó un envío de cien botijas de aceitunas al puerto de Sonsonate, en América Central[51]. Presumimos que se trataba de un negocio ilícito, no solo porque los magistrados no podían involucrarse en actividades mercantiles, sino también porque el comercio entre los virreinatos peruano y novohispano estuvo habitualmente prohibido, o en todo caso tuvo fuertes restricciones. Igualmente, nuestro personaje prestó dinero a una serie de personas, aunque en cantidades pequeñas[52].

En 1652 pedía al monarca licencia para casar a una de sus hijas en la jurisdicción de la misma Audiencia, y además solicitaba una ayuda de costa por sus servicios y necesidades, manifestando tener once hijos y afrontar una difícil situación económica. Del siguiente modo lo argumentaba:

> […] en atención a mis buenos deseos, y que me hallo con la mayor necesidad que ministro ha tenido ni tiene en las Indias, y que me veo con once hijos sin poderlos sustentar por no alcanzar el salario respecto de la carestía de la tierra en estos tiempos (que no es decible porque no pareciera creíble a los que la conocieron en los pasados), con que mi pobreza es cada día mayor […].

---

[51] Archivo General de la Nación, Lima (en adelante, AGN), véase García (1652-1653, fs. 742-742 v.). Recordemos que Vázquez de Velasco vivió antes en Guatemala, como ministro de su Audiencia. Quizá allí estableció lazos comerciales con gente del lugar. Es más que probable, teniendo en cuenta que la elite económica de Guatemala promovió frecuentemente el tráfico ilícito con comerciantes ingleses, al igual que con el Perú. Véase también Santos Pérez (2001: 69). Tampoco olvidemos la denuncia que hizo desde Guatemala, siendo fiscal de la Audiencia, con respecto a los perjuicios que producía el comercio ilícito desde el Perú.

[52] Por ejemplo, en 1653 prestó cien pesos a Juan de Miranda. AGN (1653, fs. 623-623 v.).

En la corte, la Cámara de Indias estudió su solicitud, ordenando al virrey que «vea en qué se le podrá ayudar, excluyendo la ayuda de costa y el casamiento»[53].

No era la primera petición que Pedro Vázquez de Velasco hacía alegando dificultades económicas. En marzo del año anterior se había dirigido al monarca en términos más dramáticos:

> Así suplico a S.M. humildemente, mirando mi mucho trabajo, lo mucho que he padecido y la necesidad, me socorra con alguna buena ayuda de costa cuando por no tener con qué vestir a mis hijas no salen a misa de que S.M. se podrá informar sin tener esperanza de mejora de tiempo, pues quien desea lo poco que queda de vida cumplir con el cargo que tiene y su conciencia no debe vivir sino con el salario que S.M. da[54].

Debemos suponer un grado no pequeño de exageración en sus palabras, pero lo cierto es que fueron numerosas las quejas de los magistrados en Lima con respecto a sus salarios. En la carta que acabamos de citar decía nuestro personaje que el juicio de residencia del marqués de Mancera le había supuesto una pérdida económica de mil ducados, ya que tuvo que adaptar una habitación de su casa para esa tarea, pagando a dos escribanos y dándoles lo necesario «en tierra tan cara en todo». En definitiva, en cuanto a su salario refería que «teniendo familia no alcanza a los gastos».

Diversos testimonios nos indican que los oidores en América recibían remuneraciones mayores que las percibidas por sus pares en la península ibérica; sin embargo, se trataba de niveles rígidos de salarios, que no solían aumentar por los méritos ni por el tiempo de servicios. Se sabe, por ejemplo, que los oidores de la Audiencia Quito en el siglo XVII —tribunal que precisamente nuestro personaje presidió— podían vivir de sus salarios de modo ajustado, consumiendo sobre todo productos locales y evitando adquirir los europeos[55]. Esta información con respecto a Quito concuerda con ciertos datos que tenemos para el caso de los oidores en Lima. Por ejemplo, se sabe que estos recibieron numerosos préstamos del banco de Juan de la Cueva, sobre todo dirigidos al consumo[56], lo cual puede ser indicio de falta de liquidez en muchos de ellos.

4. El trabajo minero: «tanta sangre y sudor de indios»

Un punto sobre el que se manifestó Pedro Vázquez de Velasco en muchas oportunidades fue el referido a la tributación indígena. Mostró su preocupación por los abusos que se solían cometer en la cobranza del tributo, y en particular en

[53] AGI (1652, 101).

[54] Hanke (1978-80: 199).

[55] Phelan (1995: 229-230).

[56] Suárez (2001: 148).

las retasas de los mismos. En carta dirigida al monarca en 1652, propuso que las retasas fueran realizadas por los mismos oidores en sus visitas de la tierra, para aliviar a los indios —sobre todo en relación con la mita minera—, señalando que su propuesta convenía también a los españoles:

> […] que pues uno de los oidores debe salir cada año a la visita del distrito hiciese de camino las revisitas, averiguando sumariamente los muertos y ausentes y señalando los que han de ir al servicio de la mita y tasas que han de pagar, como se hace en la provincia de Guatemala, que se halla tan poblada de indios. Y aunque parece que de esto resultará menoscabo en ambas cosas, es menor inconveniente el descaecimiento que la perdición total, que es forzosa continuando los indios sin remuda en trabajo tan penoso, y así sería mejor que miten mil indios con remuda porque durarán de esta manera siempre, que no mitar dos mil sin ella con tan conocido riesgo de que se acaben de consumir muy presto, y no habrá para lo de adelante ningunos[57].

Era evidente para él que los maltratos que sufrían los indígenas implicaba a la larga perjuicios para los propios españoles y para la Corona. En la misma carta denunció los problemas generados por los denominados indios de faltriquera: se trataba de indios de mita de los cuales los mineros de Potosí y de Huancavelica «hacían granjería», ya que les resultaba más conveniente, en vez de ocupar a esos mitayos en el trabajo minero, «recibir los jornales duplicados en plata».

Su preocupación por el trato que recibían los indígenas iba en paralelo con su inquietud por los perjuicios que para la Real Hacienda suponía la disminución del número de aquellos. Así, en la misma carta se refería al «descaecimiento de este Reino por el grande que tienen los indios, en cuya conservación y alivio consiste su duración». Y aludiendo a la escasez de indios para trabajar la mina de Huancavelica, proponía que a los condenados a prisión se les enviara a trabajar en los socavones de ese yacimiento, «con que los indios serían aliviados, [y] los delincuentes castigados con escarmiento general de las repúblicas». Era consciente de la penosa situación de la población tributaria y de los «aprietos» que padecía, sobre todo en lo referido a las mitas de Potosí y de Huancavelica, donde «se han consumido muchos [indios] y otros se han ausentado a las tierras de los infieles por lo gravoso de sus obligaciones». Así, pues, Vázquez de Velasco advertía los diversos aspectos del padecimiento de la población tributaria, como la dureza del trabajo minero, las consecuentes fugas de muchos de los mitayos, y por último la disminución demográfica en los pueblos de indios: «hoy se hallan menoscabados los pueblos y reducciones, que no pueden remudar los indios que sirven en las mitas, y les es forzoso a los caciques continuarlos en ellas, sin que basten las cédulas y provisiones que tienen para que los presentes no paguen ni sirvan por los muertos ni ausentes».

[57] AGI (1652a, 101).

Denunció otras situaciones que consideraba irregulares: en 1652 refería el hecho de que estuvieran en condición de «vagantes» algunos religiosos de San Francisco de Paula, merodeando «por los asientos de minas y otras partes pidiendo limosnas a título que en esta ciudad tienen una capilla con nombre de hospedería donde residen dos o tres religiosos cuando más […]». Propuso que se despachara una real cédula mandándolos a España[58].

Ya hemos señalado cómo su estancia en Charcas no le fue grata, por diversas razones. Precisamente desde allí formuló las más severas críticas contra los abusos que sufrían los indígenas. Es especialmente importante una larga carta —de dieciséis folios— que dirigió desde La Plata al virrey conde de Santisteban, en enero de 1665. Se refería en ella, fundamentalmente, a los gravísimos daños que generaba la mita de Potosí, «así en persona como en plata», afirmando que los indios padecían «más que esclavos, cuando Su Majestad los tiene por libres». Vale la pena transcribir un fragmento de esa comunicación, en la que además solicitaba al virrey que mantuviera su autoría en reserva, por la dura franqueza de sus opiniones:

> Una cosa es, Excelentísimo Señor, referir esto, y otra cosa es verlo; decir cómo ello es y el maltratamiento que padecen los indios es imposible; no vuelvo los ojos a cosa que no sea ofensa de Dios y deservicio de Su Majestad […]. Yo confieso, Excelentísimo Señor, que si el cerro de Potosí fuera mío le dejara perder antes que consentir que se obrase como se obra y siempre por esta causa fuera de parecer no hubiese mita porque plata sacada con tanta sangre y sudor de indios cómo es posible que se logre como lo vemos por el efecto, pues los enemigos nos hacen la guerra con la que va de acá, permítelo Dios para que abramos los ojos al remedio cuando les tenemos abiertos para el daño y no se remedia[59].

Junto con la crítica a los malos tratos que recibían los indios mitayos, Vázquez de Velasco ponía en evidencia la crisis hacendaria de la monarquía, una de cuyas manifestaciones era el hecho de que las potencias enemigas de España se beneficiaran grandemente de la plata americana. Pero insistía nuestro personaje en que su crítica no era solo a esos malos tratos, sino a la institución de la mita en sí misma. Refirió que durante su estancia en Guatemala un minero —vinculado a la extracción de plata en la provincia de Tegucigalpa— propuso el establecimiento de un sistema de trabajo similar al de la mita de Potosí, ante lo cual él, en su condición de fiscal de la Audiencia, se opuso. Desde la presidencia de Charcas manifestó que daba gracias a Dios de haberse opuesto:

> […] y entre otras razones fue una el decir que la verdadera mina y perpetua era el conservar los indios pues siempre daban plata pagando sus tributos o tasas.

[58] AGI (1652a, 101).

[59] BNM (1665, mss. 19699).

> Si esta consideración se hubiera hecho cuando se trató de dar indios de mita para Potosí, hoy estuvieran estas provincias llenas de ellos y pagaran a Su Majestad más en tributos que valen los quintos, y los arbitristas de la mita no hubieran llevado al otro mundo esta capellanía, donde habrán dado cuenta[60].

Duras expresiones en un contexto en el que la mita se veía como la única solución para el proveimiento de mano de obra en el trabajo minero, y las condiciones de trabajo eran más que penosas. Y esto ocurría a pesar de que eran continuas las reales cédulas que llegaban al Perú disponiendo que se velara por el buen trato de la población aborigen. Estas disposiciones —en opinión de Lewis Hanke— se habrían expedido a sabiendas de que no producirían ningún efecto, y «para cubrir dentro y fuera de España el honor y la conciencia del soberano»[61]. Sin embargo, el momento en el que nuestro personaje manifestó ese parecer coincidió con la instalación, dispuesta por el virrey conde de Santisteban, de una junta para estudiar asuntos referentes a la libertad de los indios y a su buen trato. Presidida por el virrey, la junta estuvo integrada por el arzobispo de Lima y por varios magistrados de la Audiencia[62].

Pocos meses antes de morir, en julio de 1670, Pedro Vázquez de Velasco escribió a la reina desde Potosí, manifestando que hallaba inquietos a los mineros por la disposición del conde de Lemos de que no trabajaran los indios de día y de noche. Los mineros paralizaron las labores, y solo las reanudaron ante la amenaza de que se les quitarían sus ingenios. Reiteraba nuestro personaje que siempre había opinado a favor de la abolición de la mita[63].

5. A modo de conclusión

A pesar de que los ministros de las audiencias no debieron vincularse con las sociedades en las que desempeñaban sus funciones, muchos de ellos no solo lo hicieron, sino que fundaron ilustres familias criollas. Uno de los casos más notorios es precisamente el de nuestro personaje, cuyo hijo Tomás fue corregidor en varias localidades del virreinato; su hijo Andrés fue también corregidor, además de maestre de campo; su hijo Pedro fue obispo de Santa Cruz de la Sierra; y su hijo José fue nombrado obispo de Concepción, en Chile, aunque murió antes de tomar posesión de esa dignidad[64].

Sin embargo, lo más interesante es que dos de sus descendientes —un hijo y un nieto— fueron, al igual que él, ministros de la Audiencia de Lima. En efecto, su

---

60 BNM (1665, mss. 19699).

61 Hanke (1978-80: 152).

62 Hanke (1978-80: 152).

63 Vargas Ugarte (1947: 326-327).

64 Tovar (1957: 372-374).

hijo Pablo Vázquez de Velasco y Salazar, nacido en Lima en 1655, fue primero fiscal y oidor de la Audiencia de Chile, y luego desempeñó las mismas funciones en el tribunal limeño. Precisamente siendo él oidor se produjo el fallecimiento del virrey conde de la Monclova, por lo cual la Audiencia pasó a ejercer el gobierno. Durante ese tiempo, Pablo Vázquez de Velasco destacó, junto con el oidor Miguel Núñez de Sanabria, como «uno de los principales personajes del país»[65]. Logró, además, con un servicio de 4,000 escudos, obtener la autorización del Consejo de Indias para contraer nupcias con una dama limeña, lo cual en principio estaba prohibido por la legislación[66]. El otro descendiente de nuestro personaje que llegó a ser ministro togado fue su nieto Pedro Vázquez de Velasco y Ortiz de Espinosa, hijo de Tomás Vázquez de Velasco y Salazar. En 1699 fue nombrado alcalde del crimen supernumerario de la Audiencia de Lima, y al año siguiente oidor supernumerario, aunque no llegó a ejercer el cargo. Más adelante fue magistrado en la Audiencia de Charcas: recibió el nombramiento de fiscal de ese tribunal en 1703, y de oidor en 1724[67].

En definitiva, el estudio de la trayectoria de Pedro Vázquez de Velasco nos ofrece luces para entender mejor los complejos asuntos a los que se enfrentaba un magistrado en el Perú virreinal, la mayor parte de los cuales no estaban vinculados a la administración de justicia.

Bibliografía

Barrientos Grandon, Javier

1999 «La selección de ministros togados para Indias». En *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Buenos Aires*, 4 al 9 de septiembre de 1995. Actas y Estudios. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, volumen III.

Bellomo, Manlio

1999 *La Europa del Derecho Común*. Roma: Il Cigno Galileo Galilei.

Castillo de Bobadilla, Jerónimo

1704 «Política para Corregidores, y Señores de Vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Juezes Eclesiásticos y Seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Goviernos Realengos, y de las Ordenes». *Amberes,* volumen II.

[65] Tovar (1957: 382).

[66] Lohmann (1974: 65).

[67] Lohmann (1974: 139).

Dedieu, Jean Pierre
2000 «Procesos y redes. La historia de las instituciones administrativas de la época moderna, hoy». En Castellano, Juan Luis, Jean Pierre Dedieu y Ma. Victoria Lopez Cordón (editores). *La pluma, la mitra y la espada. Estudios de Historia Institucional en la Edad Moderna*, Madrid, Barcelona: Universidad de Burdeos, Marcial Pons.

De Trazegnies, Ferdinand
1943 «Los Vásquez de Velasco». Lima: *Histórica,* tomo XVI, pp. 7-8.

Hanke, Lewis (editor)
1979 *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*. Perú. Madrid: Biblioteca de Autores Españoles, volumen III.

Iwasaki Cauti, Fernando
1992 *Extremo Oriente y Perú en el siglo XVI*. Madrid: Editorial Mapfre.

Herzog, Tamar
1995 *Los ministros de la Audiencia de Quito (1650-1750)*. Quito: Ediciones Libri Mundi–Enrique Grosse–Luemern.

Hespanha, António M.
1989 *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*. Madrid: Taurus.

Lohmann Villena, Guillermo
1974 *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821). Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispanoamericanos.
1993 *Los americanos en las órdenes nobiliarias*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, segunda edición, tomo I.

Martiré, Eduardo
2005 *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Merlo
1677 *Defensa legal en exclusión de los cargos que le sacaron siendo Oidor de la Real Audiencia de La Plata*. Madrid: f. 3v.

Phelan, John Leddy
1995 *El reino de Quito en el siglo XVII. La política burocrática en el Imperio español*. Quito: Banco Central del Ecuador.

Puente Brunke, José de la
1990 «Los oidores en la sociedad limeña: notas para su estudio (Siglo XVII)». Sevilla: *Temas Americanistas, 7*, pp. 11-13.

Sánchez-Concha Barrios, Rafael
2003 *Santos y Santidad en el Perú Virreinal*. Lima: Vida y Espiritualidad.

Santos Pérez, José Manuel
2001 «Burocracia, sociedad y relaciones de poder en la Audiencia de Guatemala, siglos XVI-XVIII». *Anuario del Centro de Estudios Históricos*, 1. Córdoba, p. 69.

Schäfer, Ernesto
1947 *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria. Tomo II. La labor del Consejo de Indias en la administración colonial*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos.

Suárez, Margarita
2001 *Desafíos transatlánticos. Mercaderes, banqueros y el estado en el Perú virreinal, 1600-1700.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Instituto Riva-Agüero, Fondo de Cultura Económica, Instituto Francés de Estudios Andinos.

Tau Anzoátegui, Víctor
1992 *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Tovar Velarde, Jorge:
1957-58 «La Audiencia de Lima (1705-1707). Dos años de gobierno criollo en el Perú». *Histórica*, Lima, Tomo XXIII.

Vargas Ugarte, S.J., Rubén
1947 «Biblioteca Peruana. Manuscritos peruanos en las Bibliotecas y Archivos de Europa y América». Tomo V. *Suplemento*. Buenos Aires.
1966 *Historia General del Perú. Virreinato* (1596-1689). III. Lima: Carlos Milla Batres.

Archivo General de Indias, Sevilla
[1639] Carta de Pedro Vázquez de Velasco, fiscal de la Audiencia de Guatemala, del 9 de febrero de 1639. Guatemala, 16, R. 1, N° 10.
[1651] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 15 de marzo de 1651.

[1651] Carta del oidor Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 15 de septiembre de 1651. AGI, Lima, 100.

[1652a] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 15 de agosto de 1652, 101

[1652b] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 25 de agosto de 1652. AGI, Lima, 101.

[1653] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 14 de agosto de 1653. AGI, Lima, 168.

[1654] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Chanduy, 25 de diciembre de 1654. AGI, Lima, 101.

[1655] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. Lima, 10 de septiembre de 1655. AGI, Lima, 101.

[1662] El virrey conde de Santisteban a S.M. Lima, 11 de noviembre de 1662. AGI, Lima, 63.

[1664] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a Francisco Antonio Manzolo. Potosí, 3 de febrero de 1664. AGI, Lima, 280.

[1666] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. La Plata, 7 de agosto de 1666. AGI, Charcas, 125.

[1666] Carta de Pedro Vázquez de Velasco a S.M. La Plata, 19 de agosto de 1666. AGI, Charcas, 22, R. 6, N° 38.

[1668] Antonio Gaztelu a S.M. La Plata, 30 de septiembre de 1668. AGI, Charcas, 125.

[1704] Carta de la Audiencia de La Plata a S.M. La Plata, 31 de enero de 1704. AGI, Charcas, 200.

Biblioteca Nacional de Madrid

[1665] Carta de Pedro Vázquez de Velasco al virrey conde de Santisteban. La Plata, 20 de enero de 1665. Mss. 19699.

[1657] *Breve Epítome de la prodigiosa Vida, Muerte, y raras maravillas del Penitente, y Siervo de Dios el Venerable Padre Fray Pedro Urraca de la Santísima Trinidad, Hijo del Convento de Quito, y de esta Provincia de Lima, del Orden de Nuestra Señora de la Merced, Redención de Cautivos*. Escrita por su Confesor el Maestro Fray Francisco Messía, Calificador del Santo Oficio. Y dedicada a la Majestad del Rey Nuestro Señor Don Felipe IV el Grande, que Dios guarde. Lima, y Septiembre 20 de 1657. Mss. 9521, fs. 261v.-264v.

Archivo y Biblioteca Nacionales de Bolivia, Sucre

Audiencia de Charcas, Libros de Acuerdos, Tomo 8.

Archivo General de la Nación, Lima

[1652-53] Nicolás García, fs. 742-742v. Favián Fernández, fs. 623-623v.

PARA UN ESTUDIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN CHILE. PERÍODOS DE LA PATRIA VIEJA Y RECONQUISTA (1810-1817)

*Antonio Dougnac Rodríguez**

1. Aspectos constitucionales

El período de estudio que abarca el presente trabajo ha sido objeto de escasa atención por parte de los historiadores del derecho, razón que me ha movido a investigarlo[1]. Tarea esta que no es fácil dado que —al producirse la vuelta al poder de los elementos absolutistas en 1814— voluntariamente se destruyó todo material que pudiese incriminar a quienes habían participado en las tareas libertarias. Por consiguiente, contamos con muy pocos documentos que nos habiliten para apreciar el real funcionamiento de las instituciones noveles. Con todo, una aproximación a ello, como la que ofrezco en estas páginas, no se ha hecho hasta ahora. Dedico, pues, esta novedad, a nuestro homenajeado, Fernando de Trazegnies Granda.

Desde los primeros momentos del movimiento emancipador se observa la clara conciencia de hacer efectiva la separación de poderes, de acuerdo al entonces moderno pensamiento ilustrado. Es así cómo en el preámbulo del reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile del 14 de agosto de 1811 se declara abiertamente este intento: «El Congreso representativo del Reino de Chile convencido íntimamente, no solo de la necesidad de dividir los poderes, sino de la importancia de fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetos, se cree en la crisis de acreditar a la faz de la tierra su desprendimiento, sin aventurar en tan angustia premura la obra de la meditación más profunda […]» y en su artículo 9 declara que «la autoridad Ejecutiva no conocerá en causas de justicia entre partes, sino en las de puro Gobierno, Hacienda y Guerra».

---

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Chile. Ex presidente del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Miembro de la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho.

[1] Véase Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (1810-1814: 225-226).

Por su parte, el reglamento constitucional provisorio dado durante el gobierno cuya cabeza principal fue José Miguel Carrera, del 27 de octubre de 1812, prescribe en su artículo 5 que «ningún decreto, providencia u orden que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor serán castigados como reos de Estado». Solo valdrían, pues, en Chile, las sentencias de tribunales chilenos. Su artículo 17 disponía que «la facultad judiciaria residirá en los tribunales y jueces ordinarios. Velará el gobierno sobre el cumplimiento de las leyes y de los deberes de los magistrados, sin perturbar sus funciones. Queda inhibido de todo lo contencioso».

La jurisdicción residía en el pueblo soberano. Una convención celebrada el 12 de enero de 1812 entre los delegados de la junta de gobierno de Santiago y de Concepción Bernardo O`Higgins y Manuel Fernández Vásquez de Novoa señalaba en su artículo 1 que «la Autoridad Suprema reside en el Pueblo Chileno. Todos los individuos encargados del Gobierno, todos los funcionarios públicos reciben del pueblo la jurisdicción que tienen. Ellos son sus mandatarios y servidores, y las deben responder de su conducta y operaciones»[2]. Más tarde, el 19 de agosto de 1813 la junta de gobierno que ostentaba el mando se refería a «los recursos extraordinarios interpuestos a la soberanía con arreglo a lo establecido por el alto Congreso […]»[3]. Respecto de la soberanía, la misma convención de 1812 antes aludida estableció en su artículo 16 esta grave norma, preñada de presagios federalistas: «Residiendo la soberanía en el pueblo, el de cada Provincia la tiene en su territorio y ninguna tiene derecho para exigir de la otra sumisión y diferencias perjudiciales, hijas de la tiranía».

Muy poco expresa sobre el poder judicial el reglamento para el gobierno provisorio del 17 de marzo de 1814, de corta duración. El apremio de tiempo con que fue hecho, cuando las fuerzas realistas estaban ganando cada vez más terreno, motivó que sus disposiciones se centraran en el ejecutivo unipersonal —director supremo— y los escasos límites que sus funciones tendrían.

Se conserva el sistema tradicional indiano del juicio de residencia de las autoridades. El reglamento de 1812 hace referencia solo al juicio de residencia que se incoaría a los vocales de la junta de gobierno; pero se subentendía que las demás autoridades también estaban sujetas a este trámite acostumbrado así como al sistema de visitas.

[2] Boletín (1898: 149).

[3] Boletín (1898: 279).

2. Tribunales

En lo no entregado al conocimiento de los nuevos tribunales creados se utilizaba el sistema judicial indiano, esto es, intendentes, subdelegados, alcaldes ordinarios, tribunal de minería, tribunal del consulado, etcétera. Los tribunales que ahora aparecen son: el tribunal de apelaciones, el tribunal supremo judiciario y el juez mayor de alta policía. Hay, también, algunas normas particulares relativas a los intendentes.

a) Tribunal de apelaciones

Con ocasión del motín de Figueroa[4], se deshizo la Real Audiencia. Según relata José Miguel Carrera en su *Diario*, esta fue suspendida en sus funciones el 2 de abril de 1811 y «posteriormente fue desterrada a diversos puntos; a excepción de Concha, todos los demás consiguieron pasaporte para Lima. Ellos debieron seguir la suerte de Figueroa [el patíbulo], pero o no descubrieron o no quisieron descubrir sus crímenes, por no ensangrentar más la revolución». Miembros de la audiencia eran entonces Manuel de Irigoyen, bonaerense; José de Santiago Concha, decano y José Santiago Martínez de Aldunate, chilenos; Félix Basso, barcelonés; y el regente Juan Rodríguez Ballesteros, andaluz[5].

El 6 de abril renunció a su cargo Aldunate, quien se desempeñaba como oidor y alcalde de corte desde 1797. Adujo reumatismo y enfermedad a la vista; solicitó se declararan los honores «a que me contemplare acreedor a mis servicios, como igualmente aquella cuota alimentaria que se estimare de justicia», recordando que esta era de dos tercios o la mitad del sueldo en ejercicio[6]. El 9 de abril se le aceptó tal renuncia dándosele licencia para pasar al Perú «y sobre los honores y sueldos que puedan quedarle y a que termina igualmente su súplica, se proveerá oportunamente: [Fernando Márquez de la] Plata, [Juan Martínez de Rozas] Rozas, [Ignacio de] Carrera, [Francisco Xavier] Reina, [Juan Enrique] Rosales, Juan José Aldunate, doctor [Gaspar] Marín, secretario»[7].

El 24 de abril de 1811 en atención a «su oposición manifiesta al actual sistema de gobierno» y procurando mantener la paz «ha resuelto la junta que se separen de sus empleos el señor regente don Juan Rodríguez Ballesteros y el señor decano don José de Santiago Concha. Que por ahora se retire el primero a San Fernando

---

[4] Que intentó impedir la elección de diputados por Santiago al primer Congreso Nacional.

[5] *Archivo del General José Miguel Carrera* [en adelante Arch. JMC]. (1992: 279-280).

[6] Arch. JMC (1992: 316), Colección de *Historiadores de la Independencia* [en adelante, CHI] (tomo 19: 345-346).

[7] Arch. JMC (1992: 320) y CHI (XIX: 347).

y el segundo a La Ligua, verificando ambos su salida en el preciso término de tres días; y que interinamente y hasta nueva providencia, a cada uno por modo de alimentos se les señale 150 pesos mensuales […]». Plata, Rozas, Carrera, Reina, Rosales, Aldunate, Marín (secretario), Argomedo (secretario)»[8]. Al primero, por petición suya, se le permitió cumplir el extrañamiento en Melipilla[9]. El sino de la Real Audiencia de Chile en 1811 es similar al de la de Buenos Aires, cuyos oidores fueron separados de sus cargos el 22 de junio de 1810 siendo deportados, junto con el virrey Cisneros, a Canarias. Únicamente quedó en Buenos Aires el octogenario regente Muñoz y Cubero.

Los miembros del tribunal de apelaciones que substituyó a la Real Audiencia fueron designados por la junta de gobierno, integrada, además, por los diputados elegidos al Congreso Nacional el 13 de mayo de 1811. Ellos fueron Francisco Cisternas (decano); Francisco Antonio Pérez[10] (subdecano), Lorenzo José de Villalón[11] y Juan de Dios Gazitúa[12]. Dice de ellos el cronista de marcada tendencia realista Manuel Antonio Talavera: «Estos tienen el título, no de oidores sino de alcaldes de corte. No gastan el ropaje o toga, sino que asisten vestidos de negro. Tienen de dotación $ 2.500 anuales, y la asistencia a las propias horas del tribunal. Aquí se les da el tratamiento de Señoría y no otro, y afuera el de cualquier particular. Para juez de alzadas, salió electo don Francisco Cisternas, y este mismo se llama Presidente de Sala. No por esto tiene jurisdicción alguna como el señor regente, y solo le sirve el título para lo que es la distribución diaria y el gobierno económico del tribunal[13].

El decano Francisco Cisternas presentó su renuncia por enfermedad en los primeros días de junio de 1811, la que fue acogida por la junta de gobierno. Quedaron solo tres integrantes, que el 21 de junio de ese año se quejaban ante la junta por el exceso de trabajo que les agobiaba:

> Ha tenido VS. a bien avisar a este Tribunal por oficio del 18 del presente la renuncia que hizo del empleo de Decano el lic. Francisco Cisternas. Ya este Ministro por sus habituales enfermedades hacía muchos días que no concurría el despacho y su falta perjudicaba al público en aquellas causas en que por razón del destino que antes tenían los Ministros se hallan legalmente impedidos […].

---

8 Archivo Eyzaguirre (volumen 19: 7), Arch. JMC (volumen 1: 328).

9 Talavera (tomo 19: 282), Arch. JMC (tomo 1: 328).

10 Francisco Antonio Pérez y Salas había sido secretario de la Academia Carolina de Práctica Forense en 1791, y en 1793 se había desempeñado como fiscal de ella: Archivo Nacional Real Audiencia (volumen 1646: 5; volumen 1649: 6; volumen 1668: 3).

11 Nacido en 1760 y fallecido en 1827, relator de la Real Audiencia desde 1802 y camarista en 1817.

12 Boletín (1898: 115-1169), CHI (tomo 19: 362-364), Letelier (1887-1908: 20), Arch. JMC (tomo I: 334-335).

13 CHI (XXIX, 303), Arch. JMC (tomo I: 336).

> Por otra parte concurre los muchos Juzgados que están a nuestro cargo, que por tres solos difícilmente pueden desempeñarse y cuya consideración tuvo VE. presente al tiempo de la creación de este Tribunal. Por lo que parece urgentísimo la provisión de aquella Plaza para el mejor servicio público y desempeño de las funciones de nuestro cargo. Santiago, 21 de junio de 1811[14].

La junta no designó nuevo ministro limitándose a nombrar dos conjueces: los licenciados Pedro José González y José Astorga, lo que fue comunicado al tribunal el 23 de junio de 1811. A principios de octubre fue designado decano Fernando Márquez de la Plata, antiguo regente, provisto consejero de Indias.

También hubo problemas con Francisco Antonio Pérez, quien pasó a desempeñarse como miembro de la junta, y con Juan de Dios Gazitúa, cuya enfermedad lo llevó a retirarse siendo designado en su reemplazo, el 24 de mayo de 1813, el licenciado Ignacio Godoy, asesor de la intendencia de Concepción. El 12 de julio de ese mismo año reemplazaba a Francisco Antonio Pérez el licenciado Gabriel José de Tocornal[15].

La competencia de este tribunal quedó aclarada por decreto del 19 de junio de 1811, que le reconoció la misma que había tenido la Real Audiencia: «Vista la anterior consulta del Tribunal de Justicia y Apelaciones y lo expuesto por el Ministerio Fiscal, se declara: que dicho Tribunal en el punto consultado, como en los demás casos ocurrentes, debe ajustarse a lo dispuesto por las leyes y la práctica observada hasta aquí». Tanto continuó con las atribuciones de la audiencia, que conoció de casos de corte; tuvo juzgado mayor de provincia —que solo termina por el artículo 17 del capítulo III del título V de la Constitución de O'Higgins de 1818—; formó sala de ordenanza para conocer de asuntos de hacienda, etcétera[16].

El reglamento constitucional del 14 de agosto de 1811, después de referirse al ramo de guerra, estableció en su artículo 6 que:

> […] en los demás ramos hará la provisión el Ejecutivo 'a consulta de los Jefes' y las de estos [viz. integrantes del Tribunal de Apelaciones en el caso de administración de justicia] las pasará en ternas para que vea si están o no arregladas a la ley, el que las devolverá con su declaración, que será última, para que a nombre del Rey libre el Ejecutivo los respectivos despachos que contendrá en su relato y a la letra la resolución del Congreso, pasándose igualmente y para el propio fin los decretos de empleos, cuya dotación exceda de $ 400 anuales.

---

[14] Archivo Real Audiencia (volumen 3012: 1).

[15] Todos estos personajes continuarán desempeñando funciones judiciales durante la República, lo que muestra la continuidad del sistema en este aspecto de la administración pública.

[16] Barrientos Grandon (1990: 485 y 486).

Acerca de la constitución y funcionamiento de este tribunal de apelaciones no cabe la menor duda. A él se refieren diversas disposiciones dictadas desde 1811 en adelante. La primera actuación documentada de este tribunal corresponde al 29 de mayo de 1811, o sea, dieciséis días después de haberse nombrado a sus integrantes y consistió en una consulta dirigida a la junta gubernativa sobre el estilo que habrían de observar respecto de las causas en que estuviesen implicados. El reglamento para el despacho de las causas de hacienda, del 27 de agosto de 1812, expresa en su artículo 3 que el regente, que antaño debía integrar la junta de Hacienda, se subrogaría por el decano del tribunal de apelaciones y el oidor más antiguo por el tercer ministro del tribunal de apelaciones[17]. Por resolución del 12 de octubre de 1812, se designa a un ministro del tribunal de apelaciones que, por turno, revisase la *Aurora de Chile*[18], pues debía «conciliarse el libre ejercicio de las facultades del hombre con los derechos sagrados de la religión y el estado»[19]. Al establecer el reglamento constitucional de 1812 en su artículo 11 el juicio de residencia a los vocales de la junta de gobierno señala que de él conoce un tribunal compuesto por el Senado al que se une el tribunal de apelaciones. «El Senado residenciará a los vocales de la junta y los juzgará en unión del tribunal de apelaciones. Cualquiera del pueblo podrá acusarlos por traición, cohecho y otros altos crímenes; de los que siendo convencidos, los removerá el mismo Senado, y los entregará a la justicia ordinaria para que los castigue según las leyes». En resolución del 19 de agosto de 1813 se nombra a los miembros del supremo tribunal judiciario, señalando que este alto tribunal funcionaría por las tardes en la sala del tribunal de apelaciones[20]. Hay, por lo demás, constancia de diversos juicios en que intervino[21].

Con ocasión de la llegada a Buenos Aires de Antonio Caspe, oidor provisto para la Real Audiencia de Chile y de sus pretensiones de pasar a este reino, el Congreso le comunicó el 27 de julio de 1811 la «resolución tomada de conferir los empleos públicos a los naturales del Reino en quienes descansa mejor la confianza por el práctico conocimiento que de ellos tienen»[22]. Era esta una vieja aspiración de la que se había venido hablando desde el siglo XVII[23].

---

[17] Boletín (1898: 173).

[18] Primer periódico impreso en Chile gracias a una imprenta que se trajo desde Estados Unidos de Norteamérica. Al efecto, G. Feliú Cruz editó *Cartas de un tipógrafo yanqui,* libro referido a las producidas por Samuel Johnston.

[19] Boletín (1898: 174-175).

[20] Boletín (1898: 280).

[21] Archivo Nacional Real Audiencia (volumen 3229).

[22] Colección de Historiadores y de documentos relativos a la Independencia de Chile (tomo 19: 365).

[23] Véase Zapata Sandoval (1609), en que postula el mejor derecho de los indianos a los cargos públicos en sus respectivos distritos.

Ante el avance del ejército de Mariano Osorio, el gobierno dispuso el 7 de marzo de 1814 el cierre de todos los tribunales, situación que duró hasta el 21 del mismo mes. En agosto de ese año la junta presidida por José Miguel Carrera hizo cesar a todos los ministros del tribunal salvo el licenciado Ignacio Godoy:

> Habiendo excedido el término del despacho de ese Tribunal, los individuos que lo componen han sido separados en los términos que expresa el decreto que se acompaña a V.I. Ya pueden retirarse de tan penosa fatiga al cuidado de sus familias y al incremento de sus intereses abandonados acaso por esa ocupación. Llevan en sí el reconocimiento de la Patria y las atenciones del Gobierno.

Cuando la referida junta de gobierno integrada por Carrera, Julián Uribe y Manuel Muñoz Urzúa designa el 9 de agosto de 1814 a los miembros del tribunal de apelaciones les expresa «que recibiendo el oficio de su nombramiento y puestos en posesión, procederán al despacho de segunda instancia de las causas contenciosas por que tanto claman los interesados». En esa oportunidad fueron designados miembros de dicho tribunal Bernardo Vera y Pintado, Ignacio Godoy y Videla[24], Lorenzo Fuenzalida y José Vicente Aguirre «que recibiendo el oficio de su nombramiento y puestos en posesión, procederán al despacho de segunda instancia de las causas contenciosas por que tanto claman los interesados»[25]. Vera renunció:

> Santiago, 11 de agosto de 1814. Admítese al ciudadano Dr. don Bernardo Vera la renuncia que hace del nombramiento de *Colega del Tribunal de Apelaciones*, que se compondrá en adelante de *solo tres individuos*. El señor Fernando Márquez de la Plata [y Orozco] por sus dilatados servicios queda jubilado con *dos mil pesos libres de todo descuento*, sea cual fuese su nominación. El Dr. Vera suplirá la falta de cualquiera de los colegas. Tómese razón de este decreto; transcríbase a los interesados e imprímase para noticia del público. Carrera. Uribe. [Manuel] Rodríguez, Secretario.

Con esta composición, a la que se suma el doctor José Tadeo Mancheño como fiscal y el licenciado Juan Francisco Meneses como relator[26] se mantuvo en funciones el tribunal de justicia y apelaciones hasta la segunda semana de octubre de 1814, en que los patriotas abandonaron Santiago ante el avance de las fuerzas de Mariano Osorio[27].

---

[24] Godoy y Videla (1763-1822), había sido teniente letrado asesor interino de la intendencia de Concepción en 1797 y fue más tarde camarista nombrado en 1817.

[25] Boletín (1898: 356).

[26] Lo había sido interinamente, por nombramiento de junio de 1811, el licenciado Lorenzo Fuenzalida. Archivo Real Audiencia (volumen 3012: 2, *Libro borrador de comunicaciones enviadas 1811-1814*, sin foliar).

[27] Boletín (1898: 357), Bravo Lira (1976: 108), Barrientos (1990: 484).

b) Tribunal supremo judiciario

Con fecha 4 de octubre de 1811 fue dictado el reglamento provisional para el entable, substanciación y término de los recursos de injusticia notoria, segunda suplicación y otros extraordinarios. Ya se ha hablado sobre tales recursos. Esta normativa es atribuible al grupo exaltado que había pasado a controlar el Congreso desde el golpe que habían dado los Carrera el 4 de septiembre de 1811. Su fundamentación se encuentra en su artículo 1 que rezaba: «Variadas las circunstancias de la administración pública en la crisis política del día, es consiguiente variar la forma de los recursos, que antes arrastraban al litigante a una distancia inmensa. Por cuyo medio, tendrá hoy este la satisfacción de verlos terminados en su propia patria y por magistrados de sus mismos conciudadanos»[28].

Las nuevas disposiciones se aplicaban a las causas nuevas; y a las dirigidas «a la península y [que] quedaron pendientes en la época crítica de su revolución [—se refiere a la invasión napoleónica—]; pero no tendrán lugar recursos de sentencias o juzgamientos que antes no se hayan reclamado».

Correspondía el conocimiento de tales recursos a un tribunal compuesto de «tres jueces letrados, individuos del Alto Congreso, que hará privativamente su nombramiento; y, faltando de aquella calidad, caerá este en vocal de la Junta Ejecutiva, del Tribunal de Justicia y Apelaciones, o en otro letrado de concepto público, con tal que en este y cualquier otro caso haya, al menos, un vocal de la autoridad suprema que presida y autorice el Tribunal». Nos hallamos ante una particular posición del primer Congreso Nacional, que tenía —desde la dictación del reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria del 14 de agosto de ese año— la proclividad a inmiscuirse en toda actividad pública.

Permanecerían en funciones los integrantes del tribunal supremo judiciario y su fiscal hasta la disolución del Congreso «o que ulteriores ocurrencias exijan variarla». «Tratamiento de alteza, en cuerpo o sala; fuera, ninguno. Renta, el conocimiento patriótico a que la buena administración de justicia les haga acreedores» (artículo 4).

Integraron este supremo tribunal tres vocales —Juan de Dios Vial del Río[29], José María Rozas y Joaquín Echeverría— y como suplentes, Juan José Echeverría e Hipólito Villegas. Fiscal, Bernardo Vera y Pintado, sin más renta «que el reconocimiento patriótico con que la buena administración de justicia los haga acreedores».

---

[28] Boletín (1898: 125).

[29] Dougnac Rodríguez (2005a: 269-329).

Bernardino Bravo Lira[30] se adhiere al parecer de Alejandro Lira Lira[31], según el cual los intentos por establecer un supremo tribunal de justicia entre 1811 y 1823 habrían quedado en el papel funcionando en cambio comisiones especiales. «No puede decirse pues, puntualiza Lira, que esas comisiones o tribunales ad hoc, con su estrechísima esfera de atribuciones por respetables que se las considere merezcan el título de genuinos antecesores de la Corte Suprema de Justicia».

El 19 de agosto de 1813

> […] a fin de poner expeditos los recursos extraordinarios interpuestos *a la soberanía* con arreglo a lo establecido por el alto Congreso, y para evitar los notables y urgentes perjuicios, que reclaman tantos interesados, decreta el Gobierno, con acuerdo del Senado, que el *Supremo Poder Judiciario* interino lo compongan y sean jueces de él los doctores don Pedro José González, don Jaime Zudáñez y el licenciado don José Antonio Astorga, y que sus implicancias, ausencias o enfermedades se suplan por el doctor don Bernardo Vera, don Agustín de Vial y don José María Villarreal, cuyo auxilio extraordinario cree el Gobierno no embarazará las graves comisiones del primero y las continuas tareas de los otros. En los *recursos militares* conocerá el señor Presidente en turno, en lugar de don José Antonio Astorga. Será *relator* el que lo ha sido en los tribunales de quienes se hace el recurso, percibiendo los derechos de revista. Solo se oirá el *dictamen fiscal* cuando el Supremo Poder lo hallare por muy necesario, y en este caso lo será uno de los fiscales que no esté implicado; en su defecto, los subrogará el mismo Poder. El *honorario* de los jueces será el acordado, de que se les mandará copia el día de la posesión y juramentos, y el despacho lo verificará por las tardes en la sala del Tribunal de Apelaciones y por las Secretarías y oficiales de su Cámara, entendiéndose que este decreto no debe perjudicar los ulteriores reglamentos en que trabaja el Gobierno sobre la economía judicial y sus recursos. Páseseles el correspondiente oficio, citándolos para prestar su juramento el *23 del corriente*, y publíquese en *El Monitor*. [Francisco Antonio] Pérez. [Agustín de] Eyzaguirre. [Juan] Egaña[32].

c) Juez mayor de alta policía

El motín de Tomás de Figueroa puso en peligro el movimiento emancipador. De ahí que se tuvieran que tomar medidas para evitar nuevos acontecimientos de esa naturaleza. Se dictó así un reglamento[33] que disponía en su artículo 1: «Habrá un juez mayor de alta policía y seguridad pública, superintendente y director de la policía económica a cuya jurisdicción e inspección estén sujetos los

[30] Revista de Derecho Público (Números 19-20: 99).

[31] Argomedo (1934: 136, nota 1).

[32] Boletín (1898: 279-280).

[33] Boletín (1898: 210-215).

funcionarios y subalternos de policía en lo relativo a este ramo». En realidad, en materia de justicia criminal solo le competía conocer de las primeras diligencias en los juicios criminales, siendo bastante pequeña su competencia civil como se verá en seguida.

Además de sus funciones de ornato[34], resguardo de la tranquilidad civil y de prevención de delitos contra el gobierno, «en la parte criminal la tiene [jurisdicción] igualmente para examinar los procederes, asegurar las personas y sus bienes, conservar la tranquilidad —si las materias son graves—; pero todo esto hasta la formalización del sumario el que, concluido y tomadas todas las providencias de precaución y seguridad, lo pasará con informe a los respectivos tribunales, a quienes toca juzgar la persona o delito, para que estos procedan al curso ulterior de la causa hasta la sentencia y ejecución».

La «jurisdicción económica» del juez superintendente se extiende a toda la capital y suburbios; «y la de vigilancia y seguridad por todo el Reino en los casos de delitos contra la patria pudiéndose valer, ya de las justicia ordinarias, o ya de comisarios aprobados por el Gobierno, sin que esta disposición altere la jurisdicción ordinaria de las justicias locales y la exacta diligencia que les corresponde». Tales autoridades debían «dar parte al Gobierno (sin perjuicio de sus procedimientos) para que este, si lo halla conveniente, instruya al superintendente de policía y le ordene las medidas que debe tomar». Este reglamento presenta bastantes similitudes con el relativo al tribunal de vigilancia pública o de seguridad pública bonaerense de 1811.

Una de las pretensiones del «pueblo» reunido en cabildo abierto el 16 de noviembre de 1811 a instigación de Juan José Carrera y dirigida al Congreso el 17 de noviembre de 1811, fue la consignada en el punto 2: «Que representen [al Congreso los diputados del cabildo] las urgentes necesidades en beneficio de la salud de la patria, de juzgar sumariamente a don Andrés García, don Santiago Azcacíbar, don Nicolás Chopitea[35] y su sobrino don Manuel Talavera, don Manuel y don Francisco Aldunate, don Manuel Rodríguez, don José Vildósola, don Fernando Cañol, don Ramón Rebolledo, don Francisco de la Carrera, don Agustín Alcérreca[36] y el fraile Ignacio Aguirre por perturbadores y atentadores contra el sistema y autoridades constituidas. Que inmediatamente se siga causa contra los que el día de ayer se arrojaron a pedir la reposición del antiguo Gobierno, entre los que se distinguieron don Fernando Cañol, don Tadeo y don Manuel Fierro,

[34] En que propiamente realizaba labores de policía, esto es, de cuidado de la polis.

[35] Sobre Pedro Nicolás de Chopitea, véase Piwonka (1999-2000: 101-166).

[36] Letelier (1887-1908) pone Albrerreca en vez de Alcérreca.

don Rafael Garfias, don Manuel Talavera, y otros, imponiéndoles castigos severos para que sirva de escarmiento».

Parece entenderse que lo pedido es que se los haga juzgar por la autoridad competente. La petición 3 da una pista sobre cuál es esta: «Que el Poder Ejecutivo pida en el día la causa formada contra los patriotas antes del cuatro de setiembre»[37]. Lo dicho queda de manifiesto en el oficio dirigido por el Congreso a la junta de gobierno el 20 de noviembre de 1811:

> La acusación de delitos contra el gobierno y sus respectivos juicios deben absolutamente exponerse y verificarse en la magistratura de V.E.; y siendo de esta clase las peticiones del cuerpo y cuerpos militares, en que se proponen como sindicados de contrarios al actual sistema varios sujetos que comprende la copia adjunta de peticiones, tratará V.E. a la mayor brevedad de formalizar y concluir estas causas con arreglo a las leyes del reino[38].

Es de notar que hay antiguas normas sobre tumulto, asonadas y conmociones populares, que datan algunas de 1432, 1436, 1438 y 1462 incorporadas a *Rec. Cast*. 8, 15, 4 y 5 y 8, 22, 6. A ello se agregaron disposiciones de Carlos III, de 1766 y 1774, que se encuentran en el título XI del libro 12 de la *Novísima Recopilación.* La norma de 12, 11, 4 de este cuerpo legal da competencia a las justicias ordinarias: «He tenido a bien declarar [dice Carlos III en 1766], que en las incidencias de tumulto, motín o conmoción o de orden popular, o desacato a los Magistrados públicos, nadie goce fuero de la clase que fuere, y todos estén sujetos a las Justicias ordinarias o a los Delegados del Consejo si entendieren por especial comisión […]». Lo mismo es reiterado por el propio Carlos III en pragmática de 1774: «Declaro que el conocimiento de estas causas toca privativamente a los que ejercen jurisdicción ordinaria: inhibo a otros cualesquiera jueces, sin excepción de alguno por privilegiado que sea: prohíbo que puedan formar competencia en su razón: y quiero que presten todo su auxilio a las Justicias ordinarias»[39]. Por lo visto, se consideraba que la justicia ordinaria que debía conocer de estos delitos era la junta ejecutiva.

El cabildo abierto recién citado solicitó el nombramiento de José Manuel Astorga como juez de policía «para que atienda al aseo de las calles de esta ciudad y demás anexo […][40].

El reglamento de policía de 1811, inserto en la *Aurora de Chile*, permitió que la junta integrada por Francisco Antonio Pérez, José Miguel Infante y Agustín

---

[37] Letelier (1887-1908, tomo I: 187).

[38] Letelier (1887-1908, tomo I: 190).

[39] *Nov. Rec*. 12, 11, 5, no. 2.

[40] Letelier (1887-1908, tomo I: 191).

de Eyzaguirre nombrase el 24 de abril de 1813 como juez mayor de policía a Martín Calvo Encalada. Es contemplado ahí como juez lego por lo que se le nombra un asesor: el licenciado Agustín Vial. Ganaría $ 1.200 anuales y su asesor, $ 300 (artículo 7). Es considerado miembro nato del cabildo y en sus enfermedades sería reemplazado por el alcalde de segundo voto (artículo 16). Su cargo era compatible con el de cabildante (artículo 17). Expresa el reglamento que «la superintendencia de policía no es una magistratura de pura dignidad; es la ejecución y el brazo activo del gobierno y su subdelegado inmediato». Más adelante expresa: «Tendrá el tribunal que le señale el Gobierno; pero su casa y todos los puntos de sus atenciones lo son competentes para las providencias que deba dar» (artículo 16).

Al año siguiente, el 11 de agosto, la junta de gobierno compuesta por Carrera, Uribe y Muñoz y Urzúa nombró como juez mayor de alta policía al doctor José María Pozo[41], el que fue reemplazado por decreto del 17 de septiembre de 1814 por el doctor Bernardo Vera y Pintado:

> Por cuanto hoy más que nunca exigen las circunstancias de nuestros negocios públicos el establecimiento de la Magistratura de Policía bastantemente autorizada, concurriendo en el Dr. don Bernardo Vera todas las calidades apetecibles para el empleo de *juez mayor* de este ramo, desde luego *se le confiere la facultad de sentenciar las causas de Estado y demás de su resorte*, remitiéndolas antes de su publicación al Gobierno para su *aprobación*. La seguridad interior y del Sistema de la Patria es el objeto de este Ministerio. Así será de su incumbencia tomar todas las medidas conducentes a este fin y hacer el *nuevo nombramiento de Prefectos e Inspectores* de confianza que noticiará a este Superioridad para su confirmación. La exigirá previamente en los bandos que estime necesario promulgar. En lo demás subsiste el *Reglamento* sobre la materia; y conforme a él le serán guardados todos los honores y privilegios que le corresponde. Tómese razón y dése la competente en *El Monitor* con lo que se tendrá por circulado. Dado en Santiago a 17 de septiembre de 1814 con las armas de la patria y refrendado por la Secretaría de Gobierno. José Miguel de Carrera. Julián Uribe. Manuel de Muñoz y Urzúa[42].

Entre las actuaciones de Vera como juez mayor de policía se encuentra un proceso iniciado el 27 de septiembre de 1814 (y terminado dos días después) contra Romualdo Antonio Esponda por haber confeccionado una bandera española. El juicio se siguió de acuerdo a la normativa existente para los del crimen, con audiencia del Ministerio Público, representado por José Manuel Barros Fernández, y culminó con la condena de Esponda a quemar la bandera y a sufrir doscientos

[41] Boletín (1898: 357).

[42] Boletín (1898: 370).

azotes. La sentencia fue aprobada por la junta de gobierno que aclaró que la infamia que ella envolvía no era «trascendental a la familia»[43].

Se observan en las nuevas disposiciones de 1811 y 1813 las siguientes autoridades: juez mayor de alta policía y seguridad pública, superintendente y director de la policía económica, prefectos —denominados así en 1813 y llamados inspectores en el reglamento de 1811— (a cargo de los antiguos cuarteles), alcaldes de barrio —llamados inspectores en 1813—. Eran nombrados por el gobierno a propuesta del cabildo[44]. Santiago estaba dividido, igual que en el período indiano, en cuatro cuarteles. En cada uno de ellos habría ahora un prefecto (que en el reglamento de 1811 se llamaba inspector), que equivalen a los antiguos alcaldes de cuartel establecidos por autoacordado de 1778.

Los «inspectores» del reglamento de 1811 o «prefectos» del de 1813,

> […] son subalternos y delegados del superintendente, y los alcaldes de barrio lo son igualmente de sus inspectores. Estos alcaldes tienen una especie de jurisdicción domestica y familiar en los pequeños negocios de su barrio, cuidan inmediatamente de su conducta, costumbres, policía, seguridad y tranquilidad. Cada barrio forma una familia social, donde los vecinos observen mutuos deberes de beneficencia, cordialidad, etcétera, cuidando sus alcaldes de separar todas las personas viciosas, vagas o sin destino. Los alcaldes podrán conocer en demandas civiles hasta doce pesos, y en las de pequeños agravios. Los inspectores (que también serán alcaldes de su respectivo cuartel) tienen en grado más eminente la jurisdicción de los alcaldes y pueden conocer en demandas civiles de cien pesos. (Artículo 11 del reglamento de 1811).

Si uno compara tales autoridades con la regulación que de otras similares se dispusiera en México el 7 de diciembre de 1782, advertirá un similar tratamiento. Dice, por ejemplo, la normativa mexicana: «el cargo de estos alcaldes [de barrio] es, en realidad, el de padres políticos de la porción de pueblo que se les encomienda y sus oficios deben corresponder a este meritorio carácter»[45]. Trátase, pues, de órganos concebidos dentro de la Ilustración.

Se mantienen en el reglamento varias disposiciones de antigua raigambre como por ejemplo, la obligación de dar aviso al alcalde de barrio de los huéspedes que se recibiera. También hay una norma sobre los sirvientes, que es similar a una relativa a los mineros en las ordenanzas de Huidobro: «El que admite en su casa un sirviente sin papel, en que el anterior amo, y en defecto de este, el alcalde de aquel barrio expongan su conducta, es responsable a las deudas que haya contraído dicho sirviente con el amo anterior» (artículo 12)[46].

---

[43] Matta Vial (1918: 430).

[44] Boletín (1898: 210-215).

[45] Dougnac Rodríguez (1994: 211).

[46] Boletín (1898: 213-214).

También se observa influencia ilustrada en el tratamiento de varias materias:

> […] los delincuentes, vagos, ociosos, mendigos, así como el aseo y comodidad, rondas oportunas, alumbrado de calles, establecimiento de serenos y otras muchas disposiciones benéficas que deben ser el objeto y cuidado de la policía, se irán practicando, ya con el examen de los anteriores bandos de buen gobierno, ya con la experiencia del superintendente, que no dispensará oportunidad de proponer al gobierno todas las medidas de comodidad y seguridad pública.

Se le da mucha importancia a las diversiones públicas como manera de civilizar:

> […] ocupará un lugar preferente entre sus cuidados el promover aquellas diversiones públicas que tanto contribuyen a civilizar e instruir la juventud, a entretener útilmente y distraer del ocio y fastidio, que trae la inquietud y fomenta los vicios, y que por eso en todas partes se protegen por los gobiernos celosos de la buenas costumbres.

Es muy posible que tal referencia a las costumbres provenga de Juan Egaña quien, en la IX Ilustración a su proyecto de constitución de 1811 sobre *¿Qué virtudes y costumbres deben excitarse en este país, y de qué vicios preservarse?* expresaba:

> […]. Las diversiones públicas y privadas deben dirigirse a inspirar amor a la Patria y a la Constitución. Siempre deben tener algún objeto conocido e interesante, como entre los griegos y los chinos. La frivolidad e insignificancia de nuestros saraos nos induce a procurarnos el placer en el juego y la disolución, porque nada nos habla al alma. Unas diversiones bien arregladas y establecidas son capaces de aumentar el ingenio y la energía física, casi tanto como la educación. Aun nuestras pasiones desarregladas pueden conducirlas la ley a la felicidad pública; v. gr., el lujo a la magnificencia de las comodidades públicas, a hacer uso de la industria nacional, &c. Un buen código de leyes, decía el gran Platón, debe ser un tratado de moral. Este y todos los Griegos siempre creyeron también, que la música, sobre todos los placeres, era la que más contribuía a formar el físico y moral del hombre, el valor, la virtud, el respeto a la religión, las gracias de la modestia, las afecciones internas, que lejos de enervar el alma, le dan cierto grado de elevación, y aun las nociones y de lo justo y de lo injusto. Lo cierto es que los griegos, jueces los más excelentes en esta materia, creían que una mudanza en la música podría influir grandemente en la alteración de un Gobierno. Los chinos jamás tienen una música insignificante; y uno de los mayores cuidados de cada Dinastía es establecer alguna música análoga al sistema de su política particular. Ellos se asombran y no acaban de comprender ni de gustar nuestra música sin objeto y sin dignidad.

Cita al efecto a Platón, en el *Tratado de las Leyes* y a Likoangti, doctor chino inserto en las *Variedades literarias*[47].

[47] Briseño (1848: 348).

3. Auxiliares de la administración de justicia

No se observan en este período normas generales sobre escribanos: solo se hace referencia a la participación necesaria de estos, en cuantos ministros de fe, en diversos actos administrativos. Tampoco se encuentran disposiciones relativas a los defensores de menores. Igualmente, no habiendo norma especial sobre relatores, se aplicaban las ya existentes. Hay algunos nombramientos de ellos como cuando el 19 de agosto de 1813 la junta de gobierno, regulando los recursos extraordinarios, dispuso que sería relator el que lo hubiera sido en los tribunales *a quo,* percibiendo los derechos de revista y cuando la junta de gobierno, compuesta por Carrera, Uribe y Muñoz y Urzúa, mediante decreto del 11 de agosto de 1814 nombra al doctor Juan Francisco Meneses relator del tribunal de apelaciones[48].

El Ministerio Público no sufrió variaciones con el cambio de la Real Audiencia a tribunal de apelaciones. Hay referencia al fiscal en el reglamento constitucional de 1811 en cuyo artículo 10, al tratar de las causas de hacienda, expresa que estas «tendrán sus alzadas ordinarias en la junta de ella y en sala de ordenanza, y las de guerra por recurso de la ley de Indias, con la variación que en adelante formará la junta de hacienda el vicepresidente del Congreso, el ministro más antiguo del tribunal de justicia, contador mayor, ministro de Real Hacienda y fiscal, y la alzada de guerra, el mismo vicepresidente, subdecano del tribunal de justicia y auditor de guerra. Cabe recordar que en virtud de la ordenanza de intendentes del Río de la Plata de 1782, aplicable en Chile, la junta de Real Hacienda se componía del regente, fiscal de la audiencia, el ministro más antiguo de contaduría de cuentas, el ministro más antiguo contador o tesorero general de ejército y Real Hacienda. Su origen se hallaba en Rec. Ind. 8, 3, 8 y 2, 15, 159: presidente, oidor decano, fiscal, oficiales reales y un escribano. La junta de gobierno de 1814, integrada por Carrera, Uribe y Muñoz Urzúa designó fiscal del tribunal de apelaciones el 11 de agosto de ese año al doctor José Tadeo Mancheño[49].

Cuando el 4 de octubre de 1811 se crea el tribunal supremo judiciario que venía a reemplazar al consejo de Indias en el conocimiento de los recursos de injusticia notoria, segunda suplicación y otros extraordinarios, su artículo 3 estableció un fiscal cuya duración, así como la del propio tribunal supremo judiciario, sería hasta la disolución del Congreso «o que ulteriores ocurrencias exijan variarla». Solo se oiría el dictamen fiscal cuando el supremo poder lo hallare por muy necesario, y en este caso lo será uno de los fiscales que no esté implicado; en su defecto, los subrogará el mismo poder». Fungió en este cargo el doctor Bernardo

[48] Boletín (1898: 357).

[49] Boletín (1898: 357).

Vera y Pintado. Más tarde, en agosto de 1813, se procuró lograr celeridad en los recursos referidos lo que patentizan los artículos 12 y 13:

> Interpuesto el recurso, el indicado tribunal dará traslado a la parte y vista al ministerio fiscal. Dada esta en el de injusticia notoria, sin más sustanciación, se remitirán los autos originales, con el correspondiente oficio, a aquella autoridad; y en el de segunda suplicación, se mandará entrega al suplicante para que, dentro de cinco días continuos, funde el recurso, y oído en igual término su colitigante, se hará remisión del proceso con noticia de las partes.

El artículo 13 señalaba que:

> Pasado el proceso, el tribunal dará vista a su fiscal, y, con su dictamen, pedirá autos para declarar si hay injusticia notoria en los recursos de esta clase, o pronunciar sentencia en los de segunda suplicación; señalando, en uno y otro, el día de la relación, para que esta se concierte y suscriba por el relator y abogados de ambas partes, que podrán pasar un papel en derecho, *pero no asistir a informar en estrados, ni presentar nuevo documento.*

Un decreto del 28 de junio de 1813 sobre libertad de imprenta encargaba al ministerio público actuar contra los escritos en que se «expone la seguridad y tranquilidad públicas, la religión del Estado o el sistema de gobierno» (artículo 2).

Entre los integrantes del ministerio público en esta época puede mencionarse a: Aníbal Pinto Demaría (1811); Julio Prado Tagle (1811); Joaquín Tocornal Pérez (1812-1814); José Tadeo Mancheño (1814); Jorge Cea Santa María (1814-1817), quien recibió nombramiento de Mariano Osorio, y José Antonio Rodríguez Aldea, quien —aunque oidor de la Real Audiencia durante la reconquista— hizo el papel de fiscal de ella por largo tiempo mostrando una eficiencia jurídica indiscutible. En lo civil, pueden señalarse los nombres de Bernardino Lastarria Besoaín (1811), Demetrio Montero Carvajal (1813-1814) y Carlos Sotomayor Domínguez (1814-1817).

4. Subsistencia general del juicio civil indiano

Salvo en lo relativo a los recursos de injusticia notoria, nulidad y segunda suplicación, no se observan mayores cambios en la tramitación civil. Respecto del recurso de injusticia notoria se hicieron algunas variaciones en cuanto al depósito que se exigía y a la pena a que se condenaba al perdedor. Al efecto, Felipe V por disposición de 17 de febrero de 1700 había dispuesto que quien lo intentara debiera depositar cincuenta mil maravedís en arcas fiscales o dar fianza lega, llana y abonada hasta esa cantidad[50]. Por resolución del mismo rey, del 24 de abril de

[50] Aut. 6 tít. 20 lib. 4 *Rec. Cast*. y *Nov. Rec.* 11, 23, 1.

1703, se elevó el depósito a quinientos ducados[51] y para el caso de recursos contra tribunales del consulado, se subió, por real decreto del 28 de julio de 1773 y real cédula del 12 de agosto del mismo año, a mil ducados.

Tal suma se perdía si se rechazaba el recurso, pudiendo el consejo aumentar la pena. Esta se dividía por terceras partes: a) para la cámara; b) para los oidores de la Audiencia que había dictado la disposición recurrida; y c) para la parte contra quien se intentase[52]. Los pobres solo rendían caución juratoria. Los abogados podían ser multados si no probaban la injusticia que alegaban.

En Chile, por disposición del 4 de octubre de 1811 se mandó que la consignación o fianza fuera de mil pesos corrientes aun en juicios de comercio (artículo 7). La pena, por el artículo 8 quedó totalmente para el erario.

Respecto del recurso de segunda suplicación hubo también algunas modificaciones. Se encontraba regulado en el título 20 del libro 4 de la Rec. Cast. y en el título 22 del libro 11 de la Novísima Recopilación. Para él también se exigía depósito que, en virtud de la pragmática de Segovia, era de mil quinientas doblas. En disposición chilena del 4 de octubre de 1811 se la fijó en mil quinientos pesos; pero para asuntos de comercio se rebajó a mil «por consideración a tan importante gremio» (artículo 7).

Según las disposiciones indianas, los juicios en que podía interponerse este recurso debían ser solo aquellos que comenzasen en la audiencia o consejo y de una cuantía igual o superior a mil quinientas doblas[53]. El artículo 15 de la disposición chilena referida modificó las disposiciones tradicionales pues estatuye que, aunque el juicio se hubiese iniciado ante tribunales inferiores, procedería el recurso a menos que hubiese tres sentencias conformes. La disposición chilena citada fijó en su artículo 9 la cantidad mínima por la que procedería el recurso en tres mil pesos rebajando así los seis mil pesos de oro ensayado del sistema indiano. En juicios de propiedad, posesión y comercio bastaba que la suma discutida fuera de quinientos pesos según una abigarrada disposición del mismo artículo 9.

Se observa preocupación por lograr celeridad en los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación. Son bastante decidores los artículos 12 y 13 de la disposición aludida del 4 de octubre de 1811:

> Interpuesto el recurso, el indicado tribunal [el Tribunal Supremo Judiciario] dará traslado a la parte y vista al ministerio fiscal. Dada esta en el de injusticia notoria, sin más sustanciación, se remitirán los autos originales, con el correspondiente oficio, a aquella autoridad; y en el de segunda suplicación, se mandará entrega

[51] Aut. 7 tít. 20 lib. 4 *Rec. Cast*. y *Nov. Rec*. 11, 23, 2.

[52] Novísima Recopilación 11, 23, 1.

[53] *Ordenanzas de Madrid* de los Reyes Católicos de 1502: *Rec. Cast.* 4, 20, 7 y *Novísima. Recopilación* 11, 22, 4.

> al suplicante para que, dentro de cinco días continuos, funde el recurso, y oído en igual término su colitigante, se hará remisión del proceso con noticia de las partes (artículo 12). […] Pasado el proceso, el tribunal dará vista a su fiscal, y, con su dictamen, pedirá autos para declarar si hay injusticia notoria en los recursos de esta clase, o pronunciar sentencia en los de segunda suplicación; señalando, en uno y otro, el día de la relación, para que esta se concierte y suscriba por el relator y abogados de ambas partes, que podrán pasar un papel en derecho, *pero no asistir a informar en estrados, ni presentar nuevo documento* (artículo 13).

Revela la preocupación del gobierno por acelerar la administración de justicia la referencia que aparece en resolución del 19 de agosto de 1813 que nombra a sus integrantes. Señala que ella se dictaría «entendiéndose que este decreto no debe perjudicar los ulteriores reglamentos en que trabaja el Gobierno sobre economía judicial y sus recursos[54].

5. Subsistencia general del juicio ordinario criminal indiano[55]

La primera disposición que encontramos en este aspecto es la del artículo 12 del reglamento constitucional de 1811 que dio injerencia al Congreso en la aplicación de la pena de muerte, que debía serle consultada:

> La arbitrariedad con que se ha usurpado el crimen de alta traición y su naturaleza misma, exige que conozca de estos delitos el Poder Ejecutivo sin quedar enteramente inhibido este Congreso para formar causas de esta clase cuando lo tenga por conveniente. Para la ejecución de penas capitales falladas por cualquier poder o juzgado, se impetrará del Congreso el permiso instruido.

Ha sido, sin duda, el fusilamiento precipitado de Tomás de Figueroa con ocasión del motín en que estuvo involucrado, el motivo de esta disposición.

Se ha hecho referencia más arriba al juez mayor de alta policía y seguridad pública, establecido en 1811, quien tuvo una pequeña competencia criminal. Esta le permitía practicar las primeras diligencias indagatorias: «en la parte criminal la tiene [jurisdicción] igualmente para examinar los procederes, asegurar las personas y sus bienes, conservar la tranquilidad (si las materias son graves); pero todo esto hasta la formalización del sumario el que, concluido y tomadas todas las providencias de precaución y seguridad, lo pasará con informe a los respectivos tribunales, a quienes toca juzgar la persona o delito, para que estos procedan al curso ulterior de la causa hasta la sentencia y ejecución».

---

[54] Boletín (1898: 289).

[55] Dougnac (2005b: 165-273).

Los acontecimientos de la emancipación produjeron en muchos la idea de relajo, por lo que los delitos aumentaron. La junta de gobierno integrada por Carrera, Uribe y Muñoz dispuso el 16 de agosto de 1814 la siguiente normativa que reconoce estas circunstancias:

> Los *crímenes se multiplican* a proporción de la impunidad de los delincuentes. Ellos seguramente se lisonjean con el falso concepto de que el rigor de su pena haya de minorase en los días en que se proclama la libertad. *Esto es confundirla con la licencia*, y tomar los abusos por principios. *Una piedad mal entendida* eriza el país de robos y asesinatos. Ayer se han presentado a la expectación pública tres víctimas que nos recuerdan la obligación de ser justicieros por humanidad. La anterior *visita de cárcel* manifiesta que *la mayor parte de los reos es homicida*.
>
> El tribunal de apelaciones acelerará la sentencia precisamente ajustada a la ley sin la menor dispensación, y dará cuenta de los que se hallan en estado de ejecutarse, sobre lo que será responsable. Cortará el juicio de los del número uno hasta el dos en su actual sustanciación, y estando probado el delito, destinará a los reos a Coquimbo para que sirvan a las obras públicas en la clase de presidiarios. En fin, activará todos los resortes de la tramitación criminal para que la cárcel se exonere, la justicia se vindique, el Estado alivie sus atenciones y el castigo ejemplarice a los malos. Inclúyase con oficio por secretaría. Carrera. Uribe[56].

6. Sistema carcelario: subsistencia del sistema de visitas

El tribunal de apelaciones continuó con el sistema de visitas que practicaba antes la Real Audiencia. Con todo, al producirse cierta lenidad en su cumplimiento hubo quejas acerca de la situación de los encarcelados, cuyos juicios no progresaban con la agilidad que era de esperar. Una disposición del 4 de marzo de 1813 denunciaba estos hechos:

> La inobservancia de las leyes sobre la brevedad de los juicios, visitas de las cárceles y patrocinio de los presos, hace que algunos desvalidos existan encerrados cuando, o no debieron haberlo estado o pudieron ya haber salido, si la noticia de su detención hubiese excitado a favorecerlos. Para ese efecto para que sirva de estímulo a los jueces, de consuelo a los arrestados y porque todos tienen derecho para saber cómo se trata a sus conciudadanos y procurar su propia seguridad en la de los demás, desde hoy se fijarán las listas de los reos en las puertas de la Casa Consistorial, todas las semanas, con expresión del Juzgado a que pertenecen y la fecha de su prisión; cualquiera podrá quejarse y deberá hacerlo el procurador general y los de pobres del olvido en la ejecución de esta providencia de cuya puntualidad y exactitud serán responsables los escribanos de cámara. Comuníquese a los Tribunales e imprímase. Portales, Prado, Aguirre. Secretario[57].

[56] Boletín (1898: 360).

[57] Boletín (1898: 198).

La referencia al procurador es adecuada toda vez que, desde el período indiano, a este correspondía la defensa del pueblo frente a abusos de las autoridades.

Esta preocupación por el estado de las cárceles y de los presos guarda relación con la filantropía típica de los ilustrados del siglo XVIII de la que dieron prueba los fiscales de la Real Audiencia de Santiago, Ambrosio Cerdán y Pontero y Lorenzo Blanco y Cicerón.

7. Justicia especial

a) Privilegios indígenas

No obstante que en este período no se acaba todavía con la especialidad de la justicia en favor de los indígenas, sí se toman varias medidas que tendieron a ello buscándose su total igualdad respecto los demás chilenos. Dentro de la política liberalizante de los revolucionarios estaba la idea de que los indios debían ser considerados plenamente capaces. Se reaccionaba así contra el sistema proteccionista que había mantenido el régimen indiano para el cual el natural era por lo general un incapaz relativo. Por otra parte, se introduce la concepción de incorporar al indio a la masa social del país.

Para estos últimos efectos, se consideraba necesario acabar con los pueblos de indios: desde 1812 se los trasladó a otros lugares procediéndose a vender sus antiguas posesiones comunitarias.

Dentro de esta perspectiva se inscribe el reglamento a favor de los ciudadanos indios atribuido a la pluma de Juan Egaña[58]. Estos debían ser ubicados en villas que instalaría una comisión ad hoc —que estuvo constituida por los doctores Juan Egaña, Joaquín Echeverría y Gabriel de Tocornal— donde gozarían de casa y una propiedad rural, de lo que «podrán disponer con absoluto y libre dominio; pero sujetos a los estatutos de policía y nuevas poblaciones, que podrán añadir o modificarse por la comisión» (artículo 4). Se les debía dar diferentes aperos agrarios (artículo 5). Todo se costearía con el «valor de los mismos pueblos, que se rematarán públicamente» (artículo 6).

En el artículo 8 se patentiza la esperanza de que los indios se fundieran con el resto de la población: «El gobierno desea destruir por todos modos la diferencia de castas en un pueblo de hermanos; por consiguiente, la comisión protegerá y procurará que en dichas villas residan también españoles y cualesquiera otra clase

[58] Sobre las ediciones de este reglamento, véase Silva Castro (1949: 36-37). El pensamiento de Juan Egaña ha sido estudiado profundamente en Espíndola (1964: 164-310).Véase también Dougnac (*Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nº 20: 143-193).

del Estado, pudiéndose mezclar libremente las familias en matrimonio y demás actos de la vida natural y civil».

La comisión de que se ha hablado más arriba debía procurar «que en los remates intervengan la mayor legalidad, publicidad y libertad a fin de incrementar el valor de dichos pueblos» (artículo 9). El gobierno «pone por condición formal que los expresados remates se verificarán sin cargo de evicción ni saneamiento por parte del fisco; pero que asimismo pasarán a los postores del pueblo rematado todos los derechos fiscales y de los indios, de manera que cada comprador pueda reclamar la parte que se haya usurpado a los indios, y gozarla, aunque no entren el precio del remate de aquel pueblo, así como será de su cuenta particular lo que perdiese el terreno» (artículo 11).

Como anteriormente el remate de estos pueblos había originado diversos juicios[59] se determinaba en el artículo 10:

> Habiéndose reconocido en los voluminosos procesos formados sobre esta venta de pueblos de indios (decretado en otro tiempo) que el principal origen de los pleitos dimanó de los derechos de preferencia, vecindad, etcétera que se quisieron otorgar a los postores, se declara que en los presentes remates no se atenderán dichos derechos de vecindad ni otro alguno de preferencia que no se halle establecido expresamente en las leyes y en la costumbre general de los remates fiscales.

Además de servir los fondos que se allegasen a la constitución de las villas referidas, debían serlo

> […] para fomentar la educación pública, científica, industrial y moral del Estado, que le componen indios y españoles, a cuyo objeto todos los pueblos *se venderán precisamente a censo o hipoteca perpetua o redimible* para pasarse a otro fundo, cuidando la comisión de todos los seguros que halle por convenientes para ser estables y efectivos sus créditos sin contingencia ni penalidad de los recaudadores; y, por lo mismo, procurarán consolidarlos, si es posible con otras hipotecas, o pasarlos a fundos más asequibles por su distancia y valor (artículo 12).

Aunque este texto no se pudo llevar a la práctica por los acontecimientos militares y políticos que condujeron a la restauración absolutista, dio la pauta de igualdad sin protección respecto de los indios. Por disposición del 4 de marzo de 1819 de O`Higgins se declara abolido el régimen protector del indio y se suprime el cargo de protector de naturales[60].

[59] Silva Vargas (1962).

[60] Anguita (1912: 119).

b) Justicia militar

Conforme el artículo 11 del reglamento constitucional de 1811, las causas de guerra se continuarían conociendo de acuerdo a la ley de Indias. Sus alzadas corresponderían a una junta de alzada de guerra integrada por el vicepresidente del Congreso, el subdecano del tribunal de justicia y el auditor de guerra.

De acuerdo al derecho indiano, referido en la disposición aludida, la primera instancia en los juicios militares correspondía al capitán general, en virtud de lo dispuesto por real cédula del 2 de diciembre de 1608. La segunda, a un tribunal integrado por el mismo capitán general, el asesor letrado y otro nombrado por el gobernador y capitán general. De ello podía recurrirse ante la junta de guerra de Indias[61]. Durante el gobierno de Carrera se estableció, por resolución reglamentaria del 6 de agosto de 1812, un consejo de guerra permanente.

El 9 de julio de 1813 la junta de gobierno con acuerdo del Senado, expidió un reglamento provisional para la tramitación de juicios del fuero militar. Al efecto decía su artículo 1: «Habrá en Santiago un intendente general de provincia, quien conocerá de toda causa criminal y civil contenciosa perteneciente al fuero militar, cuyo interesado tenga su domicilio en esta capital». Tal cargo sería ejercido, según el artículo 2, por el vocal de gobierno «que por turno haga de menos antiguo». «[…]. De la sentencia dictada por el intendente habrá súplica al mismo intendente, quien en este caso se asesorará con el ministro menos antiguo del tribunal de justicia y el asesor general, prevaleciendo en caso de discordia, el dictamen a que el intendente adhiriere» (artículo 4). «De las sentencias de revista no se admitirán otros recursos que los extraordinarios, en la forma dispuesta por las leyes» (artículo 5, que se refería a los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria).

No obstante tratarse de un texto aplicable en particular al fuero militar, se contemplaba en él una norma muy general: «Ningún individuo en el territorio de Chile sufrirá pena de muerte, destierro o mutilación de miembro sin noticia y consentimiento de la autoridad que represente la soberanía». Tal norma era concretada para los juicios militares: «[…] esta garantía de la seguridad de los ciudadanos se respetará principalmente en los juicios de la intendencia, donde, a excepción de los casos de ordenanza, ni estas penas ni la de azotes u otra de igual gravedad se ejecutarán sin aprobación del gobierno, quien, sin más trámite que revisar el proceso, determinará lo conveniente» (artículo 6).

«En las demás ciudades y villas del Estado, en lugar del intendente de Santiago, serán jueces de primera instancia los gobernadores y subalternos, cuyas sentencias

[61] De Solórzano (*Política Indiana*, libro 5, capítulo 18, número 6).

serán apelables a dicho intendente de la capital, a quien remitirán los procesos originales» (artículo 7). De la sentencia dictada por el intendente en calidad de juez de alzada no hay súplica si este confirmó la primera sentencia (artículo 8).

Las causas que no excedieran de $100 se determinarían «precisamente» en juicio verbal. También verbal es la apelación que no debía verse en Santiago sino que se sustanciaba y resolvía en la misma provincia ante el gobernador y subalterno acompañado del oficial de mayor graduación, veterano o miliciano, y en caso de discordia decidiría el oficial siguiente en graduación (artículo 9).

En cambio las causas criminales de gravedad se sustanciarían conforme a ordenanza «y se juzgarán por los respectivos consejos de guerra, teniéndose presente lo determinado en el artículo 6». Lleva firma de Pérez, Infante y Eyzaguirre, actuando como secretario Juan Egaña[62].

Como se ve, el cargo lo ejercían los integrantes de la junta por turno hasta que el 2 de diciembre de 1813 el teniente-coronel Joaquín de Echeverría y Larraín fue designado gobernador intendente político y militar de Chile y representante del supremo poder ejecutivo, cargos que le permiten dictar disposiciones relativas a los desertores. Al mismo Echeverría el director supremo interino Antonio José de Irisarri lo nombra el 12 de marzo de 1814 intendente general del ejército[63].

Termina por primar la concepción de separación de poderes que inhabilitaba al Ejecutivo para intervenir en el conocimiento de causas judiciales. Por resolución del 28 de julio de 1814 dispone la Junta integrada por Carrera, Uribe y Muñoz que es «incompatible con las graves atenciones del Gobierno todo conocimiento en negocios contenciosos» por lo que «en las causas criminales de los militares entenderá el consejo de guerra permanente, establecido por la resolución reglamentaria de 6 de agosto de 1812, y en las civiles conocerá el auditor de guerra, conforme a derecho, y a las resoluciones practicadas del caso»[64]. Tal Consejo fue abolido por la disposición siguiente:

> Santiago y septiembre 26 de 1814. Siendo propio, y peculiar de los cuerpos militares la substanciación, y juzgamiento de los crímenes que cometan sus individuos; lo es también el que a su vista sufran la pena a que se hayan hecho acreedores en justo escarmiento de los delincuentes, y para ejemplo de la demás clases; resultando también la utilidad de que los oficiales del Ejército se instruyan, y habiliten de la forma de la substanciación, y juicio, al paso que los criminales de quien dependen, que hay un poder inmediato para contener sus excesos. Con este interesante fin, determina el Gobierno cese desde hoy en el ejercicio de sus funciones el Consejo de Guerra nombrado permanente, que queda extinguido a

[62] Boletín (1898: 263-264).

[63] Boletín (1898: 317).

[64] Boletín (1898: 351).

> virtud de este decreto, que se comunicará al Presidente, por quien se pasarán las causas pendientes y los reos a los jefes de sus respectivos cuerpos, poniendo los desertores a disposición de los oficiales encargados de los piquetes en la capital: transcríbase en El Monitor para inteligencia de todos. Carrera. Uribe[65].

c) Justicia comercial

Siguen en vigencia el tribunal del consulado establecido en 1795, las diputaciones respectivas y la observancia de las ordenanzas de Bilbao.

d) Justicia minera

Siguen en vigencia el real tribunal de minería, las diputaciones mineras y la observancia de las ordenanzas de minas de Nueva España.

e) Justicia eclesiástica

Se administra de acuerdo al sistema vigente en el período indiano.

f) Justicia de hacienda

El órgano colegiado que gobernaba Chile, integrado por la junta de gobierno y los diputados que se habían ido incorporando a él se dividió en tres salas: una de guerra, otra de gobierno y policía y una de real hacienda, en virtud del acuerdo del 17 de mayo de 1811. La última estaba compuesta de siete vocales: el doctor Juan Martínez de Rozas, Juan Enrique Rosales, José Santiago Portales, Manuel Fernández Hortelano, el doctor Joaquín Echeverría y Larraín, José Echeverría y Agustín Vial Santelices. Conocía en primera y segunda instancia de las causas de hacienda. Los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria serían vistos por la junta de gobierno en pleno a pesar de que desde el 13 del mismo mes ya existía el tribunal de apelaciones. El tribunal de cuentas, por su parte, continuaba subsistente[66].

Decía la disposición que comento que la sala de hacienda

> […] conocerá en primera instancia y en la misma podrán interponer los interesados el recurso de súplica que antes de ahora se hacía con el nombre de apelación a la que se titulara Junta Superior, el cual se admitirá en los casos que hubiere lugar y con él quedarán concluidas las causas; pero en aquellas que por

[65] Boletín (1898: 370-371).

[66] Sobre la organización de la Real Hacienda en el período indiano indispensable de conocer para entender las modificaciones patrias: Silva Vargas (1965: 208-250).

> su naturaleza pueda y deba interponerse el de segunda súplica o notoria injusticia, solo se admitirá por ahora ante la Excma. Junta Plena hasta que el futuro Congreso designe otra cosa[67].

El reglamento constitucional del 14 de agosto de 1811 disponía en su artículo 9 que «La autoridad ejecutiva no conocerá en causas de justicia entre partes, sino en las de puro Gobierno, Hacienda y Guerra«. Según el artículo 10: «Las de Hacienda tendrán sus alzadas ordinarias en la Junta de ella y en Sala de ordenanza […], con la variación que en adelante formará la Junta de Hacienda el vicepresidente del Congreso, el ministro más antiguo del tribunal de Justicia, contador mayor, ministro de Real Hacienda y fiscal».

Por disposición del 1 de septiembre de 1812 la junta provisional de gobierno, integrada por Pedro José Prado Jaraquemada, que actuaba como presidente y José Miguel Carrera, y sin la concurrencia del tercer miembro del mismo José Santiago Portales, nombró a este último Intendente General de Hacienda. Se había dictado al efecto el 27 de agosto del mismo año un reglamento provisional para el despacho de las causas de hacienda y sus grados. Según su artículo 1: «Habrá un Intendente General de Hacienda que conozca en primera instancia todo lo contencioso del ramo, bajo las atribuciones y en la forma que lo sirvieron los antiguos Presidentes del Reyno, con arreglo a las leyes, Ordenanza de Intendentes y últimas resoluciones». Su asesor, el general de gobierno (artículo 2). Sus resoluciones eran apelables ante la Junta de Hacienda «que se formará conforme a lo prevenido en el artículo 3 de la Ordenanza de Intendentes explicadas en la Real Orden del 3 de diciembre de 1787 y sus últimas declaraciones, subrogando al regente[68] el decano del Tribunal de Apelaciones y al oidor más antiguo el tercer ministro del mismo».

De acuerdo al artículo 5:

> De las sentencias de la Junta habrá alzada por último recurso a la Superior Representativa del Reyno en los casos y bajo las calidades que era admisible al Rey por su Consejo de Hacienda: se substanciará el recurso por el Presidente de ella, asesorado del Subdecano del Tribunal de Apelaciones, con citación del Fiscal de los de segunda suplicación e injusticia notoria, y arreglo a lo prevenido para los que se veían en la Corte.

Según el artículo. 6: «Para la resolución definitiva se unirán a la Junta el decano del Tribunal de Apelaciones y dos letrados de estudio conocido y probidad, nombrados por la Junta, que no hayan entendido i patrocinado en los anteriores grados […]». Concluye el artículo 7: «Los vocales de la Junta de Gobierno no

---

[67] Valencia Avaria (1986: 428).

[68] Sobre este cargo, véase Salvat Monguillot (1964: 57-69).

impedidos y dos letrados que se nombraren, serán votos decisivos en las definitivas, que no tendrá más recurso ni por vía de súplica, injusticia u otro que sea ordinario o extraordinario»[69].

g) Recurso administrativo

En materia administrativa, el reglamento constitucional de 1811 estableció un recurso según el cual, cuando alguien estuviese disconforme con alguna provisión de empleos hecha por la autoridad ejecutiva provisoria, podía recurrir al Congreso «para declarar si son o no conforme a la ley, instaurándose con arreglo a ella y bajo su pena, y reponiéndose al agraviado si instase con justicia» (artículo 7). En el artículo 9 del reglamento de Congreso[70] se establece que los asuntos particulares, como recursos en materia de justicia, consulta de los tribunales, etcétera, solo se determinarían los martes y jueves, dedicándose los restantes «a la constitución o utilidad común de los pueblos».

h) Juicio de residencia[71]

No menos importante es en materia administrativa la subsistencia, patentizada en los reglamentos constitucionales, del juicio de residencia. El de 1811 dispuso en su artículo 16 que los integrantes de la autoridad ejecutiva provisoria «jurarán en el Congreso fidelidad a los grandes objetos que este proclama y sostiene, y a la pureza de sus acciones de las que son responsables al Reino por las resultas de las residencias que se les tomará, al arbitrio de sus representantes en el tiempo y diputación que deleguen». El reglamento de 1812 mantuvo el juicio de residencia para los vocales de la junta, del que conocería un tribunal integrado por el Senado y el tribunal de apelaciones (artículo 11 del reglamento de 1812). «El Senado residenciará a los vocales de la Junta y los juzgará en unión del Tribunal de Apelaciones. Cualquiera del pueblo podrá acusarlos por traición, cohecho y otros altos crímenes; de los que siendo convencidos, los removerá el mismo Senado, y los entregará a la justicia ordinaria para que los castigue según las leyes». Por su parte, el reglamento constitucional del 17 de marzo de 1814 estableció en su artículo 8 que el director supremo «concluido el término de su gobierno, quedará sujeto a residencia y el juez de ella será elegido por el Congreso, si está convocado o próximo a convocarse, y de no, por las corporaciones».

---

[69] Boletín (1898: 173-174).

[70] Boletín (1898: 123).

[71] Martínez Baeza (1965: 129-207).

i) Justicia de imprenta[72]

La libertad de imprenta hizo necesaria una reglamentación adecuada, que llevó a ciertas especialidades en la administración de justicia en esta materia. Desde los primeros momentos en que se introdujo la imprenta, se habían producido algunos problemas. El primer número de la *Aurora de Chile*, que apareció en febrero de 1812, fue censurado por el gobierno. Algunos artículos osados de Camilo Henríquez, como uno del 4 de julio de 1812 en el que abogaba por la declaración de la independencia de Chile y otra sobre el mismo tema, del 17 de agosto, hicieron necesaria la designación, al día siguiente, de un censor, que lo fue Juan Egaña. Además, se nombró una comisión formada por el presbítero Pedro Vivar, Francisco Antonio Pérez y Manuel de Salas. A tal comisión se le encomendó «un reglamento de imprenta libre que, conciliando el respeto inviolable de nuestra santa religión, resuelva este importante negocio». Camilo Henríquez no reprodujo esta disposición y editó un texto de Milton sobre la libertad de imprenta. Ante ello, la Junta dispuso que el Tribunal de Apelaciones nombrara una nueva comisión y que sin su pase no pudiera publicarse el periódico. La *Aurora de Chile* solo se editó hasta abril de 1813, reemplazada por *El Monitor Araucano*[73].

La junta de gobierno de 1813, con acuerdo del Senado expidió un decreto el 23 de junio de ese año en cuyo artículo 1 se declara: «Habrá desde hoy entera y absoluta libertad de imprenta. El hombre tiene derecho de examinar cuantos objetos estén a su alcance; por consiguiente, quedan abolidas las revisiones, aprobaciones y cuantos requisitos se opongan a la libre publicación de los escritos».

Con todo, existía la «limitación de que se guarde decoro y honestidad» y «faltar a esta condición es un delito» (artículo 2). Si tal delito se comete contra un particular, este debe demandar, si «expone la seguridad y tranquilidad públicas, la religión del Estado o el sistema de gobierno, a todos los ciudadanos y en especial al ministerio fiscal corresponde su acusación» (artículo 2).

También existía limitación para los escritos religiosos los que «no pueden publicarse sin previa censura del ordinario eclesiástico y de un vocal de la junta protectora» (artículo 8). «De tales delitos responde el autor y si el impreso es anónimo, el impresor» (artículo 9). Todo aquel que atentare contra la libertad de imprenta «se entiende que ha atacado la libertad nacional. Deben imponérsele las penas correspondientes a este delito y principalmente la de privársele en adelante de los derechos de ciudadanía» (artículo 10).

---

[72] Véase Didier Silva (1933), Edwards Izquierdo (1935: 413-437), Mobarec Asfura (1983: 177-180). Para un período posterior, Piwonka Figueroa (2005).

[73] Izquierdo Fernández (1990: 25), Orrego Luco (1935, tomo II: 100).

Se encarga al Senado velar por esta libertad. Este ha de encargar especialmente a un senador esta tarea «y sin su audiencia no podrá condenarse alguno por haber abusado» (artículo 3).

Por oficio del 15 de julio de 1813 el Senado nombró al senador doctor Juan Egaña como comisionado al efecto[74]. Es la primera ley de imprenta y se debe a la pluma de este[75].

Es notable la vitalidad de este reglamento, que subsistió hasta fines de 1828, en una época de tantas mutaciones como la que siguió inmediatamente después de su promulgación. En el registro de documentos del gobierno, número 63, del 5 de abril de 1827, se publicó un decreto del 31 de marzo que lleva las firmas de Freire y de Gandarillas en el cual se dispone (artículo 1): «Entretanto que no se dictase una completa ley de imprenta, subsistirá en todo su vigor el reglamento del 23 de junio de 1813, inserto en la *Gaceta Ministerial*, No. 15, tomo II, y posteriores adiciones del Senado, publicadas con fecha 18 de junio de 1823 en el Boletín, No. 8, libro I, que se imprimirán a continuación de este decreto».

El referido decreto del 13 de junio de 1819 lleva las firmas de O`Higgins y Joaquín de Echeverría y repite el reglamento de Egaña. El decreto del 18 de junio de 1823 se debe a Freire y a su ministro Mariano Egaña y por él se da nueva forma al reglamento: en su primer artículo se dice «que la ley de imprenta contenida en el decreto del 23 de junio de 1813 es una antigüedad preciosa de la revolución y debe conservarse en todas sus partes».

La modificación del reglamento demandó al Senado su estudio entre el 3 y el 16 de junio de 1823[76].

9. Retorno al Antiguo Régimen

El período comprendido entre octubre de 1814 y febrero de 1817 significó el restablecimiento de la estructura judicial indiana.

Ya se ha visto que durante la «Patria Vieja» la administración de justicia de primera instancia no sufrió grandes variaciones, de manera que no hubo mayores problemas de restablecimiento en este campo[77].

Sí lo hubo en el ámbito de alzada al restablecerse la Real Audiencia bajo la presidencia de Mariano Osorio el 14 de marzo de 1815. Funcionó con regularidad hasta el 13 de febrero de 1817 en que, conociéndose el resultado

[74] Boletín (1898: 247).

[75] Donoso (1943: 345).

[76] Letelier (tomo VII: 203), Silva Castro (1949: 42-43).

[77] Un interesante estudio relativo a los juicios que se ventilaron en este período es el de Salvat Monguillot (1969: 463-488; 1983: 123-129).

de la batalla de Chacabuco, el oidor decano José de Santiago Concha huyó a Valparaíso. Integraban el alto tribunal el referido Concha, José Santiago Martínez de Aldunate, Félix Francisco Basso y Berry y José Antonio Rodríguez Aldea, quien fungía de fiscal.

10. Justicia lega–justicia letrada. Discusión sobre jurados

La justicia sigue el mismo esquema que en el período indiano: es fundamentalmente lega, salvo en la segunda instancia y recursos ante el tribunal supremo judiciario. Consecuencialmente, se sigue utilizando el sistema de asesores ya existente. El reglamento constitucional de 1814 hace particular referencia a los asesores letrados de los intendentes. El artículo 11 clarifica su duración, que es de cinco años a menos que deban ser removidos por algún justo motivo; no hay inconveniente en reelegirlos.

Hay intentos por introducir el sistema de jurados: en 1813 Camilo Henríquez en una columna de la *Aurora de Chile* planteaba la incorporación del sistema de jurados, al menos para las causas criminales. En ese mismo año se recogió el sistema para el juzgamiento de los delitos contra la libertad de imprenta. Esta disposición —senadoconsulto del 23 de junio de 1813— se dictó por acuerdo entre la junta de gobierno y el Senado. La primera estaba integrada por Agustín de Eyzaguirre, José Miguel Infante y José Ignacio Cienfuegos, siendo el segundo de ellos gran admirador de las instituciones anglosajonas, por lo que es dable pensar que apoyara la iniciativa tendente a establecer un jurado. Por su parte, en el Senado participaba Camilo Henríquez, cuya posición favorable al jurado ya se ha señalado. Dice el artículo 4 que: «Una junta compuesta de siete individuos de ilustración, patriotismo e ideas liberales, protege también la libertad de la prensa; y en todo caso de reclamación contra un escrito, declara si hay o no abuso de esta libertad. Si lo hay, las justicias ordinarias conocen del delito y aplican las penas que corresponden. Ningún tribunal, ningún juez puede proceder a conocer y castigar crimen de esta clase sin la previa declaración del hecho, que debe dar la junta protectora, de que hay tal abuso».

Según el artículo 5, los individuos de la junta pueden ser eclesiásticos o seculares, y solo duran un año en el ejercicio de sus funciones. Su nombramiento es complejo, lo que demuestra el interés por la materia:

> El Senado, el cabildo y la misma junta que acaba, forman, cada uno por votación secreta, una lista de quince individuos que tengan los requisitos necesarios para entrar en la junta protectora (en esta primera elección se omite la lista que debía formar dicha junta). Estas listas se pasan al gobierno, quien, a presencia de los tres cuerpos proponentes, hará poner en un cántaro tantas cédulas cuantos individuos

> contienen las tres, y se sacarán a la suerte veintiuna cédulas. Los individuos de las siete primeras son los vocales de la junta, y los restantes serán suplentes para los casos de recusación, enfermedad o implicancia de los propietarios. No hay embarazo para que las personas propuestas por un cuerpo lo sean también por otro, con tal que entre todos alcance al número de veinticuatro, que se reputa suficiente para determinar en primera y segunda vista.

El acusado, según el artículo 6 puede recusar hasta diez vocales sin expresar causa.

Se puede apelar ante la misma junta: «De las resoluciones de esta junta puede apelarse a la misma junta compuesta de siete individuos de los que proveyeron el auto reclamado, quienes revisarán el asunto en la misma forma que se dispone para la primera vista» (artículo 7).

Existen normas especiales cuando el asunto es religioso:

> […] siempre que se reclamare sobre un escrito que trate de materias religiosas, seis individuos sorteados de entre el total que compone las última listas presentadas para la elección de vocales, unidos al diocesano, declaran ante todas cosas, a pluralidad, si la materia que se reclama es o no religiosa; y resolviendo que lo es, se sortean entonces cuatro vocales eclesiásticos del mismo total de las listas, y no habiéndolos, se completa su número con los examinadores sinodales más antiguos residentes en la capital, y estos, unidos al diocesano, examinan en la forma ordinaria si hay o no abuso[78].

La participación del jurado en juicios de imprenta solo terminó en Chile en 1925.

Gran adversario del sistema de jurados fue Juan Egaña. Según él, la institución, acuñada en Inglaterra, se había justificado en ese país en cuanto contrarrestaba el poder de la monarquía. Ello no cabía en Chile pues los poderes públicos estaban claramente diferenciados mediante la separación de ellos. Para él resultaba muy inapropiado que gente inculta pudiera pronunciarse sobre materias para las que aun los jueces letrados más sabios requerían un profundo estudio.

11. La magistratura judicial en su aspecto económico

Algunos datos aislados permiten vislumbrar la importancia relativa que se otorgaba a la administración de justicia. Así, los integrantes del tribunal de apelaciones tuvieron de dotación $2.500 anuales, según lo recuerda Manuel Antonio Talavera[79]. El juez mayor de policía, que era juez lego, contaba con un asesor. La junta del año 13 nombra en el primer cargo a Martín Calvo Encalada el 24 de

[78] Boletín (1898: 243-247); fue publicado por primera vez en el *Monitor Araucano* Nº 35.

[79] CHI (XXIX, 303), Arch. JMC (I: 336).

abril de 1813 designando como el segundo a Agustín Vial. Ello, en aplicación del reglamento de policía formado en 1811 por el Congreso e inserto en la *Aurora de Chile*. Ganaba $1.200 anuales y el asesor $300 (artículo 7, Reglamento 1811). El reglamento constitucional del 17 de marzo de 1814 establece en su artículo 10 que «el intendente de provincia despachará, como hasta ahora, con su asesor, que será también auditor de guerra. Su duración, la del supremo director [18 meses, de acuerdo al artículo 5]; el sueldo, dos mil pesos; uno y otro con la misma calidad; su asiento en cabildo, presidiéndolo».

En lo tocante a aranceles, regían los del período indiano, que solo fueron modificados por decreto con fuerza de ley del 21 de diciembre de 1865.

12. La magistratura en su aspecto pedagógico: Instituto Nacional

Continúa el mismo método de enseñanza del período indiano[80]. La Academia Carolina de Leyes y Práctica Forense sirvió para que muchos de los que participarían en el movimiento emancipador hicieran ahí sus primeras armas oratorias[81]. En 1813 se creó uno de los más extraños órganos de educación que es dable imaginar: el Instituto Nacional. Tenía de curioso el amalgamar los distintos centros docentes entonces existentes, cualquiera fuera el nivel de estudiante al cual estuviera destinado. Así, se refundieron en él el Convictorio Carolino —destinado primordialmente a la enseñanza media—; la parte docente de la Universidad de San Felipe —que subsistía a efectos de otorgar los grados académicos—; la Academia de San Luis —destinada a la enseñanza técnica: matemáticas, dibujo, etcétera—; el Seminario Conciliar; a todo lo que se agregó la enseñanza militar.

El instituto presentó diversas novedades en la enseñanza jurídica. Su plan de estudios, dividido en tres años, contempló el derecho natural y de gentes, la economía política, el derecho civil, que era entendido como el derecho vigente castellano concordado, para entenderlo sistemáticamente, con las Instituciones de Justiniano, el derecho canónico y la práctica forense. Este plan funcionó muy inadecuadamente. Fue tan pobre la dotación de las cátedras que solo pudieron hacer clase dos profesores. De ahí que el resultado fuera paupérrimo.

---

[80] Avila Martel (1960: 395-402), González Echenique (1954), Hanisch Espíndola (1987: 15-29).

[81] Espinosa Quiroga (1955).

13. Arbitraje y conciliación[82]

Un instrumento jurídico de interés es el proyecto de constitución política de Juan Egaña, de 1811. Aunque no llegó a convertirse en ley, inspiró el pensamiento de la época. Afirmaba él en el artículo 146 de ese proyecto que «[…] la constitución reconoce que el hacer justicia a los pueblos es una de las principales garantías del pacto social en que se afianza la tranquilidad, propiedad y seguridad». El artículo 13 estatuía la existencia de un tribunal de paz, compuesto de cuatro individuos «sobresalientes en luces y probidad», o aun de dos si no fuese posible conseguir aquel número. Eran elegidos «en la forma que los cabildantes»[83]. No gravarían el erario pues «los moderados emolumentos de estos jueces» serían pagados por las partes. Se elegirían siempre seis o más subrogantes de los jueces de paz para los casos de recusación, en los que no se necesitaba expresar causa, salvo que ya se hubiera recusado a todos los propietarios y tres de los suplentes. Si hubiese causa legítima para recusar tanto a propietarios como suplentes, correspondería a las mismas partes la designación de los integrantes del juzgado de paz. No había impedimento para que un eclesiástico pudiera serlo (artículo 142). Cuando fallaba la avenencia, se podía instar a las partes bien a ocurrir a los tribunales de justicia ordinarios bien a un arbitraje. Leemos en el proyecto del año 11:

> En caso de no querer avenirse por mutua y libre voluntad, serán preguntados si quieren comprometerse, u ocurrir a los Tribunales ordinarios: y asentada de un modo auténtico su elección, siendo esta por arbitraje, procederán los tres jueces restantes (o uno si convienen en él, o no hay más) a tomar conocimiento circunstanciado del asunto, y decidir con prudencia y justicia. Si no quisieren comprometerse, o la materia no lo permite, les darán pase para los Tribunales de Justicia. El conciliador solo entra de árbitro de consentimiento común, y excluyendo a uno de los tres que quedan, que será el que señale el Tribunal si no hay recusación de alguno. Puede también ser el único árbitro o acompañarse con el juez, cuando es uno solo de consentimiento de las partes. Aun cuando rehúsen comprometerse los litigantes, siempre volverán a presentarse a los jueces de paz, para ser más ilustrados y aconsejados sobre su derecho.

Los abogados, procuradores, escribanos y otros ministros que hubiesen intervenido en el juicio de paz quedaban inhabilitados para hacerlo ante los tribunales ordinarios (artículo 143).

---

[82] Puede consultarse Dougnac (1996: 111-168), donde se hace notar la importancia que tuvo esta institución.

[83] El inciso final del artículo 202 del proyecto explicaba que se generaban «los cabildantes, los alcaldes y jueces de paz: por ternas, ó menos de sus respectivos cabildos, el gobierno y la censura; y elegibles por la Junta general provincial de aquel territorio».

El primer Congreso Nacional, controlado por el grupo exaltado, tomó diversas medidas entre setiembre y octubre de 1811. Entre ellas, la de pedir al tribunal supremo judiciario, de reciente creación, que propusiese los reglamentos necesarios para implantar tribunales de arbitraje. Nada se avanzó al respecto en razón de la convulsa vida política de esos momentos. Seguían vigentes, sin mayores cambios, las disposiciones indianas sobre arbitraje.

El reglamento constitucional de 1812 no se refiere a ninguna de las dos materias tratadas en este párrafo. Su artículo 17 da más bien el monopolio de la administración de justicia a los tribunales ordinarios: «La facultad judiciaria residirá en los tribunales y jueces ordinarios. Velará el gobierno sobre el cumplimiento de las leyes y de los deberes de los magistrados, sin perturbar sus funciones. Queda inhibido de todo lo contencioso».

Bibliografía

Anguita, Ricardo
1912 *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 a 1912*. Santiago: tomo I, p. 119.

Lira Lira, Alejandro
1934 *Argomedo 1810-1830*. Santiago: p. 136, nota 1.

Barrientos Grandon, Javier
1990 *Las Audiencias indianas. La Audiencia de Chile*. Edición mecanografiada. Tomo I, Santiago.

Bravo Lira, Bernardino
1976 «Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX». *Revista de Derecho Público.* Nº 19-20, Santiago: p. 108.

Briseño, Ramón
1849 *Memoria histórico-crítica del Derecho Público Chileno*. Santiago: p. 348.

De Avila Martel, Alamiro
1960 «La formación de los juristas chilenos del siglo XVIII». *Studi in memoria di F. Vassalli*. Torino: pp. 395-402.

De Solórzano Pereira, Juan
1647 *Política Indiana*, libro 5, capítulo 18, número 6.

De Zapata y Sandoval, Juan
1609 *De iustitia distributiva*. Valladolid.

Didier Silva, E.
1933 *De la libertad de imprenta*. Santiago.

Donoso, Ricardo
1943 *Las ideas políticas en Chile*. México.

Dougnac Rodríguez, Antonio
1994 *Manual de Historia del Derecho Indiano*. Primera edición. México.
1996 «La conciliación previa a la entrada en juicio en el derecho patrio chileno (1823-1855)». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nº 18. Valparaíso.
2005a «Un jurista penquista: Juan de Dios Vial del Río (1774-1850)». En *Revista de Derecho* Nº 13. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción.
2005b «Apuntes sobre el tránsito del procedimiento penal indiano al patrio (1810-1842)». En Cattan Atala y Guzmán Brito (editores), *Homenaje a los profesores Alamiro de Avila Martel, Benjamín Cid Quiroz, Hugo Hanisch Espíndola*. Santiago.
S/F «El pensamiento confuciano y el jurista Juan Egaña (1768-1836)». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nº 20, pp. 143-193.

Edwards Izquierdo, Ismael
1935 «La legislación sobre imprenta en Chile desde la Colonia hasta antes de la actualmente en vigencia». En *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,* volumen I, Nº 3-4. Santiago: pp. 413-437.

Espinosa Quiroga, H
1955 *La Academia de Leyes y Práctica Forense*. Santiago.

González Echenique, J.
1954 *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*. Santiago.

Hanisch Espíndola, Hugo
1987 «La crisis de la enseñanza del derecho romano en Chile: un problema de la Independencia: 1758-1832». *Revista Libertador O'Higgins* Nº 4, Santiago.
1964 «La filosofía de don Juan Egaña». *Historia* Nº 3, Santiago.

Izquierdo Fernández, Gonzalo
1990 *Historia de Chile*. Tomo II, Santiago.

Letelier
1887-1908 *Sesiones de los Cuerpos Lejislativos de la República de Chile*. Santiago.

Martínez Baeza, Sergio
1965 «La residencia en el derecho patrio». *Revista Chilena de Historia del Derecho* Nº 4. Santiago.

Matta Vial, Enrique
1983 «No era tan mala la justicia carrerita». *Revista Chilena de Historia y Geografía* Nº 29. Santiago.

Mobarec Asfura, Norma
1983 «El procedimiento de los juicios de imprenta en Chile de 1813 a 1828». *Revista Chilena de Historia del Derecho* Nº 9, Santiago.

Orrego Luco, Augusto
1935 *La Patria Vieja,* tomo II, Santiago.

Piwonka Figueroa, Gonzalo
1999-00 «Juan José Echeverría y Pedro Nicolás de Chopitea, dos cordiales empresarios profundos adversarios políticos». *Dimensión Histórica de Chile* Nº 15-16, Santiago.
2005 *Orígenes de la libertad de prensa en Chile: 1823-1830*. Santiago.

Salvat Monguillot, Manuel
1964 «La instrucción de Regentes». *Revista Chilena de Historia del Derecho* Nº 3, Santiago.
1969 «El delito de infidelidad a la patria. El caso de los desterrados en Juan Fernández: 1810-1817». *Historia* Nº 8, Santiago.
1983 «Opinión de Rodríguez Aldea sobre los procesos contra los insurgentes en 1815» *Revista Chilena de Historia del Derecho* Nº 9, Santiago.

Silva Castro, Raúl
1949 *Bibliografía de don Juan Egaña 1768-1836*. Santiago: Editorial Universitaria.

Silva Vargas, Fernando
1962 *Tierras y pueblos de indios en el reino de Chile*. Santiago.
1965 «Esquema de la Hacienda Real en Chile indiano (siglos XVI y XVII)». *Revista Chilena de Historia del Derecho* Nº 4, Santiago.

Talavera, Manuel Antonio
s/f «Revoluciones de Chile». En *Colección de Historiadores de la Independencia*, tomo 19, p. 282.

Valencia Avaria, Luis
1986 *Anales de la República*. Segunda edición, tomo I, Santiago.
1898 «Boletín de Leyes i Decretos del gobierno, 1810-1814». Santiago.
s/f «El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Nº 22, pp. 225-266.

s/f «Los estudios sobre la judicatura chilena de los siglos XIX y XX». *Revista de Derecho Público* Nº 19-20.

s/f «Ordenanzas de Madrid de los Reyes Católicos de 1502» *Rec. Cast.* 4, 20, 7 y *Nov. Rec*. 11, 22, 4.

Archivo del General José Miguel Carrera

Colección de Historiadores de la Independencia

Archivo J. I. V. Eyzaguirre

Archivo Nacional Real Audiencia

Archivo Real Audiencia

VENERABLES Y MISERABLES: LOS ANCIANOS Y SUS DERECHOS EN ALGUNAS OBRAS JURÍDICAS DE LOS SIGLOS XVII Y XVIII

*Thomas Duve**

En el «nuevo mundo», el término *personae miserabilis* fue utilizado en primer lugar para fundamentar ciertos privilegios concedidos a la población indígena[1]. Tal vez sea menos conocido el hecho que desde la antigüedad también se reputaba entre las *personae miserabilis* una parte de la población, que más recientemente está atrayendo la atención de los juristas[2]: la de los ancianos.

Que los ancianos eran personas miserables ya lo afirmaban juristas medievales como Odofredus[3], Azo[4] o Inocencio IV[5], lo que fue recibido por los juristas del siglo XVI a través de obras como la glosa de Gregorio López a Las Siete Partidas[6] o, algunas décadas más tarde, por juristas indianos como Gabriel Álvarez de Velasco en su *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*[7]. Para el jurista alemán Georg Adam Struve la pregunta si los ancianos se reputaban entre las personas miserables ya era un tema tan extensamente tratado que en una obra publicada con su nombre en el año 1664 lo llama «repollo dos veces hervido»[8].

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Actualmente es profesor de Historia del Derecho y Derecho Romano en la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y de Historia del Derecho Canónico en la Facultad de Derecho Canónico de la misma Universidad. Miembro Titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires.

1 Cfr. con más referencias Duve (2004: 3-33), Cebreiros Álvarez (2004: 469-489).

2 Acerca de los derechos de los ancianos véase más referencias en Dabove Caramuto (2002).

3 Cfr. Odofredus (1552, fol. 148r-v).

4 Véase Azo (1506, ad Cod. 3.14).

5 Cfr. Sinibaldus Fliscus (1570, ad X, 1.29.38, Nº 1).

6 Gregorio López: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono*, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad […], Salamanca 1555, 3.18.41, Gl. ad v. muy viejos: *Sequitur Azo* […] *qui ita interpretat dictam legem unicam in senibus & recte nam & ipsa senectus morbus est, ut dixit Terentius* […].

7 Álvarez de Velasco (1663).

8 Struve y Wildt (1664). *Jura ac privilegia senectutis*, Jenae [Struve, Georg Adam: *Tractatus exhibens iura ac privilegia senectutis*. Von Freyheiten Alter betagter Leute, Jenae 1737], Cap. VI, número 51:

Sin embargo, los ancianos no solamente fueron considerados «miserables», con toda la ambigüedad que esta consideración tenía, sino también «venerables». Porque acorde con la tradición de los elogios a la vejez, transmitida a la temprana Edad Moderna en obras como *De senectute* de Cicerón, los juristas también aplicaron a los ancianos los privilegios que gozaban las personas destacadas, los *privilegia personarum egregiarum*. En el siglo XVI y XVII, Johann Oldendorp y otros autores reputaban a los ancianos en el grupo de las *personae egregiae*, dando la explicación que la ancianidad ya en Roma haya sido considerada venerable, como lo expresaba Digesto 50.6.6(5): *Ratio est: Quia semper in civitate Romana senectus venerabilis fuit*[9].

Muchos de los privilegios de los venerables, los miserables, y también de otros grupos como los enfermos, los *privilegia aegrotorum*, los encontramos resumidos y reelaborados también en un grupo propio de privilegios de los ancianos: en los *privilegia senum* o *senectutis*, es decir, los privilegios de la ancianidad misma, que son el objeto de este estudio.

Una mirada a estos privilegios no solamente quiere presentar este «derecho de la ancianidad» de la temprana Edad Moderna, hasta ahora no abordada en la historiografía jurídica, sino también quiere contribuir a entender mejor la cultura jurídica de la cual emanaban —que también gestó los privilegios de los indios como personas miserables— entre otros. Los derechos especiales de la ancianidad así como los tratados doctrinales de los juristas sobre otros derechos especiales, los *iura singularia* y *privilegia* de la época, no deben ser leídos como una enumeración de derechos y obligaciones siempre aplicables, sino más bien como una propuesta normativa a ser considerada por el juez según las circunstancias del caso concreto.

Finalmente, la mirada a los privilegios de la ancianidad nos advierte que esta normativa, elaborada por los juristas en sus escritos, forma parte de un discurso que reflejaba imágenes colectivas y que estaba destinada a estructurar las relaciones sociales —en el contexto de la ancianidad— especialmente las relaciones entre las generaciones. El intento de interpretar los textos jurídicos como reflejo de imágenes colectivas y también como formadores del discurso social, proviene en buena medida del incentivo que recibió el autor de la lectura de una obra fundamental del hasta entonces por él desconocido Fernando de Trazegnies Granda. Hace aproximadamente diez años atrás, en ocasión de una breve estancia en Lima, dicha obra le mostró como se puede tratar de «abandonar la torre de

---

Plures insuper enucleandae essent adhuc quaestiones, An scilicet Senectus dici possit infirmitas, An Senes sint connumerandi inter personas miserabiles & idem eis competat privilegium, item de incommodis Senectutis &c. Sed quoniam partim hae ab Autoribus satis superque sint agitatae, partim quoque temporis angustia me hic pedem figere jubeat, ideo, ne videar, crambem bis coctam proferre, B. L ad Doctores, plenius has quaestiones tractantes ablego, & videri possunt de his […].

[9] Oldendorpius (1559), Rehau y Ebner (1663).

marfil del jurista clásico y conjugar el derecho con los diferentes elementos que configuran una determinada formación social»[10] y leer en los textos jurídicos más que una historia de dogmas. Es por esto que las siguientes líneas están dedicadas a Fernando de Trazegnies Granda.

1. El *ius aetatis* y la doctrina del *status* en la temprana Edad Moderna

Antes de comenzar con el panorama sobre la literatura jurídica acerca de la ancianidad en los siglos XVI y XVII (2), la definición de la ancianidad (3) y sus consecuencias jurídicas (4), cabe hacer hincapié en el lugar sistemático que la edad humana ocupaba en la doctrina del status en el derecho de la temprana Edad Moderna.

Como es sabido, para los juristas de la temprana Edad Moderna se sobreentendía que el derecho estaba estructurado en función de las diferencias entre los hombres, atendiendo a la particularidad de cada caso, de conformidad con las diversas condiciones de las personas, una de las cuales era la edad[11]. Si la justicia era considerada «la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo suyo» (Inst. 1.1. pr), esto significaba —como se hace explícito en una obra sobre el derecho de las edades: el *ius aetatis* del año 1701— que también había que dar siempre a cada uno lo que es suyo según su edad: *Finis hujus Juris est, ut unicuique suum aetati convenienter tribuatur*[12].

A la luz de esta idea de justicia hay que entender la manera muy particular en la cual se determinaba en los siglos XVII y XVIII lo que hoy se llama la «capacidad jurídica» y el lugar que ocupaban los privilegios de la ancianidad en este contexto. La «capacidad jurídica» no era determinada en forma general y abstracta, es decir, en el sentido de un atributo unido a la persona y que comprende todos los derechos. Porque, como decía el famoso Juan Heineccio «la palabra hombre y la palabra persona son sinónimos hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el sentido jurídico. «[…] Hombre es cualquiera que tiene mente racional en cuerpo humano. La persona es el hombre considerado en su estado»[13].

---

[10] De Trazegnies (1991: 14).

[11] Cfr. Bartholomäus Leonhard Schwendendörfer, (Praeses)/ Johannes Henricus Melchius (Resp.), *De personarum aetate juridica* […], Lipsiae 1667, Cap. I: *Pro diversitate siquidem aetatum diversa ac magna discrimina & corporis & animi mortales sentiunt, ut in virili aetate majores operationes & functiones appareant, quam in minnorennitate, ita ut quaelibet aetatis pars suum speciale habeat, in quo a caeteris distet*.

[12] Wigandt (1701: 23).

[13] Cita según Juan Heinecio, Recitaciones del Derecho Civil Romano de Juan Heinecio, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamenate, 8ª ed., Valencia 1888, 104; cfr. también Johann Gottlieb Heineccius, *Recitationes in Elementa Juris Civilis*

Este estado de una persona era determinado según factores generalmente resumidos en el *status civilis*, que expresaba en esta época algo como el *status* reconocido por el ordenamiento legal, y en el *status naturalis*, una categoría que resumía ciertas condiciones naturales. Como es sabido, el *status civilis* se subdividía en el *status libertatis* (e.d. ser libre o no libre), el *status civitatis* (e.d. ser ciudadano o no) y el *status familiae* (e.d. la posición dentro de la familia en el concepto amplio que el *ius commune* aplicaba a la familia)[14]. Dentro del *status naturalis* se diferenciaba entre el nacimiento ya ocurrido o el nacimiento venidero (*status nativitatis*), en función del sexo (*status sexus*), en función de los atributos naturales del cuerpo y del alma (*status integritatis*) y de la edad (*status aetatis*). Dentro del *status aetatis* se distinguía entre mayores y menores, y dentro del grupo de los *maiores* algunos distinguían entre los *senes* y de los *nonsenes* o también entre los *senes* y los *iuvenes*[15].

2. Los tratados sobre los *privilegia senectutis*

Los privilegios que competían a los ancianos, es decir los *senes,* estaban expuestos en una serie de obras sobre los privilegios de las distintas edades[16] y en obras sobre los privilegios en general[17] y especialmente en algunas monografías sobre los *privilegia* o *iura singularia senectutis* y *senum*. Estos *privilegia* o *iura singularia senum,* se definían —en alusión a la definición del *ius singulare* en *Digesto* 1.3.16—[18] como el *ius speciale sive particuliare,* dado en favor de los ancianos en virtud de la equidad y en contra de las reglas del derecho general[19].

Una extensa búsqueda en repertorios bibliográficos y catálogos ha mostrado, hasta ahora, la existencia de aproximadamente treinta monografías sobre el «derecho de la ancianidad» escritas en latín, que datan de fines del siglo XVI a fines

secundum ordinem institutionum. Tomus I, 1824, 117: Homo et persona grammatice sunt synonyma, at juridice diferunt. Omnis quidem persona homo est, sed non omnis homo est persona. Homo est, quicumque mentem ratione praeditam in corpore humano, et persona est homo, cum statu quodam consideratus.

[14] Véase Coing (1996a: 219-225, 251-285; 1996b: 355-377).

[15] La distinción entre *senes* y *iuvenes* en Höpfner (1833), Falckner y Bergner (1668), capítulo III, Th. 4 distingue *senes & nonsenes*.

[16] Véase Fomann (1620), Wigandt (1701), Clemens (1736).

[17] Cfr. Falckner/Bergner (1668), capítulo III: *De objectis favoris* […] *De personis ratione aetatis.*

[18] Sin poder profundizar este aspecto, cabe mencionar que la base legal de los privilegios contenidos en el mismo derecho común se hallaba en Dig. 1.3.16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*. Acerca del concepto del *ius singulare* en el Derecho Romano Orestano, (tomo XI, 1937, 5-105 y XII/XIII, 1939, 5-106), Garín (1968). Para el contexto medieval: Mortari (3, volumen 8 = 92, 1957-1958: 271-350).

[19] Schröter/ Murhardt (1986). Véase: *Definitur singulare senum jus, quod sit speciale sive peculiare quoddam jus, quod in favorem senectutis contra regulam Juris communis ob aliquam aequitatis rationem auctoritate constitutentium introductum est.*

del siglo XVIII, la mayoría del mundo de habla germana[20]. Entre ellos existen algunas que abordan temas especiales, como por ejemplo, una monografía del año 1722 —la *Tractatio jurídica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria senis cum juvencula et vetulae cum juvene*— que discute el tema de la legitimidad de matrimonios realizados entre personas con gran diferencia de edad. Si bien la mayoría de los tratados son publicaciones que se produjeron en el ámbito universitario, especialmente tesis doctorales, también existen algunas monografías que surgieron de otros contextos de origen, como por ejemplo, un texto del año 1643 *De Privilegiis senum, quibus illi apud deum et homines gaudent*, en el cual el autor, el alemán Johann Peil —quien se considera un *senex*, un anciano— asume

[20] Se trata de las siguientes monografías: De Monte Leonis (di Monteleone), Fabius: *Tractatus modicus de privilegiis senectutis*, Romae 1550; Braun, Hartmann: *Speculum senectutis, die erste: Canities veneranda; die ander: Senectus opanda; die dritte: Corona senum; die Vierdte: Aetatis praerogativa*, Giessen 1612; Actius (Azzio), Thomas: *Tractatus novus legalis de infirmitatibus eiusque privilegiis et effectibus cum auctoris Tractatibus duobus de privilegiis praegnantium, et de senectutis praerogativa*, Francofurti 1604, 1609, 1625; Neander, Samuel: *De coniugio senum decrepitorum cum iuvenculis succiplenis discursus politico-iuridicus,* Frankfurt/Oder 1621; Peil, Johann: *De Privilegiis senum, quibus illi apud deum et homines gaudent,* Vesaliae Clivorum, 1643; Chokier de Surlet, Jean de: *Tractatus de senectute, in quo illius elogia, privilegia, commoda, sive etiam incommoda* […] *explicantur*, Streel 1647; Volckmar, Heinrich (Praeses)/Jacobi, Theodor (Respondens): *Diss. de iure et privilegiis senectutibus*, Lipsiae 1657; Deckherr, Friedrich (Praeses)/Lessius, Georg (Respondens): *Heptas quaestionum de jure senectutis*, Argentorati 1662; Rehau, Johann/= Rebhan (Praeses)/Ebner, Johann Paul (Respondens): *De iure senum senectutibus privilegiis,* Strassburg 1663; Struve, Georg Adam (Praeses)/Wildt, Gottfried (Respondens): *Jura ac privilegia senectutis,* Jenae 1664 [= Struve, Georg Adam: *Tractatus exhibens iura ac privilegia senectutis. Von Freyheiten Alter betagter Leute,* Jenae 1737]; Danckelmann, Daniel Ludolf: *Diss. de beneficiis senectutis,* Heidelberg 1669; Lehmann, Theodosius (Praeses)/Beust, Carl Friedrich von (Respondens): *De juribus ac privilegiis senum*, Jenae 1670; Schröter, Johann (Praeses)/Murhardt, Johann Philipp (Respondens): Positiones *inaug. De singulari senum iure*, Erfurt 1686; Herseler, Aegidius Heinrich: *Dissertatio Juridica Inauguralis de Jure Senum*, Duisburg 1692; Schöpffer, Theodosius: *Gerontologia seu tractatus de iure senum,* Quedlinburgi 1705; Feltz, Johann Heinrich (Praeses)/Elbert, Joseph Philipp (Respondens): *De iuribus ac privilegiis senectutis, Argentorati* 1708; Willmanns, Franz (submittit): *Disputatio Inauguralis Juridica de Jure senum*, Duisburg 1711; Martini, Nicolaus (Praeses)/Joensen, Henricus (Respondens): *Dissertatio Inauguralis Juridica De Jure senum singulari, Von Begnadigung und Freyheiten alter Leute*, Halae Magdeburgicae, 1714; Petersen, Johann Christian/Mantzel, Ernst Johann Friedrich: *De potioribus aetatum privilegiis*, Rostock 1721; Hoffmann, Conrad Philipp: *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria, senis cum juvencula et vetulae cum juvene sive Vom Heyrathen alter Persohnen, Regiomonti &* Lipsiae 1722; Cocq, Friedrich Lud.: *Disputatio de honore ac privilegiis senum*, Ultraiecti 1735; Rivinus, Andreas Florens (Praeses)/Klügel, Ernst Gottfried Christian (Respondens): *De senectute non honorata, Wittenberg 1759; Rudloff, Wilhelm August* (Praeses)/Cremer, Johann Wilhelm (Respondens): *De iure senii in familiis illustribus*, Bützow 1769; Breuningius, Chr. Henr.: Diss. *Quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non comparent?,* Lipsiae 1772; Ploucquet, Wilhelm Gottfried, *Vom menschlichen Alter und den davon abhängenden Rechten,* Tübingen 1779; Püttmannus, J. L. E: *De nuptiis senum*, Halle 1782; Christian Gottlieb Hommel (Praeses)/R. G. Winckelmann (Respondens): *Diss. inaug. de iurib. senum singularibus,* Vitemb. 1790.

la tarea de comprobar que las personas mayores se encuentran siempre mejor posicionadas que otras ante el derecho.

El contenido, la extensión y la estructuración de estos tratados varían. La mayoría se limita a ciertos aspectos claves, como los privilegios que tienen los ancianos en materia judicial, penal y pública. Sin embargo, también hay una obra que expone los privilegios en orden alfabético, complementado en anexos (Thomas Actius 1603), y otra que abarca prácticamente todas las materias del derecho: la *Gerontologia seu Tractatus de iure senum* del alemán Theodosius Schöpffer (1705).

En las publicaciones que surgieron del contexto universitario, generalmente se encuentra una sección destinada a la etimología y a la tópica, aunque ya con mucha reserva hacia este método[21]. A continuación se consideran diversos problemas, generalmente en cinco a diez capítulos. Los *Heptas Questionum de Jure Senectuti* de 1662, abordan por ejemplo el interrogante de las penas más benignas en el derecho penal, los privilegios en honor a la ancianidad, algunos en razón de dolencias físicas y de la *prudentia* y *auctoritas*, así como la cuestión acerca de si el *senex* sufre restricciones en su capacidad de actuar[22]. Una tesis doctoral publicada en el año 1663 en Estrasburgo que comienza con informaciones etimológicas, plantea que las personas mayores nunca se encuentran ante el derecho en una peor situación que las personas en otra etapa de la vida y que ellos gozan de derechos honoríficos especiales: *Senes semper esse & fuisse Deo amabiles*, razón por la cual deben ser respetados especialmente. Finalmente se aborda el tema acerca de como determinar la edad en la práctica. Otros tratados dividen la materia según los distintos ámbitos del derecho, como por ejemplo, la ya mencionada tesis doctoral del año 1664, guiada por el célebre jurista alemán Georg Adam Struve de la Universidad de Jena, sobre los *Jura ac privilegia senectutis*[23].

---

[21] Meier/Wabst (1738). *Disputatio inauguralis juris privati communis et saxonici de jure aetatis, Erfordiae,* § II, donde se dice que la búsqueda de un sentido en la etimología parece […] *sterilis* y parece tener *parum vel nihil utilitas*.

[22] Deckherr (1662), *Quaestio I - Quotus annus secundum Jus Civile sit initium senectutis?; Quaestio II - Quot sint senectutis partes?; Quaestio III - An senes in delictis mitius puniri debeant?; Quaestio IV - An Privilegia senibus in honorem senectutis competant?; Quaestio V - Quanam privilegia propter infirmitatem senibus LL. tribuant?; Quaestio VI - Quanam privilegia senes habeant propter prudentiam & auctoritatem?; Quaestio VII - Utrum senibus jura quadam, maioribus 25 annis alias competentia, ob senectutem auferantur?*

[23] Struve/Wildt (1664), *Praelogium; Caput I - [no hay título]; Caput II - De Senectutis Definitione & Divisione; Caput III - De Juribus ac Privilegiis in Dignitatibus, Muneribus & Oneribus; Caput IV - De Juribus Senectutis in Judiciis; Caput V - De Juribus ac Privilegiis Senectutis in Carceribus, Torturis atque Poenis sustinendis; Caput VI - De Juribus & Privilegiis senectutis in Contractibus, Donationibus, Nuptiis, Arrogationibus, Manumissionibus & Testamentis.*

3. Definición de la *senectus*

Al acercarnos al contenido de las obras, cabe preguntarse primero cuando comienza la ancianidad. En la mayoría de los textos se decía —tal como hoy en día— que el momento a partir del cual esta etapa comienza, era «bastante dudosa» de establecer[24]. Lo único seguro parecía el hecho que no podía determinarse con exactitud uniforme un momento del inicio de la ancianidad, y tampoco podía establecerse una definición general. Los autores destacaban que la misma persona podía ser clasificada según el contexto concreto del cual se trataba, como *senex* o como *non-senex*[25], y los autores eran conscientes de la relación existente entre el modo de vida y su influencia sobre el proceso del envejecimiento[26]. Generalmente se decía, según cada región y el modo de apreciación general, que los 50, 60 o 70 años eran considerados como el inicio de la ancianidad[27].

Esta aparente imprecisión tuvo su causa en la diversidad de las determinaciones que se encontraban en las fuentes del derecho, especialmente en el Derecho Romano y el *ius commune*[28]. Por ejemplo, la obligación de aceptar el cargo del decurio finalizaba con los 55 años (D. 50.2.2.8)[29], la *Lex Falcidia* establecía 60 años como un límite (D. 35.2.68)[30], los 70 años cumplidos liberaban de la asunción de la *cura* y *tutela* (Inst. 1.25.13; D. 27.1.2.pr) y de otras *munera* (D. 50.6.3.pr). Como todas las normas se referían a un caso particular era imposible

---

[24] Bechmann/Adam (1661), Th. XXII: *Cuius terminus quo definere debeat, magis dubius est, tum quod nihil prorsus leges constitutum relinquant, tum quod habitus corporis, & qualitas aetatis eius, ex quibus terminus commensurari debeat Jurisperitis haut innotescere possit;* cfr. también Deckherr/Lessius (1662), *Quaestio I- Quotus annus secundum Jus Civile sit initium senectutis?*

[25] Bechmann/Adam (1661), Th. XXII: *Nam cum in jure ex supra allegatis textibus idem homo eodem tempore quo diversitate rei & senex & nonsenex dicatur* […]; Rebhan/Ebner (1663), Cap. II: *quo anno juventus terminetur, atque senectus incipiat, jure nostro definitum non est*.; Struve/Wildt (1664), Cap. II: *Doctores equidem in statuendo principio hujus aetatis non conveniunt, sed diversas in hâc controversia fovent sententias*.

[26] Rebhan/Ebner (1663), capítulo II: […] *siquidem evidentia docet, temperamentorum, modorumque concretionis diversitatem, morbosve, labores, passiones, desideria, zelum, iracundiam, curas & mala alia (Erasmi verbis utor) nonnunquam senium accelerare, atque ita promovere, ut alter, qui huismodi molestiis non fuit infestatus, hoc ipso aetatis anno adhuc vegetus & succiplenus sit, quo alter qui jugi aegrimoniam laboravit, penitus enervatus & senectae aetatis videatur & siquidem simul uno eodemque tempore & senex & non senex esse dicitur possit* […].

[27] Cfr. extensamente Jacobus Menochius, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo* […], *Coloniae Agrippinae*, 1615, Lib. II, Casus LIX: *Qua aetate senex quis censeatur*. Struve/Wildt (1664), capítulo II: […] *tradit, Senectutem inchoare vel ab anno 50. vel. 60. vel 70. secundûm varias regiones & vulgi opinionem*.

[28] Para un panorama sobre la normativa romana acerca de la ancianidad cfr. D. Dalla (1995, II: 287-321) y Gutsfeld (2003: 161-179).

[29] Véase Bechmann/Adam (1661: XXXII), Deckherr/Lessius (1662), Wigandt (1701: 44).

[30] Deckherr/Lessius (1662), Wigandt (1701:44).

generalizar un límite, más aún cuando la medicina tampoco ofrecía una definición inequívoca[31].

Frente a esta disparidad, típica del derecho de la época, algunos autores remitían al libre arbitrio del juez[32] aquellos casos en los cuales no se aplicaba ninguna disposición especial. Otros en cambio, opinaban que por razones pragmáticas debía definirse una pauta[33]y establecían un período entre los 50 y los 100 años[34]. La terminación de la *senectus* con cien años estaba relacionada con la presunción de vida para los casos de desaparición. Algunos autores opinaban que esta práctica correspondía a la que aplicaba la Corte Imperial para la admisión de testigos *ad perpetuam memoriam*[35]. Sin embargo, el libre arbitrio del juez no quedaba excluido y podía emplearse en forma correctiva, siempre y cuando no estuviera establecida expresamente la cantidad de años[36].

Siendo imposible efectuar una determinación numérica de la ancianidad, algunos autores trataban de establecer otros criterios para definir o circunscribir la *senectus*. En este contexto encontramos un recurso en la etimología, que define la *senectus* por su proximidad con la muerte, sosteniendo que la persona es «semi – ex»:

---

31 Cfr. Zacchias (1666, esp. Lib. I, Tit. 1, q. I: *Quid sit Aetas*; Lib. I, Tit. 1, q. IX), Schäfer (2004).

32 Lehmann/von Beust (1670), capítulo I, Nr. IV: *Restat ergo, ut in casibus, in quibus certus aetati terminus non est assignatus, totum Judicis arbitrio relinquamus, quando aliquis senex sit habendus*. Rebhan/Ebner (1663), Cap. I: *In qua opinionum varietate, cum verisimilius sit, Romanus numquam juventutem & senectutem ad certos annos restrinxisse; tutissimam eorum sententiam duco, qui aetates has arbitrio judicis discernendas relinquunt*.

33 Struve/Wildt (1664), capítulo II: *Cum autem conducibilius sit hanc in re certam habere regulam, quam eam in suspenso relinquere, placuit non tantum cum Glossa* […] *sed & aliis Doctoribus* […] *annum denominare Quinquagesimum*.

34 Struve/Wildt (1664), capítulo II: *Senectutem cum Doctoribus definio, quod sit ultima hominis aetas, inchoans ab anno quinquagesimo & finem suum determinans in anno centesimo.* Similar Schwendendörfer/Melchius (1667), capítuo VII: *Describo igitur Senectutem cum Dd. quod sit sexta hominis aetas regulariter incipiens ab anno 50 perfecto & currens usque ad annum 70* […] *Testatur* […] *quod etiam in Camera quinquagenarii pro senibus reputentur.*

35 Struve/Wildt (1664), capítulo II: *Et hanc opinionen etiam in Camera Imperiali Spirensi receptam esse, testantur* […] *ubi praeterea notandum, quinquagenarios testes ad perpetuam rei memoriam ante litem contestatam posse examinari, cum tamen regulariter alias rejiciantur* […] *& nulli nisi senes & valetudinarii admittantur.* Véase también Schwendendörfer/Melchius (1667), capítulo VII.

36 Explícitamente Wigandt (1701: 44): *Hinc si in aliqua Lege Senectae sit mentio expressa, dum pro isto actu vel negotio senectus incipienda est, ubi vero Lex tacet, judicis eloquio hanc de senectute alterationem esse relinquendam & nos arbitramur*. También Struve/Wildt (1664), capítulo II: *Hoc quidem negari nequit, judicis arbitrium in nonnullis casibus esse necessarium, v.g. in munere preferendae pecuniae* […] *item in poenis & torturis affligendis, testibus examinandis, & c. de quibus* […] *etiam dixi, exinde vero minime sequitur, initium senectutis semper dependere ex arbitrio Judicis; Quod etiam patet ex* […] *in sene septuagenario a tutela ipso Jure immuni, ubi Judicis arbitrio nihil relinquitur.* Lehmann/von Beust (1670), capítulo I, número I.

senex nonnullis dicitur quasi seminex, i. e. semiortuus, morti propinquus[37]. Una diferencia cualitativa que aparecía frecuentemente era la que se hacía entre la *senectus* como tal y la *senectus decrepita*, es decir, entre la edad avanzada y la decrepitud en razón de la edad[38]. Sobre la *senectus decrepita* se proyectaban las consecuencias negativas: *el defectus ingenii atque prudentiae* y la pérdida de la memoria[39], mientras el simple *senex* permanecía siendo el anciano honorable. Sin embargo, también esta división creaba nuevos problemas. Muchas de las reglas desarrolladas para la simple *senectus* no podían aplicarse a la *senectus decrepita* y viceversa[40] y además casi no podía establecerse una distinción entre el *senex decrepitus* y el enfermo. También encontramos otra forma de determinación de la ancianidad que podría llamarse una «determinación moral». La edad, se decía en el tratado de Struve del año 1664, solo debía alabarse en los casos en los cuales se destacaba por la virtuosidad y no en función de la «cantidad de días cumplidos»[41]. Una similar connotación moral se encuentra en una obra contemporánea que decía que los únicos excluidos de los privilegios son los que se mostraban «indignos»[42].

Mirando los intentos infructuosos de encontrar una definición inequívoca de la *senectus*, puede resumirse que el acceso al goce de los derechos especiales parecía estar en su mayoría en manos de la discrecionalidad del juez. Esto no solamente fue típico de la cultura jurídica de la época, centrada en la idea del *Judex perfectus*, sino también correspondía a las realidades de la vida en la temprana Edad Moderna. Para la mayoría de la población la determinación exacta de su edad resultaba todavía insignificante[43], y la percepción temporal individual se guiaba por otros criterios[44]. Además, parece que en los siglos XVI y XVII, la inseguridad respecto de la propia

---

[37] Schwendendörfer/Melchius (1667), capítulo VII.

[38] Bechmann/Adam (1661), Th. XXXIII: *Decrepitati vero maximum virium defectum adscribamus*. Extensamente Deckherr/Lessius(1662), *Quaestio* II: *Quot sint senectutis partes*? Falckner/Bergner (1668), capítulo III, Th. 4 distingue: *Non senes sunt illi, qui virilis & robustae* […] *justae* […] *corroboratae aetatis sunt* […] *Illis ergo hoc loco potius favendum, qui senectute laborant, cujus initium cum non semper certum sit, judex moderabitur: nisi lex* […] *ubi 70* […] *vel* […] *ubi 55. annorum sit mentio, id specialiter determinaverit*.

[39] Schwendendörfer/Melchius (1667), capítulo VII: *Cum igitur in decrepito plerumque deprehendatur ingenii atque prudentiae defectus,* […] *memoriamque is excidat*.

[40] Schwendendörfer/Melchius (1667), capítulo VII: *Sed etiam hoc ipsum necessarium videatur, cum nonnulla in jure circa senem disposita in decrepito non procedant, & vice versa multa circa decrepitum, quae seni accomodare nequeant.*

[41] Struve/Wildt (1664), capítulo III, Nº 18: *Senectus quippe illa laudatur, quae* virtute *non quae numero dierum consistit […] cum illa ex numero annorum solum computata non sit diuturna.*

[42] Rebhan/Ebner (1663), capítulo III: *privilegium hoc indeterminatum est, neque ullum cujuscunque sit status, conditionis, aut qualitas (modo coetera ob mores hoc privilegio non indigni) excludit.*

[43] Véase Fuchs (2002, 1, 89-154; 2001: 141-164).

[44] Fuchs (2001: 148).

edad aumentaba con el transcurso de la misma, y cuando se daban datos acerca de la edad, estos se verbalizaban con limitaciones relativas del tipo «aproximadamente», ya que muchas personas no sabían nada acerca de su edad o solamente eran capaces de determinar su edad con gran vaguedad[45]. Será la introducción de la matrícula de bautismo durante el siglo XVI que cambiará la situación, por lo menos en Europa Central. Sin embargo, aún luego de la introducción de los registros de bautismo, se admitía la determinación de la edad establecida de acuerdo a la proximidad del nacimiento con determinados eventos, como por ejemplo, las guerras, la celebración de tratados de paz, la peste, la muerte de personas famosas, o mediante los certificados presentados por los parientes, médicos o parteros[46].

4. Consecuencias jurídicas: los *privilegia senum*

Si bien obviamente no era fácil determinar quién accedía y en qué caso a qué privilegios, cabe preguntarse qué privilegios podían invocarse por ser anciano.

El conjunto de privilegios del que gozaba la persona denominada *senex* es amplio y heterogéneo. Para dar un panorama representativo, parece útil dejarse guiar por la tesis doctoral dirigida por Georg Adam Struve en el año 1664, que no solamente se recomienda por el prestigio del mismo Struve que funcionaba como *Praeses* de la tesis doctoral, sino porque la misma parece haber sido considerada ejemplar por los mismos contemporáneos. No solamente fue publicada en el año 1664 y plagiada en una disertación de Estrasburgo del año 1708[47] sino que fue reeditada como monografía con el nombre de Struve en 1737.

En la obra comienza a analizarse —después de capítulos introductorios acerca de la definición de la *senectus*— los derechos relativos a los honores, las funciones y las cargas (capítulo III). Como en casi todos los tratados referidos al tema, se resalta la honra a los ancianos por parte de los romanos y otros pueblos de la antigüedad (Nº 1-5). Al respecto, se enuncian algunos privilegios generales que les correspondían a los ancianos. El respeto para con los *senes* se demuestra, según el autor, concretamente en el hecho de levantarse en su presencia, cederles el lugar y básicamente en concederles la palabra, como por ejemplo en votaciones y sentencias (Nº 6-9). Asimismo, para el otorgamiento de cargos laicos y eclesiásticos los ancianos tienen —sigue la obra— la prioridad frente a los más jóvenes, ya que los *senes* tienen, por experiencia, mayor juicio y son más seguros e inteligentes. Los más jóvenes tienden, en cambio, a un juicio apresurado (Nº 10-12).

---

[45] Fuchs (2001: 151; 2002: 121).

[46] Rebhan/Ebner (1663, capítulo IV).

[47] Feltz (1708), especialmente los capítulos III, IV y V.

Sin embargo, este privilegio no era ilimitado. El autor destaca que existen casos en cuales los más jóvenes eran preferidos a los ancianos por su gran inteligencia y conocimientos. La elección de un abad, algo que ocurría con frecuencia, es un ejemplo (Nº 13-18). Los *senes* debían gozar —en el ejercicio de un cargo— de una cierta protección de permanencia. Una vez que un *senex* era elegido no debía ser separado de su cargo únicamente a causa de su edad. Si no podía cumplir con sus funciones adecuadamente debía asignársele un coadjutor. La retribución de este último no debía ser descontada de la del *senex*. Por lo demás, concluye el autor, es un precepto de religiosidad, el cuidar y atender al *senex* (Nº 19-21).

Según el autor, el *senex* gozaba de determinados privilegios en lo que atañe los deberes públicos. Al respecto, el derecho romano ofrecía una rica casuística que fue invocada y adaptada a los tiempos modernos. En el derecho romano, todas las personas mayores de 55 años debían ser exceptuadas de los *munera* que requerían esfuerzos corporales, razón por la cual se debatía eximir a los cincuentenarios del servicio militar, de las guardias de portales y de los servicios de guardia (Nº 22-29). También debían ser eximidos del deber de tutela y curatela los *senes* a partir de los 70 años de edad. Se consideraba que esa edad ya de por sí era lo suficientemente fatigosa (Nº 31-37). Sin embargo, según la obra, la edad no era motivo para eximir a una persona de los tributos patrimoniales (Nº 38-40) ni tampoco de las contribuciones generales como el «centavo común».

En el proceso judicial que se tratará en extensión en el próximo capítulo del tratado (capítulo IV), los *senes* muchas veces oficiaban como *iudex*, y el autor escribe sobre la presunción que las personas mayores eran las más ilustradas, tenían mayor entendimiento sobre la moral y un sentido de justicia más elevado[48]. Tampoco existían motivos para separar, en general, a personas mayores de 70 años del cargo de *iudex*, ya que como se dice, no todos los mayores de 70 años han perdido la razón. Resultaba diferente con los débiles mentales. En dichos casos, dice el autor, debía permitirse que los *senes* continuaran portando un título y percibiendo una remuneración pero ya no podían continuar ejerciendo su cargo.

Un problema importante era si un *senex* podía ser demandado por una persona más joven. Algunos preceptos jurídicos romanos —como por ejemplo D. 2.4.6— establecían que los padres o según se infiera, la persona a quien se le tributaba *reverentia*, no podían ser demandados o únicamente podían serlo con el consentimiento del pretor. También en la Biblia se enuncia algo similar (1 Tim 5, 17-19). No obstante, según el tratado era de presumir que, en principio,

[48] Struve/Wildt (1664), capítulo IV, número 6: *Senes igitur, qua tales nec L L. nec natura impediuntur Judices constitui* […] *sed cum in illis major scientia, morum gravitas & justitiae cultus vehementior quam in junioribus praesumatur.*

todos eran pasibles de ser demandados, a menos que existiese una prohibición expresa, y los *senes* no estaban exentos de ser demandados (Nº 12-15). En otras palabras: aún cuando los jóvenes indudablemente debían venerar a los mayores, este privilegio de veneración no impedía enjuiciarlos, lo cual es una referencia a la independencia que tenía la esfera legal, pero que a su vez era relativizada por normas sociales que se diferenciaban de ellas (Nº 16-18)[49].

Respecto de los testigos ancianos se mencionan numerosas particularidades. En principio, los testigos debían presentarse ante el tribunal. Sin embargo, esto no era válido para las *personae egregiae* y los enfermos, como ya se podía leer en la Ley de las XII Tablas. Ellos debían ser retirados de su hogar por el juez y también debía ponerse a disposición de los mismos un carruaje y un caballo (Nº 19-23). Este privilegio se extendía a los *senes* (Nº 24-26). Algo similar era válido para la toma del juramento, que, en principio, debía ser pública y tener valor probatorio. Los *egregiae personae* y los enfermos podían, en cambio, prestar juramento en su casa sin que ello afectara el valor probatorio. Los *senes* también gozaban de este privilegio.

Según relata el autor, las declaraciones de un *senex* tenían mayor valor probatorio que las de una persona más joven. Asimismo, en cuestiones *ad perpetuam rei memoriam,* la declaración de un *senex* tenía preferencia, porque él mismo habría obtenido sus conocimientos de sus propias percepciones (Nº 41-46)[50]. Las declaraciones de los testigos ancianos tenían especial importancia en caso de contradicciones entre las declaraciones de los testigos o de dudas. Contrariamente a la regla que, en caso de duda debían ser dadas por ciertas las declaraciones de los testigos del demandado y no del actor, las declaraciones del *senex* propuesto por el actor como testigo, tenían preferencia (Nº 47-49).

En el siguiente párrafo se cuestiona si los ancianos tenían privilegios con relación a la cárcel, las torturas y las penas, y cuales eran dichos privilegios. Ante todo, se cuestiona si los *senes* efectivamente debían ser encerrados. En vista que el sentido habría sido que el acusado no podía sustraerse del juicio y del castigo, no había razón, según la opinión del autor, para que los *senes* fuesen exceptuados (Nº 5-10). De todos modos, regía que «si el delincuente estaba encarcelado debía

---

[49] Struve/Wildt (1664), capítulo IV, número 16: *Reverentia equidem a Junioribus maxima exigitur, senectusque semper veneranda* […] *ea tamen eo usque extendenda non est, ne in Jus vocari queant.*

[50] Struve/Wildt (1664), capítulo IV, número 41-46: *Deposito jam a Senibus testimonio, haud immerito eis, tanquam salutis aeternae memoribus & seculi fatuitatibus contemnentibus gravior fides indulgetur ac Junioribus* […] *quia senes etiam magis probi praesumuntur quam Juvenes* […] *Sermoque eorum veracior* […] *Praesertim, quando de rerum memoria agitur* […] *Eodem modo in factis antiquis & praeprimis in limitibus probandis magis credendum est senibus, utpote qui quotidianam oculari inspectione notitiam habuerunt* […] *circa illam limitum probationem dictis senum standum esse defendit, quoniam in sene major veritas rei, illiusque cognitio est praesumenda.*

ser cuidado, lo cual incluía que no se lo debía privar de la luz del día ni tampoco debía dañarse su salud a causa del frío u otro pesar mayor», como cita una sentencia judicial. A los enfermos se les podían otorgar condiciones de prisión más leves, que también eran válidas para los *senes*, en tanto estuviesen en malas condiciones de salud (Nº 11-14).

Con respecto a la cuestión si los ancianos debían ser sometidos a torturas, después de una referencia general a la discusión acerca de si las torturas eran compatibles con el derecho y la *aequitas*, se cita a algunos autores que, en general, querían eximir a los *senes*. Otros hacían una diferenciación entre los *senes robustos* y aquellos marcados por la edad. Nadie debiera querer eximir a los *senes* robustos de las torturas si no se los quiere alentar a cometer delitos, dice el texto. Al respecto se cita la autoridad de Benedict Carpzov quien sostuvo que eximirlos de las torturas «es querer abrir una ventana a la delincuencia»[51]. Según el autor, el *iudex* no debía prestar tanta atención al número de años, sino al estado de la persona, a fin de evitar que un acusado de 70 años o más fuera eximido de la tortura sin motivo. Si un médico certificaba bajo juramento que su aplicación no constituía un peligro para la vida, podía aplicarse (Nº 15-22). Con respecto a los s*enes* débiles y a los *decrepiti* no existían reparos en prepararlos desnudos y atados para la tortura y de colocarles bastones en los pulgares para apretar, ya que al igual que las *aetas decrepita* no se los eximía totalmente del castigo, también había que adaptar la forma de tortura (Nº 23-25)[52] Aun cuando los *senes* estaban eximidos de todas las torturas a causa de demencia y del deterioro corporal, les correspondía el juramento de purificación (Nº 26).

Seguidamente se tratará el tema si a los *senes* debían aplicárseles penas más leves. Dicha postura era rechazada en general por una serie de motivos (Nº 31-38). Con respecto a los delitos para los que se preveía la pena de muerte, se afirmaba que los *senes integrae mentis*, es decir los mentalmente sanos, también debían ser sometidos a la pena común, independientemente de su estado corporal. El autor cita nuevamente a Carpzov así como el veredicto del jurado de Leipzig para el Senado de Eisleben, del año 1635 (Nº 38-45): «La reclusa E. M. es condenada por el hurto cometido/ de público conocimiento/ sin que se respete que se trata de una mujer de 73 años/ a la pena de muerte y atada de pies y manos, aplicándose el rigor de la ley». Como se ve, nuevamente la edad avanzada como tal no acarreaba consecuencias especiales.

---

[51] Struve/Wildt (1664), capítulo V, número 19: *Robustos a tormentis exemtos esse nemo dixerit, nisi qui causam & ansam peccandi praebere velit, ut loquitur D. Carpz. p. 3.q.119.n.38. sed potius aperiretur fenestra delinquendi senibus.*

[52] Struve/Wildt (1664), capítulo V, número 24: *Quemadmodum enim decrepita aetas delictum minuit, non autem in totum tollit, ita & genus tormenti modumque torquendi moderatur* […].

Con respecto a las penas corporales, como ser los azotes, la amputación de manos o los delitos para los que se preveía el destierro, se concluía lo antes señalado respecto de la tortura, es decir que se hacía una diferenciación entre los robustos y los débiles. Los *senes robustos* debían ser castigados con aún mayor dureza, porque se estimaba una energía criminal mayor. En esa oportunidad se informa que en junio de 1664 —es decir pocas semanas antes de la defensa de la tesis fechada del 21 de julio— se había sentenciado en la misma ciudad a un anciano de 75 años a azotes. Es imaginable que este caso generó revuelo y dio lugar a la elección del tema de esta tesis doctoral (Nº 50-53).

A continuación se tratarán los contratos, las donaciones, la celebración de matrimonios y algunas otras cuestiones, así como también el derecho hereditario. Se destaca que, en principio, no existían limitaciones respecto de la capacidad de hecho, en tanto existiese la *integritas mentis*. Respecto de la capacidad de prestar declaración regía, asimismo, que el derecho preveía únicamente un *terminus a quo*, aunque no el *ad quem*. En general, se presumía que un *senex* tenía pleno uso de sus fuerzas, aún si era débil corporalmente o estaba por morir. No se puede, sigue el autor, suponer simplemente que los moribundos estaban principalmente turbados mentalmente (Nº 44-48)[53]. Únicamente en los casos en los que era evidente que los *senes* habían perdido la razón o deliraban, no podían testar (Nº 49-50).

Con respecto a la capacidad de contraer matrimonio (Nº 14-29) se expresa que no puede presumirse la impotencia general de los *senes* y se hace referencia a numerosos casos de hombres, mujeres o parejas ancianas que habrían procreado en una edad avanzada. Los matrimonios con un anciano, aun si hubiesen sido admisibles, eran desaconsejados, ya que se consideraba que serían infelices —el autor cita la frase: «el matrimonio con una joven significa la tumba para el anciano»—[54]. Para finalizar, se trataban otros problemas jurídicos del matrimonio de las llamadas «parejas desiguales», como por ejemplo, en qué medida puede ser válida la presunción de paternidad para los niños nacidos de tales matrimonios. El resultado respecto de dichas cuestiones es que no regían ningún tipo de derechos especiales sino que debían aplicarse las reglas generales.

---

[53] Struve/Wildt (1664), capítulo V, número 24: *Senex autem, utcunque aliquis sit, utcunque etiam infirmus, semper praesumitur esse sanae mentis.*

[54] Cfr. Struve/Wildt (1664), capítulo V, número 27-28: *Omnibus tamen modis decrepitis & senibus, praeprimis iis, qui viribus exhausti ad conjugia & matrimonia plane sunt impotentes ac incapaces, est dissuadendum matrimonium* […] *cum experientia docente hae nuptiae plerumque tragicos sortiri soleant exitus, & juxta vulgare illud, sponsa puella certissimum sit seni sepulchrum*. Véase también Wigandt (1701: 45): *Quae bello est habilis, Veneri quoque convenit Aetas: Turpe senex miles, turpe senilis amor.*

5. Consideraciones finales

Sintetizando lo dicho puede observarse que, si bien se han debatido numerosas peculiaridades de la edad avanzada como tal, finalmente no era esta la que acarreaba consecuencias jurídicas. A excepción de pocos casos en los que, según la tradición, se preveía alcanzar un determinado límite de edad numérico, fue la presencia de determinada condición que se vinculaba típicamente con la edad avanzada la que desencadenaba las consecuencias jurídicas previstas. Por ejemplo, la prudencia o, en sentido negativo, la decrepitud y la demencia. La pertenencia a una determinada etapa de la vida como la ancianidad constituía solamente una presunción de la existencia de dicha condición y de la aplicabilidad de los privilegios.

En este sentido, la mirada a los privilegios de la ancianidad confirma algunas observaciones hechas en relación a otros grupos de privilegiados, como las personas miserables[55]. Cabe recordar en este contexto lo que escribió el obispo Gaspar de Villarroel acerca de quiénes son personas miserables: «No hay Derecho que de tal manera defina y determine las personas miserables que podamos hacer de ellas una lista; porque aunque en ellos se trata de algunas, no por eso se excluyen otras en quienes se halle semejante soledad, desamparo y desdicha», agregando que «entre tantas personas miserables, como señalan en sus libros los Doctores, pende el arbitrio del Juez declarar si es, ò no persona miserable, la que comparece en su Juicio, y si goza del privilegio»[56]. En otras palabras: los textos del derecho común ofrecían una normativa apta para ciertos casos, dándole al jurista una propuesta normativa, pero era el juez quien finalmente daba a la norma propuesta la autoridad para el caso concreto.

Mirando la actitud frente a la ancianidad misma, los textos demuestran que ya en la literatura jurídica de la temprana Edad Moderna pueden encontrarse lo que la gerontología moderna llama el «modelo de competencia» y el «modelo de déficit» de la edad, es decir modelos de edad positivos y negativos, en los cuales se proyectan los estereotipos positivos y negativos de la ancianidad. Al igual que en la actualidad, no existía un modelo positivo o negativo sobre la edad, sino estereotipos contrapuestos que podían existir paralelamente: el anciano sabio e inteligente existe a la par del viejo frágil y senil, que se convierte en objeto de burla de los niños. Iban de la mano *Power and Poverty*, como se titula una reciente obra colectiva con aportes sobre la historia de la vejez[57].

---

[55] Duve (2005), en prensa.

[56] de Villarroel (1738, parte II, Quest. XIV, artículo III, número 5).

[57] Ottaway (2002). Para la historia de la vejez véase Duve (2006) y obras estándar como por ejemplo Minois (1987: 329-394), Laslett (1991), Welte (1987: 1-32), Jutikkala (1999: 45-58).

Recogiendo estas imágenes colectivas, los textos jurídicos se insertan en un discurso sobre las edades que sirvió para estructurar las relaciones intergeneracionales. El constante llamado a venerar la ancianidad y honrar a los ancianos podía servir para protegerlos de las consecuencias negativas de la pérdida de sus capacidades físicas y también mentales[58]. Las obligaciones de los más jóvenes de levantarse y ceder el primer lugar o la palabra a los *senes*, su prioridad para ocupar cargos civiles y eclesiásticos o que, a los fines de una mayor *prudentia,* se le atribuyera en caso de duda mayor valor probatorio a la declaración de un *senex,* son expresión y reafirmación de este lugar protegido en la sociedad.

Sin embargo, los textos también dejan ver que se esperaba de los ancianos un comportamiento conforme a las expectativas de las generaciones más jóvenes. Si faltaba la *prudentia* esperada la alabanza se convertía rápidamente en burla. Los *senes decrepiti* eran catalogados como *quasi delirantes,* como «infantiles y decrépitos» y la *senectus* como «otra infancia» *altera pueritia*[59]. Cuando los ancianos cometían delitos, no solamente no gozaban de ningún privilegio sino incluso debían ser castigados con más dureza, ya que en realidad debían comportarse con mayor inteligencia que los más jóvenes, como expuso el autor de la tesis doctoral publicada en 1664 con el nombre de Struve. Asimismo, en la crítica a la «avaricia» y a la «codicia», que a menudo se le adjudicaba a la edad avanzada, se reflejaba la expectativa de los jóvenes que la generación mayor efectuara la transferencia del patrimonio a tiempo. Lo mismo puede decirse acerca del amplio espacio que los juristas dedicaron al caso de los matrimonios de «parejas desiguales», es decir a la unión de personas, cuya diferencia de edad era muy grande[60]. Estas uniones, muy frecuentes en un mundo con una alta mortalidad femenina en años de juventud, significaba en muchos casos, una ruptura con la distribución de los bienes esperada por la generación joven —en lo material—, por crear un nuevo heredero, muchas veces de la misma generación de los hijos de las primeras nupcias, como también en lo sexual, cuando una persona joven se casaba con una de avanzada edad y no con una de su misma generación. Estas uniones parecían reprochables

---

[58] Cfr. por ejemplo en Peil (1992), capítulo I, Deckherr/Lessius (1662), *Quaestio IV: Honorem senibus exhibendum, imperat D.O.M. summus Legislator in Pandectis Sacris*; Rebhan/Ebner (Anm. 26), Cap. III: *senes semper esse & fuisse Deo amabiles. Wigandt (1701), Non inter jura sed magis aptitudinem* […] *refero Reverentiam, orta ex eo quod senes Deo sint amabiles* […] *inter omnes gentes Aetatem senilem venerabilem fuisse testatur D. Ambrosius* […]; Schwendendörfer/Melichus (1667), capítulo VII, § 3: *Qualis reverentia, quantusque honor senibus exhiberi debeat, sacrae nos docent paginae.*

[59] Struve/Wildt (1664), capítulo V, número 46-4 y capítulo VI, número 50. También en Schacht/Moller (1744, capítulo VI). *Disputatio juridica inauguralis de eo quod iustum est circa varias hominum aetates, Helmst*edt.

[60] Coupe (1967: 661-671).

y desaconsejables, según la opinión unánime de los autores, especialmente en los casos del matrimonio entre una mujer anciana y un hombre joven, aunque jurídicamente estos matrimonios eran sin duda alguna válidos.

De esta forma los textos, a pesar de ser en su gran mayoría, frutos de un ejercicio académico, y no de la práctica judicial, nos presentan un cuadro variopinto de ideas colectivas acerca de la ancianidad, esta fase de la vida «que todos quieren tener, y una vez obtenida, todos rechazan», como dice uno de los juristas citados, Theodosius Schöpffer, en el *Proemium* de su *Gerontología, seu Tractatus de iure senum*[61].

Bibliografía

Actius (Azzio), Thomas

1604 *Tractatus novus legalis de infirmitatibus eiusque privilegiis et effectibus cum auctoris Tractatibus duobus de privilegiis praegnantium, et de senectutis praerogativa*. Francofurti: 1604, 1609, 1625.

Adam Clemens, Robert Balthasar,

1736 *De aetate et insignioribus eius in civili et ecclesiastico iure effectibus*. Erfurt.

Aísa Garín, Carolo

1968 *El concepto de ius* singulare *en el derecho romano*. Jaca.

Álvarez de Velasco, Gabriel

1663 *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum. Lugduni, Pars II, Quaest. XVII: ¿Utrum senex miserabilis sit persona?*

Azo (Porcius)

1506 *Summa super codicem* […]. Augustae Taurinorum.

Bechmann/Adam

1661 *De aetate eiusque iure et privilegiis*. Jenae.

Braun, Hartmann

1612 *Speculum senectutis, die erste: Canities veneranda; die ander: Senectus opanda; die dritte: Corona senum; die Vierdte: Aetatis praerogativa*. Giessen.

Breuningius, Chr. Henr

1772 *Diss. Quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non comparent?* Lipsiae.

[61] Schöpffer (1705): *Aenigmatice tibi, benevole Lector circa initium proferam quaestionem: Quid putas esse, quod omnes expetunt & exoptant, & adeptum recusant…?*

Cebreiros Álvarez, Eduardo
2004 «La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del 'favor protectionis'». En *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, *a cura di Orazio Condorelli*, I, Roma: pp. 469-489.

Chokier de Surlet, Jean de
1647 *Tractatus de senectute, in quo illius elogia, privilegia, commoda, sive etiam incommoda* […] *explicantur.* Streel.

Cocq, Friedrich Lud.
1735 *Disputatio de honore ac privilegiis senum*. Ultraiecti.

Coing, Helmut
1996 *Derecho privado europeo.* Tomos I y II. Traducción y apostillas Pérez Martín, Antonio, Madrid.

Coupe, W. A.
1967 «Ungleiche Liebe – A Sixteenth Century Topos». *The Modern Language Review*, pp. 661-671.

Dabove Caramuto, María Isolina
2002 *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires.

Dalla, D.
1995 «Le fonti giuridiche». En Mattioli (compilador), *Senectus. La vecchiaia nel mondo classico.* Tomo II, *et al.* Roma.

Danckelmann, Daniel Ludolf
1669 *Diss. de beneficiis senectutis*. Heidelberg.

Deckherr, Friedrich (praeses) y Lessius, Georg (respondens)
1662 *Heptas quaestionum de jure senectutis*. Argentorati.

De Trazegnies, Fernando
1991 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De Villarroel, Gaspar
1656/57 *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Madrid, I, II. (Reimpresión Madrid: 1738).

Duve, Thomas
2004 «La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano». En Losano, Mario (editor), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America.* Milano.

2005 «Los privilegios de los Indios: ¿Derecho local?». En *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.* Córdoba, España (en prensa).

2006 «Generationengerechtigkeit und Altersversorgung in der juristischen Literatur zur Rechtsstellung alter Menschen des 17. und frühen 18. Jahrhunderts». En Brakensiek, Stolleis, Wunder (compiladores), *Generationengerechtigkeit? Normen und Praxis im Erb- und Ehegüterrecht 1500-1850*. Berlín. Fabius

Falckner, Christophorus (praeses) y Bergner Bernhardus (autor)

1668 *De favore iuris disputatio*. Jenae.

Feltz, Johann Heinrich (praeses) y Elbert, Joseph Philipp (respondens)

1708 *De iuribus ac privilegiis senectutis*. Argentorati.

Fliscus, Sinibaldus

1570 *Commentaria*. Apparatus in V Libros Decretalium, ad X.1.29.38, Nº 1. Francofurti.

Fomann, Ortolph

1620 *De aetatibus earumque privilegiis*. Jenae.

Fuchs, Ralf-Peter

2001 «Protokolle von Zeugenverhören als Quellen zur Wahrnehmung von Zeit und Lebensalter in der Frühen Neuzeit». En Baumann Annette (editora), *Prozessakten als Quelle. Neue Aufsätze zur Forschung der höchsten Gerichtsbarkeit im alten Reich, et al.* Köln.

2002 «Erinnerungsschichten: Zur Bedeutung der Vergangenheit für den 'gemeinen Mann' der Frühen Neuzeit». En Schulze Winfried (compilador), *Wahrheit, Wissen, Erinnerung. Zeugenverhörprotokolle als Quellen für soziale Wissensbestände in der Frühen Neuzeit*. Münster.

Gutsfeld, Andreas

2003 «Das schwache Lebensalter. Die Alten in den Rechtsquellen der Prinzipatszeit». En A. Gutsfeld/W. Schmitz (compiladores), *Am schlimmen Rand des Lebens? Altersbilder in der Antike*, *et al.* Köln.

Heinecio, Juan

1888 *Recitaciones del Derecho Civil Romano de Juan Heinecio.* Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, octava edición, Valencia.

Herseler, Aegidius Heinrich

1692 *Dissertatio Juridica Inauguralis de Jure Senum*. Duisburg.

Hoffmann, Conrad Philipp
1722 *Tractatio juridica de matrimonio sexagenarii cum quinquagenaria, senis cum juvencula et vetulae cum juvene sive Vom Heyrathen alter Persohnen*. Regiomonti & Lipsiae.

Höpfner, Ludwig
1833 *Theoretisch-practischer. Commentar über die Heineccischen Institutionen*. Octava edición, Francofurte/Meno.

Hommel, Christian Gottlieb (praeses) y Winckelmann, R. G. (respondens)
1790 *Diss. inaug. de iurib. senum singularibus*. Vitemb.

Jutikkala, Eino
1999 «Aspects of the history of ageing». En *Academia Scientiarum Fennica Year Book*.

Laslett, Peter
1991 *A fresh map of life. The emergence of the third age*. Cambridge.

Lehmann, Theodosius (praeses) y Beust, Carl Friedrich von (respondens)
1670 *De juribus ac privilegiis senum.* Jenae.

López, Gregorio
1555 *Las Siete Partidas.* Salamanca: 3.18.41.

Martini, Nicolaus (praeses) y Joensen, Henricus (respondens)
1714 *Dissertatio Inauguralis Juridica De Jure senum singulari, Von Begnadigung und Freyheiten alter Leute*. Halae Magdeburgicae.

Meier, Johannis Heinricus (praeses) y Wabst Christianus Gottlob (respondens)
1738 *Disputatio inauguralis juris privati communis et saxonici de jure aetatis. Erfordiae.*

Menochius, Jacobus
1615 *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo* […]. Coloniae Agrippinae, libro II, Casus LIX.

Minois, Georges
1987 *Historia de la vejez. De la antiguedad al renacimiento*. Madrid.

Neander, Samuel
1621 *De coniugio senum decrepitorum cum iuvenculis succiplenis discursus politico-iuridicus*. Frankfurt/Oder.

Odofredus
1552 «In primam Partem Infortiati Commentarii». En *Digestum Novum Commentarii, Lectura Super Codicem*. Lugduni, folio 148r - v.

Oldendorpius, Johannis
1559 «De privilegiis egregiarum personarum et quae valetudine impediuntur». En *Opera Iohannis Oldendorpii Iurisconsulti* […]. I-II. Basileae.

Orestano, Riccardo
1939 «Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dommatico». En *Annali della Università di Macerata*, XI, 5-105 y XII/XIII, 5-106.

Ottaway, Susannah R.
2002 *Power and Poverty. Old Age in the Pre-Industrial Past. Westport, Conneticut.*

Oosterdyk Schacht, Johannes (praeses) y Moller Heinrich (respondens)
1744 *Disputatio juridica inauguralis de eo quod iustum est circa varias hominum aetates*. Capítulo VI. Helmstedt.

Peil, Johann
1643 *De Privilegiis senum, quibus illi apud deum et homines gaudent*. Vesaliae Clivorum.

Petersen, Johann Christian/Mantzel, Ernst Johann Friedrich
1721 *De potioribus aetatum privilegiis*. Rostock.

Piano Mortari, Vincenzo
1958 «Ius singulare e privilegium nel pensiero dei glossatori». *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, serie. 3, volumen 8, pp. 92, 1957-1958, 271-350.

Ploucquet, Wilhelm Gottfried
1779 *Vom menschlichen Alter und den davon abhängenden Rechten*. Tübingen.

Püttmannus, J. L. E
1782 *De nuptiis senum*. Halle.

Rehau, Johann (praeses) y Ebner Johann Paul (respondens)
1663 *De iure senum senectutibus privilegiis.* Strassburg.

Rivinus, Andreas Florens (praeses) y Klügel, Ernst Gottfried Christian (respondens)
1759 *De senectute non honorata.* Wittenberg.

Rudloff, Wilhelm August (praeses) y Cremer, Johann Wilhelm (respondens)
1769 *De iure senii in familiis illustribus*. Bützow.

Schäfer, Daniel
2004 *Alter und Krankheit in der Frühen Neuzeit. Der ärztliche Blick auf die letzte Lebensphase*. Francoforte.

Schröte, Johann (Praeses) y Murhardt, Johann Philipp (respondens)
1686 *Positiones inaug. De singulari senum iure*. Erfurt.

Schöpffer, Theodosius
1705 *Gerontologia seu tractatus de iure senum*. Quedlinburgi.

Schwendendörfer, Bartholomäus Leonhard (praeses) y Melchius, Johannes Henricus Melchius (respondens)
1667 *De personarum aetate juridica* […]. Lipsiae.

Struve, Georg Adam (praeses) y Wildt, Gottfried (respondens)
1664 *Jura ac privilegia senectutis*. Jenae.

Volckmar, Heinrich (praeses) y Jacobi, Theodor (respondens)
1657 *Diss. de iure et privilegiis senectutibus.* Lipsiae.

Welte, Manfred
1987 «Das Altern im Mittelalter und in der frühen Neuzeit». En *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte.*

Wigandt, Franz Anton Eckenbert
1701 *De iure aetatis personarum.* Argentorati.

Willmanns, Franz (submittit)
1711 *Disputatio Inauguralis Juridica de Jure senum.* Duisburg.

Zacchias, Paulus
1666 *Quaestiones medico-legales.* Francofurti. Libro I, título 1. q. I: *Quid sit Aetas*. Libro I, título 1. q. IX: *De senio, seu decrepitate*.

EL MAESTRO DOMINGO DE SOTO Y LA ESCUELA ESPAÑOLA DE DERECHO NATURAL

*Alberto David Leiva**

Es bien sabido que, como creación doctrinaria, el derecho común fue controversial desde su origen y por ese motivo, en su desarrollo, dio lugar por vía de alegación a la llamada «común opinión de los doctores», que encontró en Castilla tan buen terreno que hasta floreció en las leyes. Pero también sabemos que en la España del siglo XVI, las guerras de religión y sobre todo la aparición del hecho americano, desbordaron con mucho las posibilidades del derecho heredado, dominado por el casuismo. La naturaleza casuista del derecho determinaba que el tejido con el cual trabajaba el jurista estaba formado por leyes y opiniones en pugna, con cierto desdén o indiferencia hacia la construcción de principios, o el despliegue de esquemas abarcadores, que por aplicación de la misma técnica surgieron en cambio de los escritos de los teólogos.

Es comprensible que los teólogos del siglo XVI suplieran esta falencia ejerciendo, con su autoridad y prestigio, una influencia mediata pero segura en las transformaciones del derecho. Sus escritos eran utilizados frecuentemente y adoptadas de ordinario sus opiniones en las obras y comentarios de los jurisconsultos[1]. Se preocuparon, como cosa natural, de las realidades de su actualidad.

Las universidades, y en especial Salamanca, desempeñaban entonces un papel de primer plano en la formación del espíritu público. Su aporte sería la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del derecho natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo.

Durante el siglo XVI, la sabiduría jurídica tocaba estrechamente a cada paso lo teológico, y todavía se profesaba un saber jurídico vinculado a la aceptación de

* Abogado. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) y del Instituto de Investigación del Historia del Derecho de Argentina.

[1] Recuérdese las frecuentes citas de Covarrubias y Leiva y Vázquez Menchaca al *De iustitia et iure* de Soto.

la noción de justicia como valor, no solo exterior a cualquier orden normativo, sino siempre superior a él.

Desde otro punto de vista cabe recordar que, por aquella época, los juristas estaban entrenados para concordar el orden divino eterno e inmutable, comprendido por el saber teológico, con el orden humano reflejado en el derecho positivo, y buscaban demostrar su armonía por medio de constantes remisiones a los dos ordenamientos.

Durante muchos años los juristas solían insistir en exigirle al juez que imitase por sobre todas las cosas y en todos los casos posibles, la decisión de Dios.

Este saber combinado fue una realidad cotidiana en la medida en que —después de recorrer un camino conjunto durante siglos— estaba todavía en sus inicios el proceso de separación y especialización de la materia que en la actualidad se suele llamar jurídica, hasta que llegó la rebeldía religiosa del siglo XVI, que en un primer momento se canalizó por cauces eclesiástico-teológicos de la mano de Lutero y Calvino, pero pronto alcanzó también al terreno jurídico y en general, ético: el derecho natural de la Edad Moderna fue un producto de los protestantes en su lucha contra una cultura que suponían propia de los católicos. La «ratio corrupta» que había proclamado Lutero invalidaba toda reflexión filosófica y ética que hubiera existido antes que él, la de los paganos, la de los padres de la Iglesia y muy especialmente la de los doctores escolásticos[2].

Sin negar la existencia de Dios, pero preocupados por desautorizar la tradición cristiano-católica anterior, los juristas de la llamada escuela de derecho natural racionalista, dijeron entonces que el derecho existiría aunque Dios no existiese, y que existiendo no se cuidaría de las cosas humanas[3]. Además, presentaron sus obras de una forma externa pretendidamente sistemática: el «sistema» fue una de las exigencias de los descontentos de la cultura tradicional, que rechazaban el casuismo propio de la cultura jurídica romanista[4].

Acostumbrados a la dogmática jurídica posterior a la aparición del sistema, e ignorando que las fronteras disciplinarias se modifican con el devenir histórico, la mayoría de los juristas contemporáneos consideran hoy que las obras de los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII son ajenas al mundo del derecho.

Digo la mayoría y no todos, porque uno de los primeros historiadores del derecho, Eduardo de Hinojosa, escribió hace 124 años, ya en plena vigencia del sistema, que «la teología, tal como se profesaba en los siglos XVI y XVII no solo

---

[2] Carpintero Benítez (1988: 383-410), ha publicado un verdadero catálogo de los insultos con que los protestantes desautorizaron la tradición cristiana-católica existente hasta Lutero.

[3] En realidad, si Dios no existiera desaparecería todo derecho y toda libertad, porque se borraría todo criterio para distinguir lo justo de lo injusto.

[4] Carpintero Benítez (1999: 338).

era ciencia de Dios, sino ciencia de la razón y de la conciencia del hombre, y que tanto entendían los que trataban de ella en la Sagrada Escritura, como en las leyes civiles, económicas o políticas […]».

Efectivamente, todo indica que para aquellos hombres la figura del teólogo, como la del filósofo para los griegos, o el jurista para los romanos representaban un papel protagónico en la vida de la sociedad. Aquellos teólogos del Siglo de Oro consideraban la teología a la manera que Cicerón la ciencia del derecho: «como conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto»[5]. La misión y objeto de la teología son tan amplios —dijo el dominico Francisco de Vitoria (1480-1546) al comenzar su Relección sobre la potestad civil— que «no hay asunto, investigación ni materia que parezcan ajenos a su profesión».

Bien se ha dicho que los teólogos, acostumbrados a contemplar los problemas desde lo alto, fueron grandes juristas, precisamente por ser teólogos, porque sin desconocer ni negar la diferenciación de las ciencias, buscaron y descubrieron la urdimbre que las pone al servicio de una misma realidad, prestándose mutua ayuda para ampliar los horizontes del conocimiento, pero no hay que pensar que este fue un resultado no querido. Baste recordar que los teólogos en general y sobre todo los de la talla de un Domingo de Soto eran de por sí maestros en el problema de la especificación de las ciencias.

El maestro Domingo de Soto —en el proemio de su tratado *De iustitia et iure*— también reivindicó el derecho de filósofos y teólogos a opinar sobre temas jurídicos. Destacando la íntima relación entre el derecho y la filosofía, explicó que la teología sirve de base al derecho canónico y la filosofía al derecho civil. Partiendo de la base de que todo lo jurídico es ético, aunque no todo lo ético es jurídico, enseñó que el derecho es un capítulo de la filosofía moral.

La escuela de Salamanca

Todos los doctores bajomedievales estudiosos del derecho romano tropezaban, ya en las primeras líneas del Digesto y de la Instituta con declaraciones acerca de la igual libertad de todos los hombres en el estado de naturaleza. Las escuelas empezaron a hablar muy pronto un lenguaje que insistía en que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres, y que la única sujeción adecuada a la libertad natural era la que provenía del propio consentimiento. Con toda razón se ha dicho entonces, que la mentalidad contractualista avanzó de hecho en la misma medida que la enseñanza y el estudio del derecho de Roma, pero fue con el triunfo definitivo del pensamiento de Santo Tomás cuando alcanzó su

[5] De Hinojosa (1890: 78).

máxima expresión en el ambiente favorable de la monarquía castellano-aragonesa del siglo XVI.

Esa enseñanza tomista fue minoritaria en los claustros hasta que la propagó Francisco de Vitoria, encabezando lo que hoy llamamos Segunda Escolástica o Escolástica Tardía Española. Esta escolástica española dista mucho de componer una unidad: Francisco de Vitoria dio origen a la corriente que llamamos los salmanticenses, que se mostró muy activa fundamentalmente en la primera mitad del siglo XVI. Podemos considerar que llegó a su máximo esplendor con Domingo de Soto. Más tarde, a finales del siglo, fueron los jesuitas los que impusieron sus libros, especialmente Francisco Suárez. Estos últimos fueron llamados los conimbricenses, ya que actuaron preferentemente desde la Universidad de Coimbra.

Claro que la relación entre los de Salamanca y los de Coimbra no es de sucesión, ni de precedente a realidad madura. En las dos universidades, el claustro de profesores era una soberbia galería de retratos. Más bien los conimbricenses desarrollaron una filosofía propia, y podemos decir sin exageración que Soto y Suárez han sido los teólogos españoles más influyentes en la Europa de comienzos de la Edad Moderna. Una de las notas características de la escuela es haber logrado dar un tinte jurídico a las ideas filosófico-morales de la escolástica, haciendo posible la difusión del pensamiento de Santo Tomás entre los juristas, como se ve muy claro al analizar la trascendencia de Domingo de Soto.

La más destacada nota de los escritores de este ciclo, es la de la originalidad con que supieron esbozar, adelantándose a su tiempo, teorías y disciplinas jurídicas que se tienen hoy por muy modernas.

Pero, insisto, no todos son contemporáneos, y esto es fundamental, Vitoria y Domingo de Soto son renacentistas y Suárez, barroco. Para citar correctamente las opiniones de estos autores, es imprescindible respetar el orden cronológico.

La dificultad que presentan estas obras

Independientemente del momento en que se escriba, toda construcción jurídica utiliza siempre un lenguaje técnico para expresar sus propuestas. Los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, son inolvidables por la apasionada convicción que ponían en su ciencia, puesta al día con todo el bagaje erudito del renacimiento, aplicando a la interpretación de los textos todas las luces filológicas de las lenguas antiguas. Pero en sus obras, se utilizan términos cuyo valor histórico es muy diverso. Algunos, son fórmulas derivadas de los glosadores o de los escritores de los siglos XIV y XV, que expresan de una forma primitiva las cualidades del poder que el príncipe ejerce en la comunidad; otros son términos del derecho romano clásico que se insuflan de un nuevo sentido: hay por último

nuevas locuciones latinas o castellanas, deliberadamente formadas para expresar la reciente realidad del siglo XVI. Como hasta el siglo XVII no se encuentran obras jurídicas escritas en castellano, salvo los incipientes prácticos, es la lengua latina la que suministra esos materiales a los pensadores españoles, y entonces sobre cada término se descarga inevitablemente el peso del sentido clásico, dando lugar a algunas incongruencias o retrasando el sentido final de la interpretación. Este es el motivo principal que nos impide hoy analizar la totalidad de las fórmulas jurídicas en que se va cifrando esta doctrina.

Hecha esta aclaración, pasemos a repasar algunas que tienen sentido más claro en la doctrina jurídica del maestro Domingo de Soto, aclarando para comenzar, que en sus escritos, lo mismo que en los de casi todos los teólogos, hay alguna imprecisión en el uso de la palabra derecho, y muchas veces se emplea ley como sinónimo de derecho, pero hay que puntualizar que identifican perfectamente al derecho como el objeto de la justicia (como Santo Tomás). En el caso de Soto, usa exactamente las mismas palabras en el mismo contexto, derecho como objeto de la justicia, pero también derecho como regla o ley. Naturalmente, Soto acepta la idea de ley propuesta por Santo Tomás, pero no se limita a hablar de «ordenación», sino que habla de «mandato», pero siempre el concepto de derecho está unido indisolublemente a la idea de justicia.

Las leyes, inequitativas no obligan en conciencia y pueden ser rechazadas.

Tratando acerca de la justicia de la ley, Soto explicaba que si una ley es injusta, aunque esté promulgada en documentos oficiales, ni es ley ni obliga en conciencia. ¿Por qué? Porque hay otra ley, la verdadera ley, que no está publicada, ni escrita, pero se halla en la recta razón, que la contradice y que nos obliga en conciencia. Por eso la promulgación pasiva no es de esencia de la ley ni la constituye, aunque sea necesaria en las leyes humanas para exigir ante el juez su cumplimiento. Lo que importa es la promulgación activa del pueblo, no la promulgación pasiva o su divulgación. Esta brevísima referencia cobra sentido en una Europa que marcha hacia el absolutismo y mantiene hasta hoy su importancia en pleno siglo XXI. No consideraba nuestro autor, como legítimo, otro poder que el emanado del consentimiento tácito o expreso de la sociedad, que muchos han identificado después como pueblo. Esta exigencia de la aceptación por parte del pueblo todavía se ve después en Covarrubias, y va de contramano con el creciente poder de los reyes, que pronto comenzaron a llamarse soberanos.

El rey está bajo la ley

El maestro segoviano fue amante del robustecimiento del poder real, pero absoluto impugnador del cesarismo. La fórmula del siglo XIII, de que el príncipe es como el

emperador en su reino, que no reconoce autoridad superior a la propia, y aparece claramente en el espéculo, en Soto se registra explícitamente. Para Soto, ni consta históricamente una tal potestad universal, ni sería útil, ni podría sostenerse después del descubrimiento de América. Contradijo claramente al jurista piamontés Mercurino Arborio de Gatinara, fallecido en 1530, un humanista cautivado por la obra dantesca De Monarchia, que pretendía que Carlos V tomando como modelo a Carlomagno, ejerciera una monarquía universal.

Para Soto el poder viene de la república (del pueblo diríamos hoy). Los reyes obtienen el poder para servir a la nación, para amparar los derechos de todos, no para anularlos, destruirlos o atropellarlos. No es la nación para el rey, sino el rey para la nación, repetían frecuentemente sus discípulos en la universidad de Salamanca.

Soto participa de la mentalidad que sostiene que el pueblo es el titular primario del poder, pero tiene una idea muy avanzada de la institución real. El príncipe, dice, tiene mero imperio, que consiste en la potestad que reside en los soberanos, y por su disposición en los jueces y magistrados, para imponer a los delincuentes la pena que corresponda.

La sociedad aparece concebida como un orden jerárquico y orgánico, cuyo vértice natural es el príncipe. La idea del príncipe como representante de la comunidad que ejerce la potestad suprema en su nombre, se reitera en función de la idea de cuerpo místico en que el príncipe es la cabeza[6].

El príncipe, dice Domingo de Soto, no está fuera de la comunidad sino dentro de ella, aunque en puesto preeminente como cabeza. La evocación de la idea del cuerpo místico apoya simultáneamente la concepción jerárquica y la pertenencia al todo del miembro que como cabeza preside esa jerarquía[7].

El príncipe no está *legibus solutus:* porque no está fuera de la comunidad, sino dentro de ella, aunque en puesto preeminente.

Es bueno recordar que no se trataba de posiciones puramente teóricas. Mientras los contemporáneos de Francisco I llegaban a sostener que el rey está sobre la ley, Soto y sus colegas enseñaban que el rey está bajo la ley, y Santo Tomás Moro (1478-1535) subía al cadalso el 6 de julio de 1535 entregando su vida por defender los mismos principios.

Aunque por derecho natural la república traspasó su potestad o imperio y jurisdicción al príncipe, no le dio sus posesiones, que solo puede usar para la defensa y administración de la misma república. El rey es el servidor de la nación, no su propietario. Soto reconoce a la nación el derecho a deponer al rey cuando degenera en tirano, pero no indica el procedimiento si llegara el caso.

---

6 *De iustitia et iure* I,VI, 7.

7 Sánchez Agesta (1959: 37).

El derecho de gentes

Una nota muy interesante del pensamiento de Soto que ha destacado Félix Adolfo Lamas es que «para establecer el derecho de gentes no se precisa la reunión de todos los hombres en determinado lugar, puesto que la misma razón les enseña lo mismo a todos» con lo cual también este dominico evita enrolarse en la corriente pactista para justificar la existencia de la comunidad internacional y el derecho de gentes.

También ha destacado Lamas el formal rechazo que hace Soto de las tesis propiciatorias de un estado mundial. El niega en primer lugar que haya un estado mundial, o que exista una autoridad mundial con justo título, y argumenta: «Para que una sociedad instituya un rey, o un emperador, a quien traspasar su autoridad, se requiere que se reúna en asamblea general, o que por lo menos la mayor parte de ella consienta en tal elección». Como es obvio que nunca hubo tal asamblea, no existe autoridad mundial. Pero lo más interesante, dice Lamas[8] es que a continuación Soto avanza mucho más y afirma que de realizarse tal asamblea o reunión, tal unidad mundial sería contraria al derecho natural, invocando dos argumentos: uno de Aristóteles y el otro de San Agustín. El primer argumento: «una sociedad no es más perfecta porque sea mayor, y un solo príncipe no debe tener bajo su gobierno más que lo que cómodamente pueda él por sí mismo o sus ministros administrar». El segundo argumento lo expone así: «San Agustín en el libro 4 de la Ciudad de Dios dijo que fue la iniquidad la que extendió más de lo necesario los reinos. Y una vez dominados los pueblos, dilatar el reino, a los malos les parece una dicha y a los buenos una necesidad; porque con la guerra se suprimen los enemigos peligrosos y se les incorpora al imperio».

El problema jurídico de la justificación de la conquista de América

En su reelección *De dominio* (1534), que permaneció inédita muchos años y ha llegado trunca hasta nosotros —pero que debe ser con justicia considerada como una de las piezas fundacionales del derecho internacional moderno— Domingo de Soto planteó el problema jurídico de la justificación de la conquista de América y se anticipó a algunas de las tesis de Francisco de Vitoria sobre los títulos justificativos de la ocupación.

Cinco años después, en 1539, Vitoria expuso ante el claustro salmantino sus dos famosas relecciones *De indis* y *De iure belli*. La primera reacción del poder, encarnado por Carlos V, es, según la tradición, un grito airado: «¡Que callen esos

[8] Lamas (1974: 68).

frailes!». Efectivamente, en el mismo año el emperador escribió al prior del convento de san Esteban en que residían los profesores dominicos de la universidad, mandándole hacer una información sobre lo que hubieran enseñado sobre «el derecho que nos tenemos a las Indias, islas y tierra firme del mar océano» y que les prohíba «de nuestra parte y vuestra que agora ni en tiempo alguno, sin expresa licencia nuestra, no traten, ni prediquen ni disputen de lo susodicho, ni hagan imprimir escritura alguna tocante a ello porque de lo contrario yo me tendré por muy deservido y lo mandaré poner como la calidad del negocio lo requiere»[9].

Pero la monarquía del Siglo de Oro mantenía el recuerdo de la muy antigua obligación real de mantener al reino en justicia. Por sobre todo arbitrio personal, el rey debía acatar las leyes; pero además se consideraba obligado al cumplimiento del derecho natural, y estaba decidido a gobernar con el consejo de varones prudentes. Cumpliendo la antigua obligación de aconsejar al señor, los mejores vasallos señalaban problemas y le ofrecían soluciones. De manera que la primera actitud de Carlos I dejó pronto paso a la reflexión[10]. El 31 de marzo de 1540 el emperador le escribió a Soto pidiéndole que pasara al nuevo continente. Es sabido que el maestro segoviano no viajó, pero mandó a América muchos excelentes dominicos de su convento de Salamanca[11] para colaborar en la consecución de los objetivos de la corona.

En realidad tanto Domingo de Soto como Francisco de Vitoria eran hombres de grandísimo prestigio intelectual, escuchados en la corte, con gran influencia sobre los españoles; y sus ideas nunca quedaron sin efecto práctico. Enunciaron los nuevos títulos legítimos de la conquista, contribuyendo fuertemente a la elaboración de la legislación de protección de los naturales promulgada en 1542 con el nombre de Leyes Nuevas, y a toda la creación inicial del orden jurídico que hoy identificamos con el nombre de Derecho indiano.

Soto niega el poder universal del emperador y del Papa. Destaca el carácter natural de la potestad civil y el sobrenatural de la potestad eclesiástica, de manera que el Papa tiene nula potestad en el orden temporal, por eso no puede dar a los reyes el dominio de las indias o del nuevo mundo. La potestad eclesiástica es sobrenatural, instituida por Cristo en vistas al reino de los cielos y reside en los ministros instituidos por Cristo. En la cima de esta jerarquía está el Sumo Pontífice, vicario de Cristo y sucesor de san Pedro, cuyos poderes no pueden ser disminuidos por la república cristiana. Hay por consiguiente dos potestades, la eclesiástica es superior, pero no de modo que la civil se derive de ella. Las dos proceden de Dios una por ley natural (civil) y otra por ley sobrenatural. Si Cristo no fue rey temporal, menos

[9] Gallegos Rocafull (1946: 26).

[10] Carro (1958, volumen 36: 107-108).

[11] Carro «La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América» (p. 91).

lo será el Papa. Antes y después de Cristo hubo príncipes legítimos. Aunque fueran infieles los cristianos les deben respeto. Por el texto de las bulas, los castellanos solo tienen derecho a predicar el evangelio. Los Papas no tienen ninguna potestad temporal, pero tienen la suprema potestad espiritual como vicarios de Cristo sobre toda la república cristiana. Las bulas de Alejandro VI están desprovistas de trascendencia jurídica temporal, no dan más derecho que a predicar, porque el Papa no tiene otra potestad, pero son fecundas en derechos espirituales[12].

Así como descarta el dominio temporal del Papa como título para estar en América, Soto excluye la vía del pecado de los indios como derecho de intervención y derecho a la guerra, y en cambio concede esos derechos por la vía de la sociabilidad, cuando a la condición de pecado se añade la injuria a la sociedad universal, cuya defensa compete a todos los poderes de la tierra.

Para Soto ni la infidelidad, ni la idolatría, ni los pecados contra naturaleza, ni el culto a los ídolos, pueden fundar algún titulo legítimo de conquista, por la sencilla razón de que los príncipes cristianos no tienen autoridad sobre los indios. Nadie duda, dice, que los hombres que cometen estos pecados son dignos del mayor castigo. Los mismos príncipes que los toleran y amparan son también reos de tales pecados. Pero la justicia vindicativa exige, no solo la existencia del crimen sino también autoridad en el juez que ha de sentenciar e imponer el castigo. El criminal debe ser juzgado por su propio juez, es decir por quien tiene potestad de jurisdicción sobre el reo. Solo Dios tiene jurisdicción sobre todo el orbe, y en los príncipes cristianos este poder se limita a los propios vasallos.

No se puede hacer la guerra a los que en nada nos ofendieron, salvo que hubiere agresión por parte de los infieles. El derecho divino que procede de la gracia no anula el derecho humano que procede de la razón natural, y por lo mismo no anula el derecho a la libertad, de modo que mandar que los infieles puedan ser reducidos a servidumbre por el solo delito de ser infieles, sin quebrantar un derecho natural y humano, sería hacer odiosa nuestra fe a los infieles. En la misma relección dice que apoyarse en la escritura para herir con la espada material a los que profesan otra religión, es falsearla torpemente. A los infieles se les debe impugnar con la palabra de Dios.

¿Qué falta han cometido quienes no pudieron alcanzar inteligencia más elevada y perspicaz, si esta no les fue dada y otorgada por el Sumo Creador? Es mas propio mirar por ellos y auxiliarlos, que perseguirlos. Llevar la guerra a otros bajo la capa de civilización es pura hipocresía. El defender que hay siervos por naturaleza le parece pura tiranía: «para poder practicar con mayor libertad la tiranía, el saqueo y la violencia se esfuerzan en justificarla con ficticios nombres,

[12] Carro «La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América» (p. 364).

considerándola como doctrina provechosa». El título principal para estar en América, es la conversión de los indios y su bienestar. Todas las leyes y ordenanzas deben encaminarse a su conversión y bienestar.

Resulta interesante descubrir que por la vía de impugnar las propuestas de Ginés de Sepúlveda, Soto traza un verdadero plan para evangelizar a los naturales americanos y para defender la civilización sin armas. No podemos obligarlos a oírnos ni a creer, dice, pero sí podemos obligar a sus príncipes para que nos dejen libre paso por sus reinos para predicar; con un único límite: evitar el escándalo y el daño a la misma fe. Podemos hacerles la guerra si no permiten la predicación, pero no podemos obligarlos a escuchar los sermones ni a creer. Nadie puede forzar al infiel a recibir la fe y a bautizarse.

Soto fue decidido defensor de la evangelización pacífica, y discrepó con Francisco de Vitoria cuando el maestro salmantino opinaba que si un príncipe y su gobierno pueden adoptar las leyes de otro pueblo —como los hicieron algunos emperadores de Roma— también podría el príncipe infiel convertido a la fe cristiana, imponer esta misma fe a todos los vasallos sin consultar con ellos y aun contra su voluntad.

Soto niega rotundamente esta posibilidad, exponiendo que las leyes civiles de los príncipes solo se extienden a los actos exteriores, pues los seres humanos solo pueden juzgar por ellos, pero la ley evangélica afecta nuestro corazón (nuestra inteligencia y voluntad) y para imponerla hace falta el consentimiento personal de cada uno de los hombres. El creer es un acto personal, donde no caben suplantaciones, sustitutas ni violencias. Ni con el voto de toda una nación puede obligarse a nadie a creer. Cristo dijo: «id y predicad», no «id e imponed por la fuerza mi doctrina». Dicho de otro modo: el que no creyera se condenará a sí mismo, pero no será condenado por los hombres por ser infiel.

Para invalidar la conversión por la fuerza, Soto recuerda que la experiencia histórica demostró su ineficacia en el caso de la conversión de los musulmanes, porque los nietos y bisnietos de los sarracenos que quedaron en España seguían siendo —a su juicio— tan infieles como sus bisabuelos. Su formación tomista y el resultado nefasto de la conversión forzada de los moriscos, le enseñaron a Soto a no cometer el mismo error en el caso americano.

Igual que Vitoria y De las Casas, Soto rechaza indignado la esclavitud de los etíopes, con que traficaban los portugueses, flamencos y genoveses. La superioridad de raza y cultura tan llevada y traída en los siglos posteriores, nada cuenta para este teólogo español del siglo XVI. Al puntualizar que la fe es ley de libertad, que no autoriza a los cristianos para reducir a los infieles a servidumbre, ni los priva del dominio de sus bienes; aquel que está bajo la gracia divina no posee un derecho especial sobre las cosas ajenas de aquel que está en pecado. El dominio natural no se acrecienta por la gracia ni disminuye por el pecado dice Soto.

Como se ve, Soto liga los derechos de los indígenas al concepto de dignidad humana, fundado a su vez en el hecho de ser todos los hombres creados a imagen de Dios[13].

En el caso de los naturales de América, explica que su rudeza no da derecho a conquistarlos por las armas. Son libres y por lo tanto pueden ser dueños de sus tierras. «El buen gobierno debe atender a todas las partes del imperio, sin sacrificar ninguna. Se pecaría contra esto si, por ejemplo, los reinos de Ultramar de España hubieran sido conquistados y se administrasen de tal modo que todos sus bienes fuesen para utilidad nuestra solamente, sin tener en cuenta sus necesidades y el bienestar de aquellos reinos»[14]. Esto así porque la ley debe favorecer el bien particular, pero siempre a través del bien común.

Vale la pena destacar que en 1550, tanto Bartolomé de las Casas como su contendiente Sepúlveda en las controversias de Valladolid razonaban ambos en términos de república cristiana, pero Soto lo hace dentro del *jus publicum europaeum*. De las Casas reconoce la dignidad humana de los indígenas, mientras que Domingo de Soto —como lo había hecho Vitoria— reconoce la dignidad política de los naturales americanos. En aquella primera mitad del siglo XVI Soto enfrentó el problema del reconocimiento de los principados indígenas americanos y declaró la legitimidad política de los reyes paganos con la misma valentía con que lo había hecho su maestro.

Si bien Soto no se muestra favorable a castigar a los indígenas infieles, por ser libres y no estar sometidos ni al emperador, ni al Papa, admite plenamente que se pueda luchar contra los herejes europeos porque, a diferencia de los indígenas, estos son rebeldes a la autoridad de la Iglesia y en el caso de los holandeses, también lo son al rey de España. Sobre este punto cabe recordar que, no solo la admiración intelectual fue causa de que estos conceptos se difundieran rápidamente. También los numerosos conflictos que se sucedieron en el teatro europeo, fueron causa de que Vitoria y Soto pronto fuesen imitados. La guerra naval entre España e Inglaterra fue la fuente de inspiración del inglés de origen italiano Albericus Gentilis (1551-1608) y del hispano belga Baltasar de Ayala (1549-1584) que aplicaron estos conceptos a la guerra de los rebeldes holandeses[15]. Respaldándose en los autores clásicos, consideraron que la guerra santa era injusta y, por tanto, un reino cristiano no podía declarar la guerra a un infiel amparándose únicamente en el motivo de no ser cristiano.

---

[13] No son, por ello, estos derechos susceptibles de ser redefinidos por gobiernos nacionales y declaraciones internacionales, como ocurre con los actuales derechos humanos, basados en ideas de los pensadores iluministas del siglo XVIII, y en las revoluciones americana y francesa.

[14] De Soto. *De iustituia et iure*. Libro I q.1. artículo 2.

[15] Era natural de Amberes, aunque de padre español, estudio en Lovaina y fue auditor del ejército de Flandes.

Ideas de Soto sobre los delitos y las penas

Es cosa sabida que la escuela española de derecho natural encaró con éxito a través de los escritos del franciscano Alfonso de Castro (1495-1558) —mucho antes que Beccaría— el intento de construir una teoría jurídica del derecho de penar.

Lo mismo que Alfonso de Castro, su contemporáneo Domingo de Soto, insiste en que hay que desterrar los vestigios de venganza de sangre que subsisten en Europa, que los particulares no pueden ejercer la función punitiva, y que solamente la autoridad pública puede encarcelar o detener.

Para Soto el fin de la pena es la defensa de la sociedad, la que no podría subsistir si los crímenes quedaran impunes[16].

Por eso la pena impuesta por el poder público no se endereza a procurar la enmienda ni el bien del culpable, sino el bien público, atemorizando a los demás[17]. «Apoya la pena de muerte igual que Castro[18], acudiendo también a la comparación de la pena capital con la necesaria amputación de un miembro podrido para salvar al cuerpo social de la gangrena.

Como un reflejo de su posición en la sociedad, el príncipe no está facultado para decretar el indulto de los delincuentes, dejando de lado la decisión de los jueces, porque eso redundaría, dice Soto, en «daño para la república».

El derecho de propiedad

En la cosmovisión de Santo Tomás de Aquino, la economía estaba reglamentada por la justicia y fundamentada en la propiedad privada y en el intercambio. Los escolásticos que siguieron a Santo Tomás abordaron temas como las ganancias, los salarios y los intereses como tópicos de justicia conmutativa, concluyendo que no era función del gobierno determinar salarios, ganancias e intereses. Aunque la economía no era considerada aún una disciplina independiente, formaba un consistente cuerpo de doctrina, de acuerdo a la cual las relaciones económicas debían estar regidas por las leyes de la justicia distributiva y conmutativa.

Durante el siglo XVI tuvo lugar un cambio fundamental en el funcionamiento de la economía, porque los descubrimientos y conquistas de los españoles y portugueses habían dado lugar, por primera vez en la historia de la humanidad, a la existencia de una economía mundial.

---

16 *De iustitia et iure* 1.q.2 a.2.

17 *De iustitia et iure* I.VI.q.5.a.2.

18 *De iustitia et iure* I.V. q.1n.2.

Con actividad creciente, los autores de los incipientes opúsculos mercantilistas buscaban influir en la política económica, generalmente en dirección favorable a sus intereses privados. Pero, en rigor de verdad, el mercantilismo nunca fue más que un conglomerado de prescripciones no coordinadas, en tanto que la economía escolástica gozaba de la incuestionable superioridad de ser parte integrante de un sistema filosófico coherente, que siguió pronunciándose sobre temas económicos.

Como una pauta de las circunstancias de la época, recordemos que en 1517, cuando Francisco de Vitoria explicaba en la Sorbona las doctrinas de San Antonino de Florencia, sobre la perversidad intrínseca de la usura, se produjo una célebre consulta de los comerciantes de Amberes, sobre si podían continuar pagando y cobrando intereses por los préstamos. Evidentemente, si lo que estaba en riesgo era la salvación del alma, tendrían que abandonar la actividad económica.

Años después, Domingo de Soto miraba con la mayor desaprobación la regulación del precio por parte del poder político, defendiendo el precio de mercado al sostener que una cosa vale aquello por lo que puede ser vendida, excluida la violencia, el fraude y el dolo; hoy diríamos que vale el precio libremente debatido en un mercado en competencia.

Haciendo una brillante defensa de la propiedad privada, se opuso a la vez a todo tipo de propiedad coercitivamente común, expresando que sin la propiedad privada la virtud de la liberalidad sería imposible.

Escribió Soto, refiriéndose al tipo de propiedad coercitivamente común, que:

> […] si quisieran que los terrenos fueran comunes, los hombres tomarían motivo de aquí para la desidia y flojedad, porque es indecible el amor ardiente que se tiene por las cosas propias y lo desidioso y flojo que es para las cosas comunes […]. Y como consecuencia uno arrebataría cuantos frutos le fuera posible, cosa que en esta ocasión intentarían todos en provecho propio, dada la sed de riquezas de los hombres. Por este camino era inevitable que se perturbara la paz y tranquilidad entre los ciudadanos y la amistad […][19].

La concepción de Soto en materia de propiedad, descansa sobre una jerarquía de seres donde Dios aparece como primer propietario, pues tiene dominio sobre la entera creación. También los ángeles tienen *dominium*, en cuantos seres dotados de inteligencia y libertad, como los hombres. Existen, por tanto, tres tipos de *dominium*: *naturale, divinum* y *humanum*. En cuanto al dominio natural, el hombre tiene absoluto dominio sobre todas las cosas creadas, incluso sobre las estrellas lejanas. Esta forma de derecho es pues, de derecho natural. Pero el dominio

[19] *De iustitia et iure* (Libro V, Cuestión III); citado por A. A. Chafuén en *Argumentos post Tomistas en favor de la propiedad privada*. Libertas, Nº 3, ESEADE.

humano es distinto al natural y al divino, porque se despliega entre el derecho de gentes y el derecho civil. En este punto, la conclusión de Soto diferirá ligeramente de la posición clásica de Tomás de Aquino, que consideraba la propiedad como una cuestión derivable inmediatamente del derecho natural.

La propiedad sobre las cosas está representada por la palabra latina *dominium*, que Soto distingue de la *possesio*, del *usus*, y del *usufructus*. El derecho del *dominus* se ejerce en beneficio de este, sin embargo este ejercicio del derecho esta limitado por la ley. Tengamos presente que la palabra *dominium* designaba el derecho real de propiedad, a diferencia de la proprietas, que tenía aun entonces un significado ante todo procesal, como correspondiendo a la acción que compete a todo propietario para reclamar lo que es suyo. Porque Soto estimaba que la base de todo el derecho que componen los contratos y todo tipo de convenciones era el dominio, de forma que el derecho real de propiedad es la categoría básica y radical de la justicia conmutativa. ¿Qué es el dominio, se pregunta este teólogo? Es una facultad sobre las cosas, pues es lo mismo que la facultad de disponer libremente sobre las cosas. Tenemos así tanto la pretensión de construir un sistema jurídico tomando como punto sistemático de referencia el derecho de propiedad, como la identificación de este derecho con una facultad. Si añadimos estos datos a la doctrina sobre el fundamento, naturaleza y límites del poder político, obtendremos un conjunto jurídico-político netamente moderno.

Como hijo espiritual de Santo Domingo de Guzmán, el maestro segoviano fue además extraordinariamente sensible ante la pobreza evangélica. En 1545, con ocasión de proyectos de reglamentación benéfica en varias ciudades de Castilla, le dedicó una de sus obras: la *Deliberación en la causa de los pobres* (1545).

Los discípulos de Soto

Me acerco al fin de la exposición destacando que el calificativo de maestro, que he aplicado a Soto a lo largo de estas líneas, no es gratuito. Como la mayoría de sus colegas, contemporáneos en las aulas salmantinas, Domingo de Soto fue un maestro que intencionadamente esmaltaba la explicación de citas, referencias y alusiones a personas y sucesos que llenaban el mundo, haciéndola actual, e interesando en ella todas las facultades de los alumnos, que lloraron su pérdida.

Sin ánimo de contrafactuar, podríamos hoy llegar a preguntarnos cuánto más hubieran tardado en aparecer un Domingo Bañez, un Vázquez Menchaca un Covarrubias y Leiva, un Francisco Suárez, un Luis de Molina, o si hubiesen alguna vez aparecido, en caso de que hubiera faltado la enseñanza directa de un Domingo de Soto; o la lectura de sus libros. Baste decir para ilustrar este último punto, que la obra de Domingo de Soto *De iustitia et Iure* se imprimió veintisiete

veces entre los años 1553 y 1600, y muchas veces en el extranjero, en Amberes, en Venecia, en Lyon[20].

Cuando Domingo de Soto enseñaba en Salamanca, Báñez era estudiante, y quiso el destino que él mismo asistiera personalmente a la muerte del maestro. Su primer biógrafo fue el agustino fray Luis de León, que nos ofrece un esquema de la vida de Domingo de Soto en las últimas páginas de la oración fúnebre que pronunció por encargo de la universidad de Salamanca en las exequias solemnes del maestro. Es una pieza maestra escrita en latín renacentista, de un inapreciable valor literario. «Yo tengo una razón especial para dolerme, pues fue mi maestro y como a un padre lo estimaba», y así «lo lloro como se llora la pérdida de un óptimo padre» *(ut parentem optimum amissum defleo)*. «La posteridad, oh Soto, recordará todas estas cosas. Aunque gran parte de ti las conservamos en tus escritos, la pérdida de tu presencia nos deja misérrimos».

Para terminar diré que, cada vez que se habla de la escuela española de derecho natural, es un lugar común hablar de una escolástica tardía, lo que da la sensación de que se tratase de una supervivencia, de un movimiento retrasado, cuando en realidad es un humanismo cristiano rigurosamente contemporáneo al tiempo en que se desenvuelve. ¿Fue Domingo de Soto una figura epigonal? Entre Santo Tomás y Soto corrieron tantos años y pasaron tantas cosas, que bien podría hablarse de una renovación escolástica.

Hoy, cuando el derecho enfrenta más que nunca nuevas situaciones, brota de la lectura de sus obras tal atmósfera de contemporaneidad, que comprendemos claramente que todo pasado es prólogo; y podemos cerrar esta exposición diciendo junto con Fray Luis de León: «Soto, no hay razón para pensar que has muerto» *(non est cur te, Soto, interiisse putemur)*.

Bibliografía

Barcia Trelles, Camilo

1949 *Interpretación del hecho americano por la España universitaria del siglo XVI. La escuela internacional española del siglo XVI*. Montevideo.

Beltrán de Heredia, Vicente

1960 *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*. Salamanca.

Caro Baroja, Julio

1985 *Las formas complejas de la vida religiosa (siglos XVI y XVII).* Madrid.

[20] Carro «La teología y los teológos juristas españoles ante la conquista de América» (p. 86).

Carpintero Benítez, Francisco
1988 «La modernidad jurídica y los católicos». En *Anuario de Filosofía del Derecho V.*
1999 *Historia del Derecho natural. Un ensayo*. México.

Carro, Venancio
1930 *Domingo de Soto y el Derecho de Gentes*. Madrid.
1943 *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*. Madrid.
1958 «El emperador Carlos V ante las controversias teológico jurídicas de Indias». *Cuadernos hispanoamericanos.* Volumen 36, Nº 107-108.

Castán Tobeñas, José
1950 *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*. Madrid.

Corts Grau, José
1949 *Los juristas clásicos españoles.* Barcelona.

Del Vecchio, Giorgio
1960 *Filosofía del Derecho.* Barcelona.

Gallegos Rocafull, José M.
1946 *El hombre y el mundo de los teólogos españoles de los siglos de oro.* México.

Hinojosa, Eduardo de
1890 *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo.*

Lamas, Félix Adolfo
1974 *Los principios internacionales desde la perspectiva de lo justo concreto*. Buenos Aires.

Sánchez Agesta, Luis
1959 *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*. Madrid.

Soto, Domingo de
1922-26 *Tratado de la Justicia y el derecho*. Versión castellana de Ripio, Torrubiano J. 2 volúmenes (incompleta). Madrid.
1964 *Relección* «*De dominio*». Edición crítica y traducción por Brufau Prats, Jaime. Granada.
1965 *Deliberación en la causa de los pobres*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
1967-68 *De la Justicia y el derecho*. Edición facsímil del texto latino y versión española del P. M. Ordóñez. 5 volúmenes. Madrid.

EL DERECHO CASTELLANO-INDIANO EN EL CÓDIGO CIVIL DE BELLO

*Sergio Martínez Baeza**

Me unen vínculos de cálida amistad con Fernando de Trazegnies Granda, con quien he compartido gratos momentos en congresos y reuniones en los que ambos hemos hecho aportes en un área de nuestro mutuo interés como es la historia del derecho.

En su último viaje a Chile, en 2005, ambos fuimos expositores en un congreso convocado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en ocasión de cumplirse un nuevo aniversario del Código Civil de don Andrés Bello. Poco después, coincidimos en Córdoba, España, en un congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

De regreso en Chile, tuve el honor de proponer el nombre del profesor Fernando de Trazegnies para miembro correspondiente en el Perú de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía, institución más que centenaria cuya presidencia ostento desde hace dos décadas.

Por estos vínculos y por la respetuosa consideración que tengo a su persona y a su brillante trayectoria académica y de servicio público, y porque compartimos un mismo aprecio a los más altos valores del espíritu, es que he aceptado con gusto participar en este Libro Homenaje que en su honor prepara un grupo de sus amigos y discípulos.

Agradezco el honor de ser parte de tan merecido reconocimiento.

Antecedentes

El derecho que estaba vigente en Castilla a la época del descubrimiento de nuestra América, fue el resultado de un lento y trabajoso desarrollo a través de los siglos, al que concurrieron los aportes jurídicos de los diversos pueblos que ocuparon

* Abogado. Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Chile. Miembro de Número de la Academia Chilena de la Historia. Presidente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía.

la Península Ibérica desde la antigüedad, así como también ciertas influencias ideológicas procedentes del exterior. Por ende, su estudio obliga a remontarnos a los sedimentos jurídicos que dejaron los pueblos que habitaban la península antes de la invasión romana, seguir con la influencia de Roma y de su prolongada dominación, y con la de las posteriores y sucesivas invasiones goda y musulmana. Asimismo, se deben comprobar las proyecciones del cristianismo y del elemento judío, y los efectos del renacimiento medieval del derecho romano.

Este derecho, llamado derecho común, vigente en la época del Descubrimiento de América, no es un sistema estático sino fluido y variable, esencialmente histórico. Al ser trasplantado al nuevo mundo de Colón, mantiene su carácter intrínseco, pero adquiere en estas tierras un perfil propio y diferenciado, pasando a ser el llamado derecho indiano, destinado a regir en estos vastos territorios ultramarinos. Fue este último, sin duda, una genial creación hispánica, cuyo estudio, iniciado por Rafael Altamira en España, ha ido en incremento en el último medio siglo, en especial a partir de 1966 en que, al amparo de un congreso de Historia de América que tuvo lugar en Buenos Aires, un pequeño grupo de especialistas nos reunimos y dimos vida al Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Esta entidad, liderada en un comienzo por los queridos maestros ya fallecidos, Ricardo Zorraquín Becú, argentino; Alfonso García Gallo, español; y Alamiro de Ávila Martel, chileno; con participantes que mayoritariamente nos contábamos entre sus discípulos, en sucesivos congresos que ya alcanzan el número de quince, ha ido ampliando las investigaciones y el número de los cultores de esta especialidad.

Chile entró en la órbita del derecho común europeo desde los primeros momentos de su historia, con la toma de posesión de Copiapó, en agosto de 1540, y con la fundación de ciudades, comenzando con Santiago en 1541. Son actos jurídicos que constituyen la más pura expresión del *ius commune*, al decir de Bernardino Bravo.

En este trabajo, tras referirme al derecho castellano e indiano, señalo su indiscutida presencia en nuestro Código Civil, obra cumbre del sabio don Andrés Bello.

La formación del derecho castellano

Como es sabido, la penetración romana en la península ibérica se inicia el año 218 a.C. en que Cneo Escisión desembarca en Ampurias (actual Cataluña) al mando de sus legiones. En el largo período que llamamos de la España romana y que va desde el 218 a.C. hasta el 409 en que se inicia la penetración germánica, ocurrirán hechos tan importantes como la romanización jurídica de la Hispania, la implantación del derecho romano vulgar y el aparecimiento y expansión del cristianismo.

Desde sus primeros pasos la Iglesia comienza a darse, junto con su organización, un régimen jurídico propio, que es el derecho canónico. A la par que se desarrolla el derecho romano, lo hace el canónico, y ambos se influencian recíprocamente. Basta la mención del Concilio de Iliberis (303), del edicto de tolerancia de Constantino (312), de la constitución de Constantino a España sobre donaciones esponsalicias o Ley del Ósculo (336) y la declaración del emperador Teodosio del año 390, que hace del cristianismo la religión oficial del Imperio, para advertir esta mutua interacción que da vida a un sistema jurídico romano-canónico que es el fruto propio de este período.

La España visigoda sucede a la España romana. El año 409 penetran en la península dos pueblos germánicos, los suevos y los vándalos, y también los alanos, venidos del Medio Oriente. En el siglo siguiente harán su entrada los visigodos, procedentes de Escandinavia, al mando de su rey Alarico II que hace de Toledo su capital.

Un paso trascendental en la fusión de las razas visigoda e hispano-romana fue la conversión en el 589 de Recaredo y los nuevos conquistadores a la religión católica, y su abandono del arrianismo, herejía cristiana que habían adoptado durante su inicial permanencia en el oriente. El derecho visigodo es una facultad inherente a la raza, al grupo al que se pertenece; por lo tanto, sigue al individuo a dondequiera que vaya. Cabe decir que se vio de inmediato influenciado por el derecho romano-canónico vigente en la península y que el resultado de esta suma pasó a constituir el derecho vigente en el período.

Las leyes dictadas por los reyes visigodos fueron redactadas en latín y cabe distinguir cuatro cuerpos legales: el código de Eurico, el breviario de Alarico, el código de Leovigildo y el libro de los jueces o «Liber Iudiciorum». A partir de la conversión de Recaredo al catolicismo (589), la ley canónica adquiere gran importancia. La principal agrupación de estas leyes fue la «Hispania» (siglo VII), atribuida a San Isidoro de Sevilla, que recoge cánones de concilios griegos, africanos, galicanos y españoles, más epístolas pontificias. Otra prueba de la estrecha vinculación de la ley civil con la canónica en este período, está representada por los diecisiete concilios toledanos y por la presencia en ellos de influyentes figuras del episcopado, como San Leandro, San Isidoro, San Braulio y San Julián. En estas asambleas se hizo un gran esfuerzo por moderar el poder de los reyes y afianzar la obediencia de los súbditos. La Iglesia trata de evitar la tiranía, tanto como la anarquía. Resuelve dar carácter sacro a los monarcas, ungiéndolos con aceite, como a los antiguos reyes judíos, y se dicta anatema contra él si se transforma en tirano, y contra el súbdito que quebrante el juramento de lealtad y fidelidad al monarca. El rey terminó por dar valor de ley civil a los cánones conciliares y así estos integran el derecho vigente.

En el año 711 se inicia la penetración musulmana en la península y ello habrá de significar su desintegración política. Gran parte del territorio queda ocupado por los invasores y los grupos cristianos de resistencia deben replegarse a la zona norte, afirmando sus espaldas en las moles cantábricas y pirenaicas, para iniciar desde allí una prolongada guerra de reconquista. España queda escindida en dos mundos culturales: el musulmán, cuya expresión política más alta la detenta el califato de Córdoba, y el cristianismo, representado de preferencia por el reino astur-leonés y, luego, por el condado de Castilla que se transforma en reino en el año 1035.

En el campo del derecho, la desintegración política trae aparejada la pérdida de la unidad jurídica. En la alta Edad Media, en las monarquías de la España cristiana, se presenta un período de extrema variedad jurídica.

Los musulmanes traen una religión beligerante e imperialista. El derecho forma parte de la religión, es revelado por Alá y, siendo eminentemente religioso, sus normas solo son aplicables a los creyentes. Los pueblos sometidos conservan su propio derecho.

No fueron los árabes creadores de una cultura estrictamente original, pero sí captadores inteligentes y transformadores de la de los pueblos que sometieron. Su mérito fue haber recogido el arte, el pensamiento y la ciencia de Bizancio, Persia, Siria y Egipto, y proporcionarlo, a través de España y sur de Italia, al resto de la Europa cristiana.

En España dejaron obras cumbres en el arte de la arquitectura, como la mezquita de Córdoba y la Alhambra de Granada. En el campo del pensamiento y de la ciencia brillaron Averroes (1125-1198), gran comentarista de las obras de Aristóteles; Avicena, notable pensador y médico; y Algazel, cuya obra teológica influyó en la «Summa» de Santo Tomás de Aquino. Después de la conquista de Toledo por los castellanos se formó allí una escuela de traductores que permitió pasaran —a España y después a Europa— los conocimientos matemáticos de Euclides, los filosóficos de Aristóteles, los de astronomía de Ptolomeo y los de medicina de Galeno e Hipócrates.

En el campo del derecho la influencia árabe fue escasa, aunque se atribuye ese origen al contrato de sociedad o aparcería agrícola, la legislación de riegos, la reglamentación de los mercados, la sociedad en comandita, la barraganía y el matrimonio «a juras», que pudieron ser conocidos por los «mozárabes» o cristianos sometidos al Islam. Más abundante fue, en cambio, la supervivencia del vocabulario árabe en instituciones españolas más o menos similares, como es el caso de los alcaldes, alcaides, alféreces, aduana, almojarifazgo, alcabala, alguacil, tarifa, etcétera.

La guerra de reconquista se inició de inmediato, tras la invasión musulmana. Distintos grupos cristianos van tomando forma en el norte de la península. En los montes cantábricos surge el reino de Asturias, mientras que en los Pirineos

algunos condados van a dar origen a los reinos de Navarra y Aragón. La iniciativa bélica parte de Asturias y se personaliza en el rey Pelayo que obtiene una inicial victoria en la batalla de Covadonga (722). Diversos factores contribuyen a dar unidad al proceso de reconquista, como el descubrimiento de las reliquias del Apóstol Santiago en el Campo de la Estrella (Compostela), en Galicia, que hace de este discípulo de Jesucristo el patrono de las armas cristianas en su lucha contra el Islam. La corte se instala primero en Oviedo y después pasa a León.

Al oriente del reino de León se fue efectuando, a lo largo del tiempo, la repoblación de un territorio abierto, denominado primeramente Vardulia y que ya en los tiempos de Alfonso III era conocida con el nombre de Castilla, por las numerosas fortalezas que jalonaban su suelo y lo defendían de los frecuentes ataques musulmanes. Varios condes gobernaban la región en nombre del monarca leonés, pero el fuerte sentido de independencia que caracterizaba a sus pobladores, los empujó a romper los lazos que los ataban al reino de León. Un caudillo audaz y valeroso llevó a cabo esta aspiración, Fernán González, quien logró unificar en su persona todos los cargos condales de la región y, luego, se sublevó contra León en 940, transformándose en conde soberano de Castilla. Por herencia pasó Castilla a Sancho el Mayor, rey de Navarra, quien adoptó el concepto patrimonial de la monarquía, de origen francés, dividiendo su reino en dos. Así nacieron los reinos de Castilla y Aragón, para cada uno de sus dos hijos.

Fernando I, primer rey de Castilla (1035-1065), pasa a encabezar la lucha de reconquista contra los moros. Su hijo Sancho II hereda Castilla pero es asesinado en el sitio de Zamora, y su hermano Alfonso VI pasa a ser rey de León y de Castilla, tras la Jura de Santa Gadea en que el Cid le obliga a jurar sobre los Santos Evangelios que nada ha tenido que ver con la muerte de su hermano. A este rey sirve Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador, que agrega a sus dominios el reino musulmán de Valencia.

Alfonso VII, nieto materno del anteriormente nombrado, inicia la dinastía de Borgoña. A su muerte, Castilla y León vuelven a separarse. Sancho III rey de Castilla, es padre de Alfonso VIII de Castilla (1158-1214), al que se debe la victoria cristiana de las Navas de Tolosa en 1212, que marca la definitiva declinación del poderío islámico en la península. Su otro hijo, Fernando II es rey de León, Asturias y Galicia y padre de Alfonso IX de León. Este último casó con Berenguela, hija de Alfonso VIII de Castilla y ambos fueron padres de San Fernando III (1200-1252), rey de Castilla por herencia de su madre y de León por herencia de su padre. Este gran rey unió para siempre estos reinos, durante su mandato surgieron en Cáceres y en Alcántara las órdenes militares de Santiago y de Alcántara, respectivamente, y, casado con Beatriz de Suavia, nieta del emperador romano de Oriente Isaac II Comnenos, fue padre de don Alfonso X El Sabio, de gravitante importancia en el campo del derecho.

Para entender de modo adecuado el estado jurídico de España en la alta Edad Media, en especial en el núcleo astur-leonés-castellano, hay que distinguir el derecho territorial, el derecho local y el derecho de clases o personal.

Con carácter territorial rige el *Liber Iudiciorum*, pero en Castilla, a partir de su independencia, surge un sistema propio en que los jueces, en vez de atenerse a una ley determinada, sujetan sus decisiones a la equidad y a los usos de la tierra, lo que se ha llamado «fuero de albedrío». Las sentencias que dictan se denominan «fazañas».

El derecho local se expresa a través de la costumbre y de la ley, siendo las fuentes del derecho local legislado, principalmente, las llamadas «cartas pueblas» y los «fueros municipales», que son privilegios reconocidos por el rey a los nuevos pobladores de las tierras que van siendo ganadas a los moros. Las primeras son anteriores a la radicación de los pobladores, y los fueros municipales se conceden a las villas y a sus ayuntamientos. El más antiguo fuero fue el de Castrogeriz (974) y se conocen más de mil de ellos, los más en los territorios de Castilla y León.

El derecho personal se manifiesta en normas de carácter consuetudinario que rigen para un determinado estamento de la sociedad. Así, el fuero de Burgos parece haber sido dado para la clase pechera de Castilla. La nobleza cuenta con disposiciones particulares. Las minorías raciales también tuvieron sus leyes particulares. En Toledo, por ejemplo, el rey Alfonso VI otorgó un fuero propio a los castellanos repobladores; otro, a los muzárabe toledanos; otro, a los caballeros francos que le ayudaron en la empresa; y otro a los habitantes moros y judíos de la ciudad.

El siglo XIII marca la cumbre de la civilización medieval europea. Es la época del desarrollo de los municipios, de los gremios, de las universidades. El arte ojival o gótico tiene expresiones culminantes en Francia y España. En la filosofía, Santo Tomás realiza la síntesis armónica de la *Suma Teológica*, Alfonso X produce en el campo del derecho la magna obra de las *Siete Partidas*, y en la poesía alcanza merecida fama el Dante con su *Divina Comedia*. En la centuria siguiente, siglo XIV, se abre camino la disgregación del alma medieval.

El siglo XIII se abre promisoriamente en España con triunfos de las armas cristianas contra los musulmanes. Fernando III El Santo, como ya he dicho, unifica las coronas de Castilla y León y avanza sobre Andalucía incorporando a sus dominios las ciudades de Córdoba, Jaén y Sevilla. Por el tratado de Almizra se fija el área de expansión de las dos grandes monarquías hispanas: Castilla y Aragón. Esta última se orienta defitivamente al Mediterráneo con la conquista de Valencia y las Baleares que realiza su rey Jaime I.

A la muerte de Fernando III, asciende al trono su hijo Alfonso X El Sabio (1252.1284), que demostró tener mayores condiciones intelectuales que de gobernante. Su reinado fue muy prolífico en el campo del derecho, al punto de ser llamado el Justiniano español.

Si bien los reyes siguientes Sancho IV (1284-1295) y Alfonso XI (1312-1350), logran tomar Tarifa y Algeciras y controlar el estrecho de Gibraltar, la empresa de la reconquista se debilita. En cambio, ocupa un lugar preponderante la lucha entre la realeza, que pugna por constituirse en poder absoluto, sin lograrlo, y los nobles que persisten en conservar y acrecentar sus privilegios. En 1369 el bastardo Enrique de Trastamara derroca a su hermano Pedro I El Cruel, apoyándose en la nobleza tumultuosa que este había pretendido sojuzgar. En el siglo siguiente, Juan II (1406-1454) y Enrique IV (1454-1474), débil uno e incapaz el otro, conducen la dignidad del reino y de la monarquía al más deplorable estado.

En este período, el derecho de origen popular va siendo reemplazado por un derecho nuevo de carácter científico. Se recepciona en España el «derecho común», de carácter romano-canónico, elaborado en las universidades italianas. Este nuevo derecho encuentra expositores en los juristas, y en las leyes su fuerza de aplicación. Los reyes legislan con o sin el concurso de las cortes. Las disposiciones emanadas de estas últimas se llaman en Castilla ordenamientos o leyes, mientras que las dadas por el rey son llamadas pragmáticas. La ley irá limitando la vigencia de la costumbre, que había sido la fuente principal del derecho en la alta Edad Media, y comienza a restituir su predominio al derecho territorial sobre el local, favoreciendo la unificación jurídica.

Pero, la principal característica de este período será el renacimiento del derecho romano y su recepción en España. Desde fines del siglo XI se venía operando en Italia un renacimiento de los estudios romanista, bastante olvidado por la hegemonía del derecho germánico. El centro de expansión de estos estudios fue la universidad de Bolonia, donde aparecen los llamados glosadotes, encabezados por Irnerio, que componen breves comentarios marginales al texto del Digesto y de las novelas de Justiniano. La obra de los glosadotes se extiende y encuentra seguidores en el resto de Italia y sur de Francia. En el siglo XIII alcanza su mayor altura con Azo de Bolonia, que redacta una obra titulada *Suma Codicis*. A las glosas originales siguió la tarea de recopilación de las mismas, tarea en la que destacó Accursio, autor de la llamada *Magna Glosa*. En España, la fundación de las universidades de Valencia, Salamanca y Valladolid, entre otras, va a contribuir a la difusión del «derecho común», que hace su primera aparición en Castilla en el Fuero real y en las Partidas, código romanista por excelencia.

De un modo paralelo a los glosadores romanistas actúan los glosadores canonistas, que además practican diversas recopilaciones. El monje Graciano redacta en 1140 una obra doctrinaria denominada *Decreto* que incluye entre sus fuentes la «Hispana» de San Isidoro de Sevilla. Estas glosas acaban siendo recopiladas por Juan Teutónico en la llamada *Glosa Ordinaria*. Por otra parte, San Raimundo de Peñafort redacta una colección de «decretales» que promulga

el Papa Gregorio IX en 1234. A esta obra se agregan el *Liber Sextus*, de Bonifacio VIII, y la colección *Clementina*, de Clemente V. Estas tres obras, junto con el *Decreto* de Graciano, forman el *Corpus Juris Canonici*, según lo aprobó el concilio de Basilea de 1441.

En España se advierte, por un lado, la labor privada recopiladora de los juristas y, por el otro, la tarea legislativa de los reyes. Ambas contribuyen a unificar el derecho territorial de Castilla. Fruto de la primera son el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo de Castilla, en que se reúnen costumbre, fazañas y privilegios reales. En la obra legislativa destacan Fernando III el Santo y su hijo Alfonso X El Sabio.

Al primero se atribuye la traducción al romance del *Liber Iudiciorum*, la formación del consejo de Doce Sabios, el «Septenario», obra más filosófica que jurídica, y el «Libro de la Nobleza y Lealtad», que es una colección de consejos morales para los monarcas.

Alfonso El Sabio hace un aporte mayor con el *Espéculo*, el código de las *Siete Partidas* y sus *Opúsculos Legales*, que reglamentan variadas materias, entre ellas, las atribuciones de los adelantados, el funcionamiento de las casas de juegos, la ley de la mesta para los ganaderos y las leyes nuevas sobre prestamos a interés, así como algunas aclaraciones del fuero real.

Por último, para cerrar este período de la baja Edad Media, que habrá de culminar con el Renacimiento y la unificación de España gracias al matrimonio de Isabel y Fernando, cabe mencionar dos últimas obras de unificación del derecho castellano, como fueron el Ordenamiento de Alcalá, dictado bajo el reinado de Alfonso XI, y la Pragmática de Juan II que limitó la invocación de los jurisconsultos del derecho común, de que se hacía abuso en los pleitos sometidos a la justicia.

Y, así, tras quince centurias a contar del desembarco romano en Ampurias, España llega a su plena madurez y se pone a las puertas de ser la primera potencia del orbe. La vida política y el derecho armonizan en un momento histórico. Isabel adviene al trono de Castilla en 1474 y tras su matrimonio con Fernando V de Aragón, los dos mayores reinos peninsulares se hacen uno y comienza el apogeo nacional de España. La conquista de Granada en 1492, último baluarte del Islam, y la anexión de Navarra, consuman la obra de unión nacional. La unidad religiosa que se considera el fundamento de la unidad española, es afianzada con la reforma interior de la Iglesia, la expulsión de los judíos y el establecimiento de la Inquisición. El orden interno se alcanza con la liquidación de la hegemonía de la nobleza y con la creación de la Santa Hermandad se pone freno al bandolerismo.

Es en este momento, también, en que el navegante genovés Cristóbal Colón, al servicio de la reina de Castilla, descubre el nuevo mundo e inicia su colonización, todo lo cual hará de España el imperio más poderoso de la tierra.

La obra legislativa de los Reyes Católicos es abundante. Cumpliendo su encargo, el doctor Alfonso Díaz de Montalvo redacta las «Ordenanzas Reales de Castilla». En 1499 se publica la «Pragmática de Madrid», destinada a contener la invasión de la jurisprudencia romano-canónica. En 1503 se publica una «Colección de Bulas y Pragmáticas», y en 1505 las «Leyes de Toro» que se refieren a materias diversas como los mayorazgos, matrimonios, estado civil, hijos naturales, derechos sucesorios, etcétera.

El derecho indiano

Se entiende, en general, por derecho indiano, al conjunto de reglas jurídicas vigentes y aplicables en América (y también en los territorios de Asia y Oceanía) durante la dominación española. Dentro de este concepto cabe decir que el derecho indígena fue respetado por el colonizador español, siempre que no se opusiera a la religión católica y a la ley imperante; que fue un derecho especial para las Indias, que comprendía las normas expresamente dictadas para América por órganos metropolitanos y locales, la costumbre criolla y la jurisprudencia doctrinaria; y que el derecho de Castilla tenía aplicación en América solo con carácter supletorio y según un orden de prelación establecido en las Leyes de Toro de 1505, que llega desde la ley vigente (Novísima y Nueva Recopilación de 1805 y de 1567, según sea el caso), hasta el código de las Siete Partidas del rey don Alfonso X el Sabio.

Según todos los autores, este llamado derecho indiano tuvo las siguientes características: fue un derecho esencialmente evangelizador, destinado a extender la religión católica; fue protector del indígena, aunque, como veremos, tuvo y tiene detractores que dicen lo contrario; fue un derecho casuístico, adecuado a las cambiantes situaciones locales que presentaban los vastos territorios ultramarinos; en él predomina el derecho público sobre el privado; es un derecho que considera las circunstancias y diferencias propias de los súbditos, según sus etnias y culturas; es un derecho no sistematizado que, dentro de lo posible, se asemeja al derecho castellano y, lo que es importante entender, se encuentra íntimamente vinculado a la moral cristiana y al derecho natural. Como ya veremos, no han faltado quienes ponen en duda la honestidad de sus principios y la buena fe con que se aplicaban sus normas, y que acusan a la corona y a los conquistadores y colonos españoles de hipocresía, de dureza de corazón y excesivo afán de lucro.

Los primeros pasos del derecho indiano aparecen configurados, paradójicamente, casi seis meses antes de producirse el descubrimiento de las tierras donde está destinado a regir. El primer texto que contiene disposiciones de derecho indiano es, sin duda, el de las Capitulaciones de Santa Fe, suscritas frente al sitio de Granada por los Reyes Católicos y Colón el 17 de abril de 1492. Como era

natural, dichas normas debieron ajustarse a la legislación vigente en Castilla y descansar sobre los principios del derecho común, considerado como la razón escrita de la cristiandad. Allí se reconoce personalidad en la esfera internacional de los principados, señoríos y ciudades de las Indias, a los que se atribuye el deseo de convertirse a la fe católica. Por eso se faculta a Colón para que solicite su amistad y alianza, no así a las comunidades que el marino pueda encontrar en el trayecto, a los cuales debe someter a sumisión y a la apropiación de sus tierras, como se venía haciendo con los habitantes de la costa africana. Las capitulaciones estructuran un dominio pleno sobre los nuevos territorios y el monarca ejercerá su poder por medio de un delegado o vicario denominado virrey. La organización ultramarina será idéntica a la de Castilla y, conforme con los principios del derecho común, tras el descubrimiento, los Reyes Católicos solicitaron al Papa la soberanía de esas tierras, las ya descubiertas y las por descubrir.

En la Edad Media se había abierto camino la doctrina que atribuía al Papa un dominio temporal universal. Como consecuencia de él, el pontífice podía transferir a un príncipe cristiano la soberanía sobre territorios dominados por paganos. Así, en 1344 Clemente VI concedió a Luis de la Cerda la soberanía de las islas Canarias; Martín V donó en 1420 a Portugal los territorios al sur del cabo Bojador hasta la India, con cargo de propender a la conversión de sus habitantes a la religión católica; y los Papas siguientes, Eugenio IV, Nicolás V, y Calixto III habían confirmado las donaciones hechas a los monarcas portugueses. Esta doctrina del poder temporal universal de los Papas tuvo como principal expositor al cardenal Enrique de Susa, obispo de Ostia, llamado el Ostiense, en el siglo XIII y, a través de su obra, fue recepcionada en las *Partidas*. Además, los juristas del derecho común, Bartolo y Nicolás de Tudeschi que tenían autoridad legal en Castilla, dada por la Pragmática de Madrid de 1499, sostenían el mismo principio. No fue entonces extraño que los Reyes Católicos, al informarse de los resultados del primer viaje de Colón y deseosos de adelantarse a cualquier aspiración portuguesa en la zona oeste del Atlántico, solicitaran al Papa Alejandro VI la donación de las nuevas tierras.

Sabido es que este Papa expidió varias Bulas, llamadas *Inter Caetera*, la primera de fecha 3 de mayo de 1493, concediendo a los Reyes de Castilla «las tierras descubiertas y por descubrir al occidente, que no se hallen sujetas al dominio actual de algunos señores cristianos». La segunda bula precisó que estas tierras debían estar situadas hacia el occidente de una línea trazada a cien leguas de las islas Azores y Cabo Verde y que los soberanos debían proveer a la cristianización de sus habitantes. El Papa añadió otras dos bulas, la *Eximia Devotionis* que da a los monarcas castellanos iguales privilegios que a los portugueses en Guinea e Indias Orientales, y la *Dudum Siquidem* que concede a los Reyes Católicos las tierras que sus capitanes descubran en el oriente y sobre las que no tengan dominio otros príncipes cristianos.

Negociaciones directas entre Castilla y Portugal traen como resultado una modificación de la línea fijada por Alejandro VI y la firma del Tratado de Tordesillas, del 7 de junio de 1494, confirmado por el Papa, estableció como límite de la jurisdicción de ambas coronas una línea trazada de polo a polo que pasa a 370 leguas al oeste de las islas del Cabo Verde y deja el hemisferio occidental para los castellanos y el oriental para los portugueses.

Todas las disposiciones que los Reyes Católicos dictan para ordenar la vida del nuevo mundo, habrán de basarse en los principios e instituciones del derecho de Castilla. A los indios se les deja regirse por sus costumbres y su derecho pervive frente al de los conquistadores, aunque este último prevalece.

Pero, la realidad del nuevo mundo era muy diferente a la española y, por lo tanto, resultaba muy difícil reglarla con el derecho de Castilla. A los siete años de iniciada la colonización de las islas antillanas, el sistema ha fracasado en todos los órdenes. Los indios se niegan a trabajar y hay que obligarlos por la fuerza. Colón llega a esclavizar a varios centenares de ellos, en castigo, y los envía a España para que sean vendidos; Francisco Roldán, el alcalde mayor nombrado por Colón, se alza contra su autoridad y la empresa muestra un saldo desfavorable, al no haber alcanzado su propósito de llegar a las Indias Occidentales y establecer allí el comercio de las especias.

De este fracaso los Reyes Católicos van a sacar oportuna lección y, en la imposibilidad de seguir aplicando el derecho castellano, comenzarán a dictar disposiciones expresa y exclusivamente para las islas antillanas, señalando primero las bases del nuevo sistema y precisándolas y corrigiéndolas luego, de un modo casuístico. Estas normas se inspiran en los principios del antiguo derecho común o del castellano. O sea, el derecho indiano nace con espíritu viejo, al decir de García Gallo. En él se ve a la Edad Media esforzarse por vivir en un mundo nuevo y al derecho medieval por ordenar una sociedad en que la prehistoria convive con el Renacimiento. Como pocas veces en la historia, la elasticidad de un sistema jurídico es puesta a prueba.

Sin abandonar la dirección y control de los descubrimientos, la corona renuncia a monopolizarlos y continúa con la política ya aplicada en la conquista de las Canarias, de conceder licencia a quien quiera arriesgar su propio peculio en la empresa, dentro de ciertas normas que se precisan en las «capitulaciones». De este modo, la iniciativa y los recursos privados se incorporan a la tarea colonizadora, se intensifican los llamados «viajes menores», se incrementa el comercio, se crea la Casa de Contratación en Sevilla y se fomenta la emigración, concediendo privilegios a los que quieran establecerse en los nuevos territorios de Puerto Rico, Cuba y el Darién.

Se afirma y proclama la libertad personal de los indios, aunque para asegurar la mano de obra en las explotaciones agrícolas y mineras, debe implantarse el trabajo obligatorio de los «repartimientos». Se crea en 1511 la audiencia de Santo

Domingo y al hacerlo, se declara que en defecto de las leyes especialmente para las Indias, regirá en estas el derecho castellano. Para procurar la evangelización de los indios se obtiene en 1504 la erección de tres obispados, la concesión del derecho de patronato sobre las iglesias americanas y el primer establecimiento en las islas de dominicos y franciscanos.

Si con todo lo anterior se creen resueltos satisfactoriamente los problemas del nuevo mundo, un hecho al parecer intrascendente va a conmover hasta lo más profundo la conciencia de la monarquía española y a provocar una revisión total de su política ultramarina. Este hecho es el sermón pronunciado en 1511 en La Española por fray Antonio de Montecinos, quien al glosar el evangelio del tercer domingo de adviento, asume, al igual que el Bautista, ser la «voz que clama en el desierto». Y esa voz se alza para acusar a los españoles por su dureza de corazón y por los malos tratos que infligen a los indios. La noticia llega a España y el viudo Fernando el Católico reúne en junta a los mejores juristas y teólogos para analizar no solo las denuncias, sino también la legitimidad del poder de los europeos sobre los indios. La junta reunida en Burgos en 1512 enfoca la cuestión a la luz de los principios indiscutidos de la teología y del derecho vigentes. No cabe duda que la donación pontificia legitima el poder que puede ejercer Castilla en América, pero hay algo en lo que se piensa ahora, por primera vez, como es la resistencia de los indios a someterse pacíficamente a los españoles. Quizás ellos se resisten, por ignorar que los reyes son sus legítimos señores en virtud de la donación pontificia. La junta de Burgos, fiel a las ideas de la época, no duda de la autoridad del Papa y de los príncipes cristianos sobre los infieles. Para que estos no puedan alegar desconocimiento de esta realidad, se encuentra la solución de informar a los indios mediante el llamado «requerimiento». Si una vez producida esta notificación, los indios no lo acatan, su resistencia pasa a ser dolosa y se les puede dominar por la fuerza. Aunque el sistema jurídico no cambia, la intensificación de la empresa colonizadora hará que se multipliquen las provincias, en las que brotan ciudades y pueblos, municipios y audiencias y una red de funcionarios locales. Junto al rey, para ayudarlo en la administración y fiscalización de los vastos territorios americanos, se da vida en 1518 al Consejo Real de las Indias, desprendido del Consejo de Castilla.

Este Consejo de las Indias labora sin descanso, dando solución a los problemas que surgen o que se plantean como acuciantes en un lugar cualquiera. El resultado es una legislación casuística, ocasional, que va remendando o poniendo parches aquí y allá. Ante la ausencia de un plan general, en cada lugar, en cada ocasión, se determina lo que parece mejor, todo lo cual hace que estas leyes no tengan vigencia en todo el territorio indiano y que muchas veces puedan parecer contradictorias. La experiencia acumulada por el consejo le permite hacer algunos intentos para superar esta situación mediante la dictación de pequeños códigos

llamados «ordenanzas» que tratan de regular de un modo armónico los diferentes aspectos de una institución. Así, cabe mencionar en lo que se refiere a los indios, las ordenanzas de Burgos de 1512; en lo que toca a los descubrimientos, las ordenanzas de 1526, que pasan a ser reproducidas en las «capitulaciones»; también las ordenanzas de la Casa de Contratación, las ordenanzas de las reales audiencias, de la hacienda, de la minería, etcétera.

Otro aspecto de la cuestión emana del enfrentamiento inicial del derecho indiano con el derecho natural. Frente al derecho medieval que considera carentes de toda capacidad jurídica a los infieles salvajes, los dominicos, bajo la inspiración de su maestro Santo Tomás, oponen el derecho natural que concede plena capacidad a todos los hombres, aunque sean infieles y salvajes, a los que reconocen los mismos derechos que al cristiano civilizado. Esta es la posición que adopta fray Bartolomé de las Casas, el más intransigente y apasionado defensor de los indios, que deben ser libres y no pueden ser sometidos al dominio español, como se pretende al amparo del derecho medieval. Y, sacando de esto la última consecuencia, considera necesario que los reyes abandonen el nuevo mundo. Su posición es unilateral y ante ella reacciona un hombre de gran vuelo intelectual, fray Francisco de Vitoria, ilustre profesor de teología de la universidad de Salamanca que, al respecto, escribe su *Relectiones de Indis y de Iure Belli* en 1539. En esta obra, también inspirada en el derecho natural, Vitoria no se queda solo en lo favorable a los indios, sino que considera este derecho como un ordenamiento superior, de origen divino, destinado a resolver los conflictos entre todos los hombres, cualquiera sea su raza, cultura, religión o derecho que los rija. En Vitoria, el derecho natural se transforma en derecho internacional. Si bien proclama los mismos derechos de los indios sostenidos por De las Casas y cree carentes de fundamento algunos de los títulos de la corona a su dominio indiano, reconoce ocho posibles válidos, lo que le permite rechazar abiertamente la idea del abandono del nuevo mundo.

El nuevo planteamiento que se da al problema indiano lleva a Carlos V a revisar la actuación del Consejo de Indias, al que somete a una «visita» o inspección, y a conformar una junta que elabora las llamadas «Leyes Nuevas», promulgadas en Barcelona el 20 de noviembre de 1542, especie de constitución política para el nuevo mundo. En ellas se reorganiza el Consejo de Indias y se dan normas para el gobierno de América, se crea el virreinato del Perú y las audiencias de Lima y Los Confines, se proclama la libertad de los indios, se suprimen las encomiendas y se regula la forma de hacer los nuevos descubrimientos y de gratificar a los conquistadores.

La legislación real para Indias, en un intento de hacerla más justa y más acorde con el derecho natural que con el de Castilla, va a desarrollarse con menos seguridad que antes, vacilando entre encontradas tendencias, lo que acentúa el carácter casuista y oportunista de las disposiciones. Veinte años más tarde, la legislación

indiana va alcanzando su equilibrio y Felipe II ordena una nueva «visita» al Consejo de Indias y confía esta tarea a un hombre excepcional, Juan de Ovando, quien estudia a fondo los problemas americanos y propone acertadas disposiciones, incluídas en las nuevas «ordenanzas» independientes del consejo: de descripciones, de descubrimientos y poblaciones, y del patronato. Esta obra legislativa de Ovando, paralela a la de Francisco de Toledo en el Perú, y a la labor recopiladora de Diego de Encinas en la secretaría del Consejo, traerá como resultado una consolidación en el campo del derecho que permitirá la aparición de algunos tratados generales como *De Indiarum Iure*, de Juan de Solórzano Pereira, más tarde refundido y vertido al castellano con el nombre de *Política Indiana* (1647).

El derecho indiano ha quedado constituido, pues, sobre nuevas bases políticas, administrativas, jurídicas, económicas y éticas y, para cada una de ellas, se crean instituciones propias. Siguiendo al sabio maestro Ricardo Levene, diremos que fue armándose en la América hispana una compleja estructura política que hizo imposible el ejercicio del gobierno absoluto. Ninguna autoridad detentaba todo el poder. Los organismos metropolitanos y locales se desenvolvían en órbitas propias, en un delicado contrapeso. Nuevos principios inspiraron al derecho administrativo indiano, en la provisión de los oficios, condiciones de idoneidad, reconocimiento de los derechos de los naturales, obligaciones de hacer inventario jurado de bienes antes de entrar en posesión de cargos públicos y de rendir cuentas al término de los mismos. La bulas de 1501 y 1508 reconocieron a los reyes de Castilla el patronato universal de las iglesias de Indias y el derecho de nombrar y presentar obispos, ya que por su intervención se realizaba la conversión de pueblos infieles radicados a gran distancia de la Santa Sede. También adquiere forma singular la fundación y privilegios de las universidades, de los colegios y seminarios en las Indias, así como todo lo concerniente a la publicación y venta de libros, lo cual se hace «para desterrar de ellas las tinieblas de la ignorancia». El derecho procesal se impregna de un nuevo espíritu, especialmente por la gratuidad y el carácter sumario de la justicia para los indígenas. Se humaniza el embargo y la prisión por deudas. El derecho penal se hizo más benigno en América y el derecho internacional público proclamó la abolición de la guerra. La composición de la familia indiana es diferente de la peninsular, por el advenimiento del mestizaje. En el campo del derecho sucesorio se establecen los juzgados de bienes de difuntos, se da facultad de testar a los indios y se trata de evitar las cláusulas dolosas e involuntarias en los testamentos. Sobre el trabajo de los indios, todo un capítulo de la recopilación de 1680 está destinado a tal materia. En suma, el nuevo mundo fue escenario en el que se ensayaron experimentos avanzados de la utopía de Santo Tomás de Aquino, de las que son ejemplos las reformas mexicanas de Vasco de Quiroga, las reducciones creadas por Francisco de Toledo para el Perú o la república cristiana de las misiones jesuitas del Paraguay.

Todo lo anterior demuestra que la corona española tuvo una permanente preocupación humanitaria, respetuosa de los derechos de los indios, unida a una constante búsqueda de la justicia en el nuevo mundo, inspirada en el derecho natural y en la igualdad jurídica de conquistadores y conquistados. Sin embargo, el gran poderío de España, sobre todo en los tiempos del emperador Carlos V, despertaba envidias y odiosidades en sus enemigos políticos. No debe olvidarse que los ejércitos españoles dominaban toda Europa y que el viejo mundo estaba convulsionado por las reformas religiosas de Lutero y Calvino y que Enrique VIII de Inglaterra había repudiado a su esposa española y roto con el papado, dando vida a una iglesia nacional dependiente del monarca. Contra esta descomposición del mundo católico luchaba España con medidas tan drásticas como la expulsión de los judíos y la prohibición de pasar a las Indias a los no cristianos o cristianos nuevos. Su decidido apoyo al Papa y el haber asumido el papel de ardorosa defensora de la fe, le significó a España hacerse de poderosos enemigos que buscaban la forma de dañar su prestigio y que utilizaron todo tipo de recursos, incluso las bien intencionadas pero poco serias noticias del padre De las Casas y sus seguidores.

Al acercarnos al final de esta exposición, resulta conveniente presentar las opiniones de dos distinguidos autores anglosajones contemporáneos que han estudiado la conquista española de América y que hacen un valioso aporte al conocimiento de una realidad que ha sido intencionalmente tergiversada desde antiguo, mostrando una sola cara de la medalla.

El primero, es el norteamericano Lewis Hanke, autor de una obra fundamental titulada *La lucha española por la justicia en la Conquista de América.* Allí nos dice que, luego de completar sus estudios de historia en la universidad de Harvard, se trasladó por 1930 a España y realizó algunas investigaciones en el Archivo General de Indias, en Sevilla. Confiesa que quedó sorprendido al descubrir que la conquista de la América hispana fue mucho más que una hazaña política y militar. Había sido, también, uno de los mayores intentos presenciados por el mundo, de hacer prevalecer los preceptos cristianos en las relaciones entre los pueblos, lo que se expresó en un conjunto de normas que son una ardorosa defensa de los derechos de los indios, fundada en la presunción básica de que todos los hombres son iguales ante Dios y que todo cristiano es responsable de sus hermanos, sin importar lo humildes que ellos sean. ¿Podía ejercer España algún derecho en América? ¿No era eso vulnerar los derechos de sus legítimos dueños, los indios? ¿Cómo debería predicárseles la fe? ¿En qué circunstancias podía hacérseles trabajar? ¿Cuándo podía hacérseles la guerra justamente? Todas estas cuestiones fueron planteadas y debatidas calurosamente durante el siglo XVI en España y América, como expresión de unos escrúpulos de conciencia que aún hoy resultan de difícil comprensión para muchos. Termina Lewis Hanke reconociendo que esta visión

de la conquista española de América se contrapone con la de quienes han escrito la historia influidos por fuertes prejuicios políticos y religiosos, especialmente los de lengua inglesa, que no aceptan la buena intención y la reemplazan por la hipocresía. Expresión de esta postura es la frase de Thorstein Veblen, citada por Hanke: «La empresa colonizadora española fue una empresa de pillaje, inflamada y alentada por el fanatismo religioso y la vanidad heroica». Creemos que esta generalización es injusta e inaceptable, por mostrar una sola cara de la verdad, la de la débil naturaleza humana individual, y no la de mayor trascendencia, representada por la empresa colectiva y las nobles disposiciones reales.

El segundo autor anglosajón, cuyo testimonio quiero presentar a ustedes, es el gran historiador inglés Arnold Toynbee, quien compara la obra colonizadora de Inglaterra y España. Nos dice que los padres peregrinos que llegaron a poblar las tierras de Norteamérica regían sus vidas por el Antiguo Testamento, se veían a sí mismos como la raza elegida y al país como la tierra prometida. De ello surge su mejor derecho al territorio y a combatir a quienes se les opongan. En cambio, España habría hecho la conquista del nuevo mundo a la luz del Nuevo Testamento y de su mensaje de amor y de igualdad entre los hombres, lo que facilitó la unión de las razas y moderó el mal trato de los indios y el excesivo afán de lucro.

Estos dos autores supieron ponerse por encima de intereses y odiosidades y, aun a riesgo de ser mal interpretados, se limitaron a exponer, con honestidad y valor, la verdad que encontraron en los documentos.

Si la «leyenda negra» contra España tuvo su primer auge en la Europa del siglo XVI, volvió a tomar fuerza en América en 1810, al iniciarse el proceso de nuestra Independencia. Las emergentes naciones americanas surgieron apoyadas por los enemigos tradicionales de España, que buscaban sacar partido del desmembramiento de su vasto imperio ultramarino. Entre los más decididos apóstoles de la causa antihispánica se contaron el escocés William Robertson y el abate francés Guillermo Tomás Reynal, quienes contribuyeron a consolidar la sesgada versión de una España cruel y explotadora. Solo en los últimos años se ha comenzado a rectificar esta errónea e interesada visión, gracias a un proceso de revisión histórica emprendida por historiadores como el español Rafael Altamira, el argentino Ricardo Levene, el mexicano Silvio Zavala o el chileno Jaime Eyzaguirre, entre muchos otros, que nos han mostrado el otro lado de la medalla.

A ellos nuestra gratitud por destacar los aspectos positivos de la colonización española de nuestra América, entre los cuales se cuenta, junto a la fe cristiana y a la lengua de Cervantes, la genial concepción del derecho indiano, como proyección ultramarina de aquel viejo derecho castellano de los tiempos del glorioso monarca don Fernando III el Santo, bajo cuyo alto patrocinio nos hemos reunido esta tarde.

En conclusión, cabe reiterar que el derecho castellano se fue formando a través de siglos de sedimentos romanos, visigodos, musulmanes y judíos, impregnados por la influencia moderadora del cristianismo. Que, al iniciarse la colonización del nuevo mundo, pudo advertirse que este derecho no resultaba aplicable a la desmesura de su realidad, lo que dio paso a la genial creación del derecho indiano, de claras características protectoras y humanitarias. Y que, sin embargo, esta notable realización española, no ha sido apreciada por los interesados cultores de la «leyenda negra», que hasta el presente no reconocen el tenaz esfuerzo de la corona por dictar normas justas y prudentes, aunque ellas no siempre fueran debidamente aplicadas por la débil naturaleza humana de quienes tuvieron el deber de respetarlas y hacerlas efectivas.

El estudio del derecho indiano conduce, inexorablemente, a la rectificación de este error y al reconocimiento de que España se empeñó, con toda honestidad, en su empresa americana, en la búsqueda de la justicia y el respeto de los indios, a los que consideró vasallos de la corona, equivalentes a los ciudadanos rústicos de Castilla, dignos de la igualdad y de la protección real.

Termino manifestando mi admiración y gratitud a los monarcas, teólogos y juristas que dieron vida al derecho indiano como expresión de humanidad y respeto a la igualdad entre los hombres, y también a aquella legión de probos funcionarios que con honestidad y sacrificio trataron de aplicar sus normas en América, en una persistente búsqueda de la justicia y para mejor servir a su Dios y a su Rey.

El derecho patrio chileno

Como es sabido, don Andrés Bello llegó a Chile en 1829 y muy pronto, en 1831, el ministro del Interior don Diego Portales le confió la tarea de elaborar un código civil. Emprendió la tarea con calma y tesonero esfuerzo y tardó unos diez años en mostrar sus primeros avances. Este empeño mantenido por Bello y el rigor empleado en la redacción de cada artículo de su magna obra, contrasta con la premura empleada por cuatro comisiones de juristas franceses que, en cuatro meses, elaboraron y entregaron al primer cónsul Napoleón Bonaparte, el texto de un código civil que este promulgó para su patria en 1804 (Bernardino Bravo, «Derecho con carácter propio», *El Mercurio*, 2005).

Nos dice este mismo autor que el *ius commune* vivió en Chile, por así decirlo, alimentado desde afuera, hasta la instalación de la Real Universidad de San Felipe, la que se integró de inmediato al concierto de universidades europeas y americanas que se ocupaban de su estudio. A partir de 1758, los catedráticos chilenos Santiago de Tordesillas y Alonso de Guzmán comenzaron a dictar sus lecciones de leyes y cánones, respectivamente. Entre 1758 y 1817, la primacía

la tuvo el derecho común. En una segunda etapa, que va desde 1817 a 1879, tuvo su auge el derecho nacional codificado, lo que significó relegar a un plano secundario al derecho romano y al derecho canónico. La tercera etapa se inicia con la plena recuperación de las funciones docentes de la universidad de Chile. Aumentan las facultades y escuelas de derecho y la tónica de «ir más allá de los códigos» se favorece, después de la Segunda Guerra Mundial con la descodificación y la llamada globalización. La atención se desplaza, entonces, de los códigos de derecho nacional al derecho común que subyace en todos ellos.

El propio don Andrés Bello nos dice en el mensaje que acompañó su proyecto al Parlamento: «Concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirnos de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero, en lo que estas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones».

De esta manera nos explica el autor de nuestro Código Civil que, sin despreciar lo ajeno, ha optado por recoger en su obra el derecho castellano y el derecho indiano, el de las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio y el de la Recopilación de Leyes de Indias y de la Novísima de 1805, por ser ese el derecho común, vigente en el país, por ser ese el que debe ser nuestro derecho nacional. Esta clara concepción de su talento y de su sólida formación jurídica es lo que otorga a su labor de redactor del código un carácter muy especial, pues supone una tarea de reformulación, de adaptación a la técnica innovadora de la codificación, de poner en artículos el derecho vigente, antes que la copia de un derecho extranjero o la simple y propia creación.

Este exitoso proceso de dar una bella y precisa nueva redacción a las normas de nuestro derecho vigente, de origen castellano-indiano, derecho común, poniéndolo en artículos, en la técnica de la codificación francesa, fue la clave de su inmediata aceptación en Chile y en otros países de Iberoamérica que lo acogieron con admiración. No resultaba ser el fruto de la mente del codificador, sino la síntesis de un sistema que resultaba válido para las naciones surgidas del desmembramiento de la América española. La redacción del código, debida a un culto hombre de letras, como era Bello, agregó belleza, equilibrio elegancia y precisión a su contenido.

Ha sido largo el periplo seguido por el derecho, en dos milenios hasta el presente, en un proceso dinámico, fluido y variable, esencialmente histórico. Hemos debido apreciar como antecedente inmediato del derecho que hoy nos rige, al derecho castellano y al derecho indiano, de raíz romana y germánica, ambos moderados por el derecho canónico y por la moral y la ética cristiana.

Ese es el gran legado de tantos pensadores, juristas y teólogos, que fueron haciendo sucesivos aportes a la ciencia del derecho, a los sistemas jurídicos que antecedieron al que hoy regula nuestra convivencia y a los que, sin duda, vendrán en el futuro.

SOBRE LA HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN

*Víctor Tau Anzoátegui**

Ofrezco estas breves notas en homenaje a mi querido amigo y colega, don Fernando de Trazegnies Granda. Constituyen la parte principal de un ensayo iushistoriográfico sobre la codificación que servirá para introducir en materia a los lectores de la segunda edición de mi libro *La Codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, que próximamente entrará en prensa bajo el sello editorial de la Librería Histórica de Emilio J. Perrot. Es un asunto de mi antiguo interés, retomado con nuevos impulsos en los últimos meses. Es, por otra parte, un tema que está presente, de diversos modos, en la labor intelectual de mi amigo Fernando en su permanente búsqueda por trasmitir a sus lectores y alumnos una mejor comprensión de lo que es el derecho, desprendido de sus ataduras dogmáticas y relacionado con el contorno social. En este sentido, la idea de código asoma una y otra vez en su producción escrita, sobre todo cuando trata de ese enorme esfuerzo social e intelectual, que él denominó la modernización tradicionalista del Perú a lo largo del siglo XIX. Hace algunos años, en ese libro ya clásico, escribió esta idea nuclear que bien vale ahora recordar: «El Derecho no se encuentra contenido en estructuras muertas, sean estas las filosofías anteriores, los textos de un Código, la doctrina de un jurista. El Derecho es siempre algo vivo que solo puede ser comprendido observando la conducta jurídica de los hombres en cada circunstancia: el uso del Derecho modela el Derecho mismo»[1]. Es grato para mí, presentar, en su honor, esta pequeña primicia intelectual.

---

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Historia del Derecho argentino de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fundador del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano. Fundador y Presidente del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Argentina. Profesor de Historia del Derecho en el doctorado de la Universidad Católica Argentina (UCA).

[1] De Trazegnies (1992: 352).

1.

La codificación, problema central del derecho contemporáneo y de la historia del derecho moderna, es desde hace tres largas décadas un tema histórico en permanente construcción intelectual. La cuantiosa presencia, en Europa y América, de libros y artículos de distinta índole y calidad —investigaciones y ensayos disciplinarios e interdisciplinarios— parece intensificarse sin cesar. El conocimiento de la materia se ha extendido y profundizado hasta el punto de convertirse en una cuestión de magnitud que además de renovar la visión del pasado, avanza en el tratamiento del tiempo presente y hasta propone soluciones para el futuro[2].

La historia de la codificación puede hoy concebirse desde distintos ángulos, cambiantes en las últimas décadas según sean los intereses científicos, culturales y hasta ideológicas de los estudiosos. La pregonada crisis de la idea absoluta de los códigos —que tal vez nunca existió con la intensidad proclamada—, expandida en nuestros días, ha permitido a juristas e historiadores observar con más nitidez y amplitud el fenómeno en la historia del derecho «universal» y fijar, como punto de apoyo, las nociones de «historicidad de los códigos» y de «ciclo histórico de la codificación», respectivamente. Es decir, de una parte los juristas del derecho positivo no pueden ya pensar los códigos de sus disciplinas como un sistema abarcador y excluyente, abstracto y ahistórico. De otra parte, los historiadores asumen la tarea de estudiar el ciclo codificador en toda su dimensión, abordando sus distintas y sucesivas fases: surgimiento, vigencia, renovación, declinación, etcétera, en todo caso enlazadas con los requerimientos del dinamismo social. Como lo expresé en otra ocasión, casi ninguna investigación histórico-jurídica puede dar por cumplido su recorrido sin precisar las vinculaciones que la unen con el contorno social.

Un «primer tiempo» de esta construcción histórico–jurídica se limitó a seguir las iniciales ideas y tentativas codificadoras modernas hasta la sanción legislativa de los códigos, que había puesto fin —según se decía— a un derecho plagado de incertidumbres e incoherencias. Más que la idea de codificación parecía interesar la historia —o la crónica— particular de cada código y eventualmente sus reformas posteriores. El código civil ocupaba, naturalmente, el centro de la escena. Así el jurista del derecho positivo podía conocer los orígenes de los cuerpos legales que

[2] Un interesante ejemplo de esta modalidad de labor, puede verse en Cappellini y Sordi (2000), que recoge las relaciones y discusiones de un encuentro científico celebrado en Firenze en octubre de 2000, con la participación de más de veinte profesores europeos (la gran mayoría italianos), un chino, y otro norteamericano. Junto a los historiadores del derecho, se contó con la presencia de algunos juristas del derecho positivo (civilistas, penalistas) y de un filósofo del derecho cuya actuación fue preponderante en la etapa de las discusiones. Es sugerente Oppetit (1988).

eran objeto de su estudio, despojados o liberados de los «contextos impuros» que los rodeaban. Este enfoque historiográfico desempeñó hasta cierto punto el papel de «homologación del derecho vigente» y sirvió para destacar «la epopeya codificadora»[3] lo cual era de indudable importancia en la construcción política del Estado contemporáneo, tanto en las antiguas monarquías como en las nuevas naciones que se establecieron en el siglo XIX. Cada una en sus circunstancias.

El trasfondo filosófico de la codificación que el historiador tenía a la vista, descansaba en este primer tiempo en la concepción de que el iusnaturalismo y racionalismo ilustrado del siglo XVIII exigía una reforma radical de los ordenamientos positivos vigentes. Entonces se diseñó la abrogación de las fuentes históricas del derecho y la fundación de un nuevo orden jurídico, mediante la adopción de un sistema normativo orgánico y compacto, que fuese de simple y fácil conocimiento, conforme a la naturaleza y a la razón del hombre y como tal idóneo para asegurar, en cada época y lugar, la obtención de una paz ordenada y de un bienestar general propios de la sociedad civil y política[4].

Un «segundo tiempo» profundizó la raíz social de los códigos y empezó a explicar la aparición del fenómeno codificador en consonancia con un ideario y un reclamo en que convergían intereses políticos, económicos, culturales, etcétera. Los códigos simbolizaban así el progreso en la modernización de las sociedades del siglo XIX, y se destacaban como conquistas fundamentales la simplificación del sistema de fuentes y la eliminación del particularismo jurídico[5]. Establecieron un hiato con la tradición anterior y operaron con un criterio racional, que ahogaba todas las fuentes del antiguo derecho.

El código civil aparece como un nuevo modo de concebir la producción del derecho, que proviene de la voluntad del legislador, cuya determinación agota el proceso creativo y rompe con el pasado. Si bien esta idea se hizo extensiva a los demás códigos, es innegable que la calidad y la fuerza de la materia jurídica agrupada en aquel código lo llevaban a un indiscutible reinado sobre los demás en los comienzos de la nueva era.

Durante estos dos tiempos el criterio dominante entre los cultivadores de la historia jurídica era que su estudio tenía el punto de llegada con la sanción de los códigos, momento histórico en que transmitía la tarea siguiente al jurista

---

[3] Pio Caroni (1996: 13-15).

[4] Astuti (1977, tomo II: 854).

[5] Astuti (1977: 878-879). Como obra europea más representativa de este momento cabe mencionar a Tarello (1976). Sin embargo, el autor deja al margen de su estudio la totalidad del mundo hispano (España y América).

dogmático. Un perfil crítico, sin embargo, empezaba a percibir la existencia, en aquella época, de algunas voces de censura del ideal codificador, pero no se le otorgaban importancia, y a veces la misma historia se encargaba de atenuarlas. La impresión generalizada es que pese a estas impugnaciones —algunas consistentes— la pujante fuerza de la modernización se imponía mediante estos códigos que representaban un momento de alza inigualable de la ciencia jurídica, pese a que era visible que la función creativa del jurista había dejado su lugar a la intervención política del legislador.

Las primeras alertas de los juristas sobre una crisis en el sistema de códigos —que se concretaría más tarde bajo el tan atractivo y discutido vocablo «descodificación»—[6] permitieron al historiador percibir con más nitidez «un ciclo histórico de la codificación clásica» que posibilitaba avanzar temporalmente en una parte de la materia que hasta entonces había quedado reservada a los cultivadores del derecho positivo vigente[7]. Bajo este clima, se abrió un «tercer tiempo», en donde el historiador empezó a incluir dentro de su observatorio —asociado ahora, y a veces, con el jurista o el sociólogo— el agudo problema de la vigencia y aplicación de los códigos, descubriendo un nuevo escenario donde junto al perfil clásico de los exégetas del código, surgieron los juristas críticos. Estos últimos alegaban la estrechez de los preceptos codificados que, en aras de la unificación territorial y de la uniformidad legislativa, habían borrado tanto las inocultables desigualdades sociales como las ricas peculiaridades de los derechos locales, produciendo en ambos aspectos un profundo desajuste entre el nivel normativo oficial y la realidad social.

Estos tres tiempos que acabo de marcar no son susceptibles de ser comprendidos dentro de una estricta cronología ni se sustituyen unos a otros de modo abrupto. Más bien se empalman y constituyen pasos de un mismo sendero. A lo largo de ellos, durante algunas pocas décadas, se ha transitado del estudio más bien modesto del origen de la codificación —concebido como una historia lineal— a los ambiciosos planes de los historiadores que han empezado a insinuarse en los últimos años. En este sentido deben entenderse las palabras de Pio Caroni cuando afirma que «muchos senderos que recorren el bosque de la codificación permanecen todavía hoy escondidos por abundantes malezas, y por lo tanto, son poco frecuentados»[8].

Es verdaderamente una historia en construcción. A esta altura bien puede sostenerse que este tema central de la historia jurídica pertenece tanto a la mejor iushistoriografía clásica, como a los distintos impulsos provenientes de las plumas renovadoras.

---

6 Irti (1992).

7 Tau Anzoátegui (1993: 434-439).

8 Caroni (1996: 16).

2.

Cuando a principios de los años 70 empecé a elaborar el libro que ahora se reeditará, el movimiento historiográfico sobre la codificación, tanto en Europa como en América ofrecía algunos pocos aportes sólidos. Aún predominaba el criterio de desenvolver el tema dentro de los panoramas generales. Los planteos tenían un acentuado tono jurídico y se caracterizaban por un desarrollo descriptivo de los hechos y del contenido de los proyectos y códigos[9]. La acumulación de materiales era, sin duda, una empresa necesaria. En lo que respecta a la Argentina —como en otros países hispanoamericanos— los códigos estaban enrolados en la empresa política de la organización constitucional del nuevo Estado nacional del siglo XIX[10].

Me propuse entonces situar la codificación en el concepto de derecho vigente en la época y captar al mismo tiempo la mentalidad social, entrelazando así el pensamiento jurídico con el social, sin perder de vista el trasfondo político y económico. Mi intención era descubrir «el hilo conductor del proceso codificador», según expresé en el Prólogo de esa edición. Aspiraba a que se pudiera observar la penetración de la idea nuclear y de los diferentes códigos en el tejido social y en la tradición cultural, no sin vencer inercias, resistencias y opiniones contrarias. La codificación era así presentada como el resultado de un proceso de desarrollo de la ciencia jurídica, pero también como una exigencia de la sociedad, al menos en su sector más expresivo e influyente, impulsada por una fuerte apetencia de lucro económico y la expansión socio-cultural, en búsqueda de nuevas formas políticas que reemplazaran las estructuras caducas del pasado.

El plan consistía en mostrar la gestación de ese ciclo histórico que preparó y consumó la codificación, sobre todo la civil, pues fue precisamente en torno a este código donde se debatieron más a fondo los grandes problemas transformadores de la ordenación jurídica. Era, pues, una historia de la idea de codificación. Así lo señaló Ricardo Zorraquín Becú, en un comentario bibliográfico, al destacar la novedad y originalidad del tema frente a la bibliografía anterior de carácter descriptivo e informativo[11].

Para ello, era preciso seguir con atención los distintos hilos del pensamiento acerca de la idea de organización, constitución y orden legislativo, recurriendo a fuentes documentales poco exploradas hasta ese momento en el ámbito de

---

[9] En Europa, puede mencionarse como ejemplo la antigua «prolusione» de Viora (1967), con un breve y sustancioso prólogo al respecto.

[10] Véase Chaneton (1937) y Lanfranco (1939).

[11] *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, número 8, Milano, 1978, pp. 413-416. La mención en p. 414.

nuestra disciplina: los periódicos, las revistas, las tesis doctorales, los escasos libros y folletos producidos en la época, etcétera. En defecto de una abundante producción escrita de mayor vuelo, la prensa constituyó el principal filón, ya que unía a la fuerza intelectual —y en muchos casos la preparación jurídica— de los directores y escritores de los periódicos, la circulación que sus hojas tenían dentro de la élite de juristas y políticos que ejercían el gobierno del Estado. Esa misma prensa es también la que nos permitió seguir cotidianamente el movimiento de los libros jurídicos europeos que estaban al alcance de ávidos lectores en las librerías porteñas, marcando el ritmo de las inclinaciones y de las posibilidades de acceso al saber jurídico en proceso de modernización. Aunque los periódicos editados en Buenos Aires fueron los más abundantes, en medida más limitada se pudo acudir a los que circulaban en otras provincias como Mendoza, Córdoba, San Juan y Entre Ríos.

Otra fuente de particular interés fueron las tesis doctorales de la Universidad de Buenos Aires. No solo acudían a sus aulas jóvenes porteños sino también otros provenientes del litoral y del interior del país. Estas piezas, que consistían entonces en modestos ejercicios académicos y no en trabajos científicos originales, tienen el mérito, por su misma naturaleza, de reflejar en sus páginas las preocupaciones más acuciantes del medio social y del ámbito letrado, que se trasmitían a los jóvenes en las aulas. Si bien para la época en estudio, no contamos con la misma fuente documental en la Universidad de Córdoba —donde los ejercicios o tesis doctorales no se formulaban por escrito— las indagaciones en su rico archivo corporativo permitieron obtener algunos elementos destinados a marcar las influencias ideológicas presentes en las distintas etapas de su trayectoria.

De tanta producción escrita de naturaleza dispar, de tantas lecturas de libros europeos, de tanta observación empírica de la realidad cotidiana, surgió un conjunto de ideas que bajo el cauce común de la diversidad de entendimientos y creencias, fue experimentando un proceso natural de decantación, formativo de una opinión pública selectiva y de modo más hondo de una mentalidad social. Esta madurez ideológica presenta rasgos de originalidad al desenvolverse a través de seis decenios. Es esta la parte sustancial de la investigación realizada que mantiene, a mi juicio, vigencia pese a los años transcurridos.

Cuando se enuncian las ideas generales que impulsaron el movimiento de la codificación y se procura hacerlas extensivas a amplios espacios geográficos existe el peligro de incurrir en una deformación del marco histórico. Si bien la historia europea de la codificación es necesaria para entender la americana, no por eso debe quedar reducida a un simple fenómeno de trasmisión de textos y traslación de espacios. Así como ocurrió en Europa, durante el siglo XIX los países de Iberoamérica experimentaron un proceso legislativo, con sus propios trasfondos

políticos y sociales, que tuvieron diversos ritmos en su desarrollo y resultados. Más allá de sus bases jurídicas comunes y de ciertas semejanzas y paralelismos temporales, cada comunidad nacional o regional constituye un núcleo particular de observación. Según expresa Bravo Lira, la codificación hispanoamericana, si bien forma una unidad con la europea, no se limitó a recibir códigos sino llevó a cabo una trabajosa elaboración de los mismos[12]. Así la codificación en general y cada código en particular tiene su propia historia. Mi propósito al estudiar el caso argentino no fue solo dirigirlo al conocimiento de la historia interna del país, sino también pensado para enriquecer la variedad de procesos y soluciones que se fueron dando a lo largo del siglo XIX en otros países, bajo el fuerte estímulo de la idea codificadora. Quiero subrayar hoy este concepto porque en los últimos años algunos ensayos europeos tienden a omitir del mapa de la codificación a los países de Iberoamérica, con grave deterioro del conocimiento y apreciación de la historia general de la codificación en el mundo occidental.

3.

El avance del campo de investigación del historiador de la codificación desde el anterior punto de llegada, fijado con la sanción legislativa de los códigos decimonónicos, hacia unos límites contemporáneos aún imprecisos, incorporó una nueva problemática, como es la vigencia de esos códigos. No se trata solo de la búsqueda de nuevos materiales sino del desarrollo de una sensibilidad crítica, que opere tanto para esta etapa como para las anteriores, ya que en esta instancia la lectura de los antiguos debates pre-codificadores cobra otra vida, unida a la experiencia jurídica que brota cotidianamente de la aplicación de esos cuerpos normativos.

En este punto, la relación entre historiadores y juristas del derecho positivo podría tener otros rumbos, pero es prematuro al menos generalizar cualquier afirmación al respecto. Si bien en este campo el material básico de trabajo —los códigos— puede ser el mismo o semejante para ambos, en cambio los instrumentos de lectura y las percepciones de cada uno aparecen en función de sus objetivos, miradas e intereses. Los interrogantes y planteos que formula el historiador, difieren de los que practican los operadores jurídicos profesionales. Los testimonios que busca el historiador suelen estar, por su relativa antigüedad, fuera del ámbito de trabajo actual del jurista del derecho positivo (revistas y periódicos antiguos, tesis doctorales, libros y monografías, etcétera). Quedan, sin embargo, zonas de mutua atracción, en las que es posible —de hecho ya registrado— el avance del

[12] Bravo Lira (1999: 51).

historiador sobrepasando sus barreras metodológicas y el interés del jurista por integrar el elemento histórico en su discurso dogmático.

En cuanto a la labor del iushistoriador en este flamante espacio temporal, bien se puede afirmar que ha fortalecido una capacidad crítica de nivel socio-jurídico —sin desdeñar a veces perfiles ideológicos— que le ha permitido echar renovadas miradas sobre el proceso de la codificación en relación al significado que tuvo el desplazamiento abrupto del orden jurídico antiguo. Así, frente a la generalizada apología de los juristas, se fueron revelando los aspectos negativos de la codificación. Guido Astuti, ya en 1977, destacaba que ella había establecido la preeminencia del legislador en la formación del derecho privado, la de la ley escrita en detrimento de la norma consuetudinaria y de las decisiones de los jueces; es decir, limitando la actividad interpretativa y creativa de la jurisprudencia y reduciendo la tarea del juez a la puntual aplicación de la ley[13].

Un ejemplo representativo de este pensamiento y de la responsabilidad asumida por el iushistoriador se encuentra en el discurso del profesor Paolo Grossi cuando en 1991 fue investido como doctor honoris causa de la Universidad Autónoma de Barcelona[14]. El título de la disertación, «Absolutismo jurídico y Derecho privado en el siglo XIX», es ya una definición. Grossi, sin desconocer los aspectos positivos que tuvo la codificación, censuraba la actitud complaciente y hasta apologética del jurista hacia ella en vez de adoptar una postura «más compleja y más crítica». Afirmaba que hoy,

> […] después de una convivencia tan prolongada con la codificación como fuente normal de reglas jurídicas, el historiador del derecho que quiera asumir realmente su compromiso profesional no puede eximirse de aceptarla e interpretarla como lo que fue, sobre todo al inicio, y luego continuó constantemente […] la más colosal operación política del derecho en todo el arco de la historia jurídica occidental.

Luego agregaba: «constituyó, ciertamente el sello definitivo de un resultado macroscópico, evaluable, en positivo, como la consolidación de un riguroso monopolio; en negativo, como la de una brutal apropiación». Mientras el Estado se atribuyó, con exclusividad la producción de las normas, eliminando la pluralidad de fuentes que hasta ese momento concurrieron a la formación del derecho privado, el ordenamiento se empobrecía por la ausencia de «las energías especulativas de los maestros y de la experiencia de los jueces» y por la pérdida de la capacidad constructiva de los juristas[15].

---

[13] Astuti (1977: 880-882).

[14] Universität Autónoma de Barcelona, *Doctor honoris causa Paolo Grossi …Bellaterra*, 1991. Esta disertación se publicó después en lenguas italiana y alemana.

[15] Universität Autónoma de Barcelona, *Doctor honoris causa Paolo Grossi …Bellaterra*, 1991.

A su vez, la crítica de otro iushistoriador, Pio Caroni, se dirige contra el desajuste que produjo la pretensión igualitaria y uniforme proclamada por el código civil frente a una sociedad que no lo era. Si por un lado, esto permitía la generalización de la subjetividad jurídica, convirtiendo a millones de individuos en posibles destinatarios de derechos y obligaciones, por otro lado ellos quedaron involucrados en un juego que los trascendía cuando se trataba de ejercer esas relaciones jurídicas. Aquellas pretensiones rompieron un cuadro social rebosante de desigualdades donde las personas vivían destinos diversos y contrapuestos, amparados en una multitud de derechos locales. Se creó así una igualdad formal, sin poder borrar una desigualdad material[16].

Como ya había ocurrido con el proceso codificador de la centuria anterior, las líneas principales de la trayectoria europea resultan aplicables al continente americano, con sus matices, ritmos y peculiaridades propias. Un haz de cuestiones e interrogantes, que no figuraban en los planes de trabajo de un historiador del derecho hace tres décadas, asoman hoy con fuerza, reclamando respuestas que por el momento se pueden solo insinuar u ofrecer parcialmente.

4.

¿Qué características tuvo en la práctica el proceso de transición entre los flamantes cuerpos normativos y el antiguo orden? ¿Cómo leían el código los juristas formados en los libros antiguos? ¿Qué impresiones trasmitieron de su primera aplicación en los tribunales? ¿Cuál era, en la práctica, el grado de ruptura del código con el pasado? ¿Qué nivel de presencia tuvieron en diversos niveles las supervivencias? Una respuesta amplia y profunda a estos interrogantes tal vez nos permitan determinar cómo se introdujeron los códigos en el núcleo de la cultura jurídica, sustituyendo la fuerte tradición libresca de la «auctoritas» por la «cultura del código»[17].

Es evidente que la imposición de los códigos se explica por la convergencia de diversos elementos, que aparecieron tempranamente con la prédica sostenida sobre las ventajas de su adopción y continuaron con algunos operativos mentales posteriores, que pretendieron afirmar su fuerza y autoridad. En esta porfía de aceptación sin condicionamientos cumplieron un papel central la difusión del método exegético entre los autores, la enseñanza impartida en las aulas universitarias, la

[16] Caroni (1996: 42 y ss.).

[17] Un ejemplo para el tratamiento de estas cuestiones en Abásolo (2004: 423-444), como expresiones del *ius commune* en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la «cultura del código».

actitud reverente de los magistrados y los reconocimientos de eminentes juristas del país y del extranjero. El código necesitaba alcanzar la aprobación de la ciencia, aunque no fuese propiamente una obra científica.

El discurso anterior a favor de la codificación había argumentado que los códigos serían accesibles a todos los ciudadanos, para que ellos pudieran conocer por sí mismos sus derechos y obligaciones. Pero esta circulación del conocimiento requería, al menos, un mínimo de educación que no siempre alcanzaban a cubrir los individuos de las clases populares. Este alcance dependía del grado de alfabetización y de la existencia de ediciones vulgares de los códigos o de otros libros divulgativos preparados para ese sector de la población. En este sentido se han detectado en algunos países —aunque no estudiadas suficientemente— iniciativas oficiales o privadas para instruir en materia jurídica a amplios sectores de la población. En buena parte esto parece haberse intentado —y tal vez logrado— a través de los cursos escolares de nivel medio mediante asignaturas y manuales que, junto a la constitución, enseñaban la «legislación usual». No puede omitirse en esta enunciación de elementos que incidían sobre la difusión del código, el aporte artístico, que mediante el retrato, la escultura o el grabado, fijaba el denso volumen del código civil, por ejemplo, junto a la estampa del jurista, profesor o magistrado, incorporándolo a la sensibilidad colectiva ¿Podría así hablarse de una lenta penetración de los códigos en la cultura popular?

Los resultados de estos intentos de hacer penetrar la codificación en el tejido social y en la tradición jurídica carecen aún de estudios documentados. Junto a las señales de aceptación o de indiferencia, habría que observar las resistencias y las inercias como así también las críticas a la codificación como idea global o como expresión en alguna de sus áreas normativas. Asimismo cabría examinar el sentido que adquirieron los primeros movimientos reformistas de los códigos que ya eran considerables en las décadas iniciales de vigencia del nuevo sistema[18]. El haz de problemas referido en estos párrafos puede constituir la base de un programa de investigaciones, que debiera extenderse más allá de los códigos existentes, a las disciplinas nacientes que aspiraban también a integrar la constelación codificadora.

Una primera mirada sobre el mundo de la codificación hispanoamericana en general y de la argentina en particular, a partir de la sanción legislativa de los códigos, abre un campo de investigación hasta ahora solo entrevisto y parcialmente abordado.

---

[18] Halperin en Cappellini y Sordi (2000: 223-261), hace una interesante presentación y desarrollo de estas cuestiones con especial referencia al *Code* Napoleón.

Bibliografía

Abásolo, Ezequiel
2004 «Las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVI, Valparaíso, pp. 423-444.

Astuti, Guido
1977 «La codificazione del Diritto Civile». En *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del Terzo Congresso Internazionale della Societá Italiana de Storia del Diritto). Firenze, tomo II, p. 854.

Bravo Lira, Bernardino
1999 «Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana». En B. Bravo Lira y Sergio Concha Márquez de la Plata (editores), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica,* tomo I, Santiago, Chile, p. 51.

Cappellini, Paolo y Bernardo Sordi
2002 *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffré Editore.

Caroni, Pio
1996 *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*. Madrid: Marcial Pons.

Chaneton, Abel
1937 *Historia de Vélez Sarsfield,* tomo II. Buenos Aires.

De Trazegnies Granda, Fernando
1992 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Segunda edición, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Irti, Natalino
1992 *La edad de la descodificación*. Barcelona.

Lanfranco, Héctor P.
1939 *La codificación civil en la República Argentina*. Buenos Aires.

Oppetit, Bruno
1998 *Essai sur la codification*. Presses Universitaire de France, Vendôme.

Tarello, Giovanni
1976 «Storia della cultura giuridica moderna», volumen I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna.

Tau Anzoátegui, Víctor
1993 «La descodificación ¿un tema de historiadores?». *Revista de Historia del Derecho*, número 21. Buenos Aires, pp. 434-439.

Viora, Mario E.
1967 *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla Storia della codificazione. Tercera edición.* Torino.

Tercera Parte
Filosofía del Derecho

LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO

*Gonzalo Figueroa Yáñez**

Dedicatoria

Es curioso constatar lo mucho que conozco a Fernando de Trazegnies y lo poco que nos hemos visto durante nuestras vidas: creo que nos hemos encontrado físicamente solo en dos ocasiones.

La primera vez fue con motivo de la conferencia sobre la «Enseñanza del Derecho y el Desarrollo», que algunos profesores chilenos organizamos en Valparaíso en abril de 1971, y a la cual concurrió una delegación de la Universidad Católica del Perú, presidida por Jorge Avendaño y compuesta además por Fernando de Trazegnies y por Lorenzo Zolezzi. En esa ocasión, los tres profesores peruanos nos impactaron por la profundidad de sus reflexiones, por un entusiasmo desbordante por la reforma de la enseñanza del derecho, y por su buen decir en idioma castellano, tan diferente de nuestro balbuceante *dialectus chilensis.*

A continuación, nos encontramos en Lima, con motivo de la segunda conferencia sobre la misma materia, la que tuvo lugar en enero de 1973. En esa ocasión, Fernando de Trazegnies presentó una ponencia que caló muy hondo en todos los concurrentes: «La enseñanza del Derecho como actividad subversiva». Según el ponente, los movimientos de reforma de la enseñanza del derecho que entonces estaban proponiéndose en Latinoamérica habían sobredimensionado la importancia del método —activo, casuístico— en desmedro de la reformulación de contenidos, habían preferido preguntarse «cómo enseñar», en lugar de «qué enseñar», olvidando así que el rol esencial del derecho en un momento

* Abogado. Vicepresidente de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Profesor de Derecho Civil y de Bioética en las Universidades de Chile y Diego Portales.

como el que entonces vivía la región, es constituirse en factor del cambio social, en instrumento de liberación. En esta perspectiva, la ley deja de ser el punto de partida del razonamiento jurídico, de la exégesis doctrinal, y pasa al banquillo de los imputados si fuere obstáculo del cambio social.

Como consecuencia de lo afirmado, sostuvo de Trazegnies que es rol fundamental de nuestras facultades acercar el Derecho a las demás ciencias sociales, formar abogados que puedan no solo interpretar y aplicar la ley vigente, sino además, criticarla, reformarla y sustituirla.

Desde aquellos años nuestros pasos por el mundo nos llevaron por caminos diferentes y creo no haberme topado más con Fernando de Trazegnies. No obstante, he seguido desde lejos su brillante trayectoria como docente, académico, investigador, pensador y formador de numerosas generaciones de juristas; he sabido de sus éxitos y he seguido admirando su inteligencia y buen decir. Porque me parece que brilla con luz propia entre los mejores juristas del Perú, no quise estar ausente en este homenaje que sus colegas han querido rendirle. Mirado desde Chile, veo en Fernando de Trazegnies a aquel caballero de fina estampa… un lucero.

1. Explicación preliminar

Creemos que es necesario puntualizar, antes de comenzar, que en nuestra opinión, debe distinguirse entre «estado», «nación» y «patria». Existe un grado de abstracción decreciente entre estos tres términos, siendo el de «estado» el más abstracto, y en consecuencia, el más ajeno al ciudadano y a su vida diaria, y el más concreto el de «patria», que le resulta más asible. Los conceptos de «estado» o de «nación» tienen un contenido más sociológico, político o jurídico; el de «patria» tiene una connotación más subjetiva, personal o sentimental. Al Estado se lo obedece; solo a la patria se la ama. No se da la vida por el Estado; sí se la ofrenda por la patria. *Dulce et decorum est pro patria mori*, decían los romanos; y los franceses en su Canción llaman a las armas a los hijos de la patria; no a los hijos del Estado o a los componentes de la nación.

2. Patria, nación y estado

Entendemos por «patria», más que un territorio geográfico específico, un grupo humano, cuyo modo de vida, idiosincrasia y costumbres entendemos compartir. El objeto de nuestra adhesión es una cierta cultura o subcultura específica, dentro de un espacio determinado, de la que creemos participar. Cuando hablamos de patria, nos referimos más bien a un grupo humano reducido, a un medio

ambiente local, compuesto por los padres y la familia, por los profesores y los vecinos, por los amigos y compañeros, donde uno es «alguien», donde uno tiene un nombre que todos conocen, quizás también un sobrenombre o un apodo, donde a uno lo quieren, estiman y respetan, donde lo aprecian a pesar de los defectos que uno pueda tener; donde el idioma —incluso el de los modismos y sobreentendidos— es el mismo entre todos los componentes del grupo, y en que se comparte la misma fe y las mismas esperanzas. Es allí, en ese grupo humano que comparte parecidos valores y costumbres, modismos lingüísticos, parientes, amigos y experiencias comunes, donde podemos desarrollar más eficaz y más libremente nuestras aptitudes. Ese es, en verdad, nuestro caldo de cultivo, nuestra patria reducida, la de nuestros amores, la de nuestros sueños y esperanzas. Esa es la Itaca que añora Ulises; esa es la Granada cuya pérdida llora Boabdil como mujer, al no haberla sabido defender como hombre[1].

Lo que amamos es el medio en que hemos nacido y crecido, los valores que ese medio refleja, el modo de ser especialísimo que nos caracteriza a «nosotros» frente a «ellos», aquello que nos hace «ser de aquí». Es «aquí» donde nos sentimos bien, es «aquí» donde está nuestro hogar, es «aquí» nuestro medio ambiente cultural. «Aquí» hemos nacido, «aquí» están enterrados nuestros antepasados, «aquí» compartimos nuestros primeros amores y nuestras primeras desilusiones, «aquí» están nuestras raíces, nuestra savia, nuestra vida, «aquí» queremos ser enterrados después de morir.

Se ha dicho que la nación, en cambio, es el elemento humano que compone el Estado, si bien su definición es vaga e imprecisa. Valentín Letelier afirma que la sociología denomina «sociedad», que la política llama «pueblo», que la demografía describe «población», a una misma entidad, a la que el derecho llama «nación», y luego caracteriza a esta última como «una población constituida de antiguo en Estado y que, o pertenece a una misma raza, o se compone de varias razas que se han asimilado moralmente y están animadas de un espíritu común»[2]. Nótese cómo este supuesto «espíritu común» tiende a aminorar, a desdibujar, incluso a esconder, las diferencias culturales, económicas, raciales o lingüísticas que puedan existir entre los componentes de esa nación. Letelier denomina «espíritu nacional» a este espíritu común integrador, y lo caracteriza como un «elemento psicológico que constituye la unidad de la población». Conocida es la definición que Renán hace del término «nación»: «tener glorias

[1] Así lo sostuvimos en nuestro discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Véase Figueroa Yáñez (2004: 39 y ss.).

[2] Letelier (1917: 69). En el mismo sentido a Bluntschli, a Gumplowicz y a Burgess (1917).

comunes en el pasado, una voluntad común en el presente; haber hecho juntos grandes cosas, querer hacer otras más; he aquí las condiciones esenciales para ser un pueblo […]. En el pasado, una herencia de glorias y de remordimientos; en el porvenir, un mismo programa que realizar […]. La existencia de una nación es un plebiscito cotidiano»[3].

Este grupo humano «dispuesto a realizar un mismo programa común», cualesquiera que sean las diferencias culturales, étnicas, económicas o lingüísticas que lo separen, constituye uno de los elementos tradicionales que configuran el Estado, junto con los elementos «territorio» y «soberanía». «El Estado es una sociedad políticamente organizada», según el decir de Letelier[4]. Se ha agregado al concepto de por sí vago de nación el concepto de soberanía, entendiendo por tal la capacidad de utilizar el monopolio de la fuerza pública para hacerse obedecer dentro de las fronteras nacionales.

Parece necesario concordar en que —en materia de definiciones de lo que es el Estado— nos estamos moviendo sobre verdaderas arenas movedizas. No obstante, y a pesar de su vaguedad conceptual, es innegable que los estados constituyen realidades bien precisas en el mundo político, económico y social contemporáneo: son sistemas organizativos de conglomerados humanos, más o menos eficientes frente a las esperanzas de esos mismos conglomerados. A nuestro entender, sobre los dos elementos objetivos del Estado, la nación y el territorio, se ha levantado un tercer elemento, que es meramente conceptual: el elemento organizativo de esa población en dicho territorio, el sistema escogido para llevar a cabo la voluntad colectiva[5].

Hay más: si bien la nación se ha estimado como uno de los elementos constitutivos del Estado, hay casos en que el Estado ha ayudado a construir la nación. Esta afirmación, que parece lógicamente incorrecta, puesto que una parte no puede ser creada por el todo, se explica tan solo por las definiciones poco precisas del Estado, que acabamos de señalar. Hay casos, como decíamos, en que el Estado ha ayudado a construir la unidad de la nación, o incluso, a formar ciertas identidades culturales allí donde ellas no existían. Creemos que algunas naciones europeas, como Francia o Alemania, existieron antes de sus respectivos Estados; pero en Latinoamérica, muchas veces fue el Estado el que construyó la nación. La educación estatal, por ejemplo, fue una herramienta poderosa en nuestro continente

---

[3] Renán citado por ortega y gasset (1954: 143).

[4] Letelier (1917: 72).

[5] Así lo hemos sostenido en otras oportunidades. Véase Figueroa Yáñez (1991) y en el Seminario «Américas Latinas: una alteridad» (París, 25 a 27 de noviembre de 1992). Estos dos trabajos fueron publicados en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1991 y 1992).

para lograr que individuos de diversos orígenes, de distintas latitudes y lenguas o de diferentes etnias, se sintieran unidos por un destino común.

En Chile, creemos que fueron cuatro los elementos que permitieron construir una verdadera unidad nacional, un «espíritu común»:

a) la organización gubernamental —es decir, estatal— que nos dimos tempranamente, a partir del advenimiento de la República en forma, con Portales y la Constitución de 1833, y la extensa burocracia que de ello resultó;

b) la relativa unidad racial por el extenso mestizaje que había tenido lugar en nuestra zona central. Debe recordarse que entonces no pertenecían a Chile ni los mapuches más bravos, ni los aimaras. En verdad, Chile empezaba por el norte en Santiago y Valparaíso, y concluía en Concepción y los Ángeles. Los demás «territorios» chilenos (La Serena, Valdivia y Chiloé) eran verdaderas islas enclavadas en tierra firme, a las que se llegaba solamente por mar;

c) la educación que se empezó a generalizar muy pronto después de la independencia, tanto a nivel primario como secundario, y dio origen a una creciente clase media oficinesca y culta, que pudo entenderse entre sí en castellano y sentirse parte de una cultura común, y;

d) la igualdad entre todos los habitantes de la República, establecida en el papel en el Código Civil de 1857, pero transformada pronto en igualdad de oportunidades y de esperanzas por los movimientos políticos de la mitad del siglo XIX. Con esos movimientos, fue la ciudadanía, la sociedad civil, «el común», como diría Arciniegas, la que empezó a reclamar del Estado la satisfacción de aquellas esperanzas[6].

Pero el caso de Chile fue excepcional en Latinoamérica. En nuestro continente, los esfuerzos que se realizaron para constituir una sociedad homogénea fueron exitosos solo en ciertas partes. Creemos que todavía quedan algunos países que no lo han logrado.

Los estados modernos, que salpican nuestros atlas con diversos colores, han tenido distinto origen histórico. Aquellos que se constituyeron antes del siglo XVIII fueron precedidos muchas veces de una identidad cultural previa. En Latinoamérica, en cambio, esa identidad se ha venido construyendo

[6] Así lo sostuvimos en uno de los artículos destinados a conmemorar el centésimo quincuagésimo aniversario de la promulgación del Código Civil chileno. Véase Figueroa Yáñez (2005: 101 y ss.).

después del nacimiento de los estados que resultaron del fraccionamiento del gran imperio español. En África, finalmente, el proceso de descolonización del siglo XX dio origen a veces a estados artificiales, separados a menudo de sus vecinos de la misma lengua, tribu, raza o cultura por líneas imaginarias que seguían paralelos o meridianos válidos tan solo para los tiempos de la dominación extranjera.

Lo expresado hasta aquí nos lleva a la conclusión de que no es indispensable una identidad cultural homogénea, o una lengua común, o la pertenencia a una etnia específica, para la existencia del estado, y que aquella exigencia de Letelier y de Renán de un «espíritu común» o de una «voluntad común» difícilmente se encuentra hoy en las poblaciones plurifacéticas y multiétnicas que existen en nuestro mundo globalizado. En consecuencia, pensamos que no es posible continuar aceptando hoy las ideas de tales autores sobre estas materias. Para nosotros, los estados se caracterizan tan solo por el concepto de soberanía en un territorio determinado, esto es, por el poder político-jurídico que tiene un gobierno para hacerse obedecer por la población que exista en dicho territorio, cualquiera que sea su composición étnica, cultural o valórica.

3. El rol del estado

Algunos conciben al Estado como la herramienta para solucionar todos los problemas sociales, otros lo rechazan con vehemencia como si fuera el demonio y quisieran verlo reducido a su más mínima expresión. Yo creo personalmente que ambos extremos son exagerados, y quisiera dejar constancia de una concepción del Estado que imaginé alguna vez leyendo la obra de Thiers sobre la Revolución Francesa. Cuando el juramento del *Jeu de Paume,* Mirabeau contestó a Luis XIV —con cien años de atraso— que el Estado no soy yo, sino que somos nosotros. En esta concepción de Estado, el contrapunto no se juega entre el individuo, por un lado, y el Estado —como entidad aparte— por el otro, puesto que el primero está contenido en el segundo. En consecuencia, toda política estatal engloba a los individuos, si es auténticamente democrática, porque emana del común de las voluntades individuales, del «nosotros» al que todos pertenecemos, y nos compromete a todos por igual. No es lógico, ni es sano, cívicamente hablando, que yo me excluya del «nosotros», rechace mi pertenencia al grupo, me aísle como un anacoreta. Esa no es una actitud socialmente correcta ni corresponde a una mentalidad democrática, con la que los «muchos» resuelven en nombre de los «todos», y los «pocos» aceptan, ojalá gozosos, la opinión mayoritaria. Así me parece deben conjugarse el «yo» con el «nosotros», sin que sea de temer una acción dinámica del Estado, en la medida

en que ella tenga como objetivo la consecución del bien común y haya sido resuelta democráticamente[7].

Concibo el Estado como un agente activo de progreso, de solución y estímulo de los intereses generales. Corresponde al Estado impulsar la prosperidad general, estimular y complementar las iniciativas individuales, velar por la justicia social y por la tranquilidad pública, así como cumplir funciones específicas de beneficio común que jamás se le han negado ni siquiera por los privatistas más recalcitrantes, como la defensa de las fronteras y la seguridad exterior, las labores de policía y la seguridad interna. Creo que es conveniente agregar, en un sistema de libre contratación y de liberalismo económico como el actual, que al Estado le corresponde controlar el cumplimiento de las reglas del juego capitalista: asegurar el libre acceso a los mercados, velar porque los precios se fijen por la conjugación de la oferta y la demanda, impedir los monopolios, defender los derechos de los consumidores, imponer la buena fe en las prácticas comerciales. Le corresponde además un rol activísimo en beneficio de las clases más desvalidas, en rubros tales como la educación, la salud y la vivienda. Frente al creciente distanciamiento entre las clases más pudientes y las capas medias y bajas del país, corresponde al Estado aminorar ese distanciamiento, privilegiar un desarrollo económico más equilibrado, ayudar a los más necesitados.

No se diga que el derecho de propiedad es intocable, como lo señala la Constitución que hoy rige en Chile. Todo jurista sabe que la defensa de cualquier derecho requiere de todo el aparataje estatal (Poder Judicial, Ministerio Público, Investigaciones, Policía, Municipalidades). Sin el apoyo del Estado, ese derecho no puede ejercerse, lo que equivale a decir que no existe. En esta perspectiva, el Estado es una especie de socio del titular del derecho de propiedad. El esfuerzo del Estado para que cada propietario pueda ejercer tranquilamente su derecho, justifica con creces las condiciones y limitaciones que el propio Estado quiera introducir en este derecho, en beneficio del bien común. Es lo que a veces se ha llamado propiedad función social.

No deseo que se me malinterprete: existe una igualdad a la que tendieron ciertos regímenes que se dijeron «socialistas», la que se pretendió alcanzar sacrificando la libertad. Me parece que la igualdad no puede conjugarse sin idéntica cantidad de libertad, porque en la libertad radica la dignidad del ser humano. El contrapunto no se produce, como ya dije, entre el individuo por un lado y el Estado por el otro: el verdadero contrapunto se produce entre la autoridad por un

[7] Estamos repitiendo aquí las mismas ideas que hemos sostenido en el capítulo XV de un libro de memorias que se encuentra actualmente en prensa y que se denominará *Memorias de mis últimos 200 años.*

lado y la libertad por el otro. La autoridad no procede necesariamente del Estado: puede provenir de algún partido político totalitario, de alguna organización religiosa intolerante, de algún caudillo militar, de algún ejército deliberante, de una asociación capitalista multinacional. Todas estas posibilidades conocimos durante el siglo XX. Esos partidos, organizaciones, caudillos, ejércitos o asociaciones pueden usar o no el aparato estatal para imponer sus designios liberticidas.

El contrapunto se resuelve adecuadamente cuando la autoridad se basa en la voluntad de los ciudadanos y en la expresión de esa voluntad, esto es, cuando su origen es democrático. Una autoridad realmente democrática no puede ser despótica, opresiva, restrictiva de la libertad, porque atentaría contra sí misma. Ni autoridad excesiva, ni libertad exagerada. Ningún extremo es políticamente defendible[8].

4. El Estado y la sociedad civil

Creemos que en la organización de los estados contemporáneos, el ejercicio de la democracia y el respeto de los derechos humanos se están convirtiendo en barreras limitativas de los excesos del poder político. Pensamos que la salvaguarda más eficaz de la libertad está en la estructura democrática del Estado, en la participación ciudadana, que conduce a que sean los sujetos del orden social los que generen por sí mismos ese orden social, en el gobierno de las grandes mayorías y especialmente, en el respeto de las minorías. Un Estado realmente democrático no violentará los derechos humanos ni permitirá que ellos sean infringidos por individuos o grupos de individuos, ni permitirá la opresión de uno a otros, ni la explotación de unos por otros.

Dentro de un Estado democrático, realmente respetuoso de los derechos humanos, puede plantearse sin temor el tema de la vinculación jerárquica entre la colectividad, representada por el Estado, y el individuo, y de la preponderancia de aquella sobre este, o de este sobre aquella. Nosotros postulamos la precedencia jerárquica de la colectividad sobre el individuo, de los intereses generales sobre los intereses particulares, el principio de la solidaridad social sobre el egoísmo individualista. El predominio de los intereses generales no es otra cosa, en definitiva, que el predominio de las mayorías, fundamento de un estado democrático. El principio de la solidaridad social es el reconocimiento del origen societario de la especie humana, que no se habría levantado desde su oscuro y anónimo pasado animal si no hubiera sido por la cooperación mutua. En esta idea del predominio

[8] Nosotros hemos expresado estas ideas con mayor profundidad en otras circunstancias, cuando Chile estaba regido por la dictadura de Pinochet. Véase Figueroa Yáñez (1978: 119-154).

de la colectividad sobre el individuo se funda también el valor que se asigna al trabajo humano, y ella se materializa en lo jurídico en la preponderancia de la ley —que es una manifestación de la voluntad mayoritaria— por sobre las otras fuentes del derecho que no emanan directamente de esta voluntad soberana, como son los decretos supremos o las sentencias judiciales, y especialmente, los contratos o la costumbre, que contienen la manifestación de voluntades y de intereses particulares.

Bibliografía

Bluntschli, Johan Kaspar

1875-76 *Théorie générale de l' Etat*. Libro II, capítulo II, página 71 y capítulo V, página 92.

Burgess, John William

[1890-91] *Ciencia Política y Derecho Constitucional*. Tomo I, libro I, capítulo I.

Figueroa Yáñez, Gonzalo

1978 «Ética y Política». *Anuario de Filosofía Jurídica y Social.* Valparaíso: Editorial Edeval, pp. 119-154.

1991-92 «América Latina: Mestizaje e identidad cultural», fusión de dos trabajos presentados en el Encuentro Europa–América Latina sobre «Actualidad del Hombre Democrático» (París, 9 al 12 de diciembre de 1991) y en el Seminario «Américas Latinas: una alteridad» (París, 25 al 27 de noviembre de 1992). En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso: Editorial Edeval, pp. 75-97 y 17-37.

2004 «Algunas reflexiones acerca del exilio». *Societas*, Año XIV Nº 8, Santiago: pp. 39 y ss.

2005 «Codificación, descodificación, recodificación del Derecho Civil». En *De la codificación a la descodificación,* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 101 y ss.

Gumplowicz, Ludwig

2002 *Derecho Político Filosófico*. Capítulo IX, X y XI. Reedición. Dorado Montero Pedro (editor). Pamplona: Editorial Analecta.

Jellinek, Georg

2005 *L' Etat Moderne et son Droit* [1900]. Tomo I, capítulo IV, título III, páginas 147-210.

Letelier, Valentín
1917 *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales*. Buenos Aires: Cabaut y Cía.

Posada, Adolfo
[1893] *Tratado de Derecho Político*. Tomo I, libro IV, capítulo IV.

Ortega y Gasset, José
1954 «La rebelión de las masas». Citando a Ernest Renan en *Revista de Occidente*. Madrid: p. 143.

MÁS ALLÁ DEL SUBJETIVISMO JURÍDICO MODERNO

*Paolo Grossi**

1. En las raíces de la modernidad jurídica

La modernidad jurídica tiene orígenes bastante remotos. Lo histórico del derecho puede sorprenderlos en ese siglo XIV, que es extraordinariamente rico en nuevos fermentos y en el cual comienzan a ser refutados los viejos valores de la civilización medieval. Mientras que en la civilización medieval los pilares del orden están representados por la naturaleza cósmica —el mundo de las cosas— y de tantas comunidades en las que el sujeto individual encuentra protección y posibilidad de existencia; ahora, durante el «trescientos», la nueva sociedad comienza a apuntar al individuo y a sus fuerzas individuales. Lo que se pretende es liberar al individuo de los viejos condicionamientos y hacer de este el pilar del nuevo orden. Y esto se prueba con esa revolución antropológica que consiste en la transición del racionalismo medieval al voluntarismo de la nueva época; de un hombre a quien se pide conocer hacia otro a quien se le pide querer; de un hombre proyectado al exterior en actitud de humildad hacia un hombre que encuentra dentro de sí mismo toda justificación y que proyecta al exterior solamente su pretensión de dominar el mundo, de proponerse como soberano dentro del mundo.

2. A lo largo del itinerario del individualismo moderno: el iusnaturalismo entre el idealismo y la ideología

Por tanto, es en el cambio del ángulo de observación y en el descubrimiento de nuevos valores, habiendo tenido lugar —uno y otro— en la revolución del «trescientos», que ha comenzado en concreto el proceso edificatorio de la modernidad, un

* Profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Florencia y Miembro de la Accademia Nazionale dei Lincei. Profesor Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

proceso que encontrará su consolidación plena en los dos siglos siguientes y que aportará —y que modificará hasta desbarajustar toda la maquinaria— las distintas dimensiones y manifestaciones de la civilización occidental.

Se habla genéricamente —respecto de los «cuatrocientos» y de los «quinientos»— del humanismo, y es un término correcto si a una denominación genérica se le da la sustancia de un conjunto de opciones y soluciones que tienen —todas— una plataforma acentuadamente individualista. Es humanista e individualista la más genuina reforma religiosa, que quiere liberar al sujeto de la opresión de la sociedad sacra, que quiere instaurar una comunicación directa del sujeto con la divinidad y con los textos revelados, como sujeto capaz y merecedor de plena confianza. Es humanista e individualista la preocupación literaria que debe limpiar la vía de su horizonte cultural, de los resultados desviados por la ciénaga medieval desembarazándose del estorbo de un período histórico, retenido en forma reduccionista como la «edad del medio» —*media aetas*—, volviendo a andar por los caminos de la cultura griega y de la latinidad clásica, donde el sujeto individual campea en toda su autonomía vital. Es humanista e individualista esa misma preocupación por el grupo de los nuevos juristas que, sin ninguna comprensión por el trabajo tormento constructivo de la ciencia jurídica medieval, refutan las manipulaciones de los bizantinos e intentan dibujar el verdadero rostro del derecho romano-clásico. Es humanista e individualista la sublevación política que, liberándose de los decrépitos universalismos eclesiales e imperiales, apunta hacia una nueva individualidad, el sujeto fuerte «Estado», encarnado en ese modelo de hombre que es el nuevo príncipe.

En cuanto a la historia del derecho, la revuelta individualista, fruto de las matrices humanistas de la modernidad, será apreciada e incluso exacerbada en el seno de las dos grandes corrientes de pensamiento y acción dominantes en casi toda Europa durante los siglos siguientes: el iusnaturalismo y el iluminismo jurídico, que de la reflexión humanista extraen en primer lugar su génesis, y luego su carga revolucionaria.

El iusnaturalismo, en efecto, en su significado esencial, es sobre todo la búsqueda del hombre, del hombre genuino liberado de las incrustaciones que la historia ha depositado sobre su piel alterándolo e incluso sofocándolo en su independencia y libertad. Este regresar al estado de naturaleza, esta insistencia sobre el estado de naturaleza primigenio que puede parecer —de primera impresión— una distracción ingenua de científicos completamente desprovistos de contacto con la realidad, representa —al contrario— el fruto de una calidísima estrategia del nuevo movimiento intelectual en busca de bases sólidas, bases intocables, para la sociedad moderna y para la dominación dentro de ella de la clase emergente burguesa.

El estado de naturaleza, un paraíso terrestre que nunca ha existido sobre la faz de la tierra, asumía, en su aspecto de redescubrimiento y de una hallada pureza originaria, el tipo de modelo para toda civilización histórica, aunque la pureza se concretaba en un supremo artificio manipulado por el arte de la ideología de los iusnaturalistas; modelo y, por lo tanto, límite al ejercicio del poder político por parte de todo detentador presente y futuro.

Hemos dicho «ideología», y hemos usado este término deliberadamente, porque se simulaba dibujar un paisaje verdadero, mientras que —subterráneamente— se pretendía tutelar precisos intereses de clase. El estado de naturaleza, en efecto, era considerado como pre-político, incluso como pre-social, donde correteaban los sujetos individuales, sin cadenas al cuello, libres e independientes que, solo por razones de oportunidad, habrían dado vida a formaciones sociales y políticas, empezando así el proceso de la historia humana: individuos libres e independientes gracias al *dominium* que una generosa (aunque muy vaga) divinidad había querido que tuviera un carácter irrenunciable.

Queda claro: individuos desprovistos de carnalidad histórica, más bien simples modelos inmersos en el vacío neumático de una libresca pre-historia. Sin embargo, de una similar fuente de modelos brotaban dos graves consecuencias, queridas en toda su gravedad: el modelo de hombre estaba allí, y era el proyecto originario de Dios en toda su pureza, proyecto que los acontecimientos históricos estaban obligados a respetar. El modelo —por el hecho de que no tiene ninguna relación con una criatura en carne y hueso— está lejos de ser confundido con la contingencia de la cotidianidad: es una entidad abstracta, esto es —como bien lo indica la etimología latina— abs-tracta, separada y aislada del contexto histórico poblado de hombres carnales y de hechos; y abstractas son las relaciones entre los hombres que ese modelo pone en funcionamiento.

Comienza, en esta grandiosa fragua iusnaturalista, ese culto de la abstracción, ese razonar con modelos y sobre modelos, que será una de las características más distintivas de la modernidad jurídica. Y habrá una abstracción tenazmente perseguida hasta ayer, debido a que era el instrumento eficacísimo que, bajo la apariencia de una absoluta inocuidad, aislaba y cementaba al individuo, eliminaba formalmente toda diferenciación social en detrimento del sujeto económicamente débil, y todo beneficio del sujeto económicamente fuerte. La nueva igualdad, precisamente porque era una igualdad solamente jurídica, —lo que significa mera posibilidad de igualdad efectiva en los hechos— no molestaba con su carácter abstracto, no molestaba al pingüe burgués y dejaba a quien carecía de bienes simplemente el espejismo de un sueño prácticamente imposible de alcanzar.

Gracias a la abstracción, el individuo moderno se transformaba en un microcosmos autorreferenciado, provisto de una constelación de intereses y derechos

individuales, de algunos de los cuales surgían situaciones subjetivas perfectas, inviolables, frente a cualquier poder político. Entre estas, la primera de todas, la propiedad privada, interior y exterior, intrasubjetiva e intersubjetiva, estrechamente vinculada a la naturaleza misma del hombre y, por lo tanto, intangible.

Se añade una necesaria apostilla: los primeros asentamientos calificables correctamente como capitalistas, que comienzan a delinearse en la Europa de la segunda parte del «quinientos», marchan hacia una misma dirección. Si el «capitalismo» tiene el rostro prevaleciente de una sociedad —y de una mentalidad— fundada sobre el tener y sobre la acumulación de riqueza —asumiendo que tener riqueza y acumularla es el objetivo final de una forma de vida que relega las supersticiones, escrúpulos y tormentos propios del antiguo negociante medieval—, resulta lógico que el exasperado individualismo proto-moderno viniese a identificarse con el proyecto capitalista de crear el nuevo *homo oeconomicus*; y es también obvio que el individualismo congeniara con la organización capitalista de la nueva Europa.

El tener, en efecto, convierte en una barrera insuperable las fronteras de la individualidad, profundizando el foso que me separa de los otros. ¿Quizá no enseñaron siempre los juristas occidentales, en el surco de la bimilenaria tradición romanística, que la propiedad es, en su esencia, *ius excludendi omnes alios*?

3. El iluminismo jurídico y su antinomia de fondo: entre el despotismo estatal y la individualización de los derechos universales

Hemos hablado de iusnaturalismo e iluminismo jurídico. El iluminismo jurídico no es otra cosa que la búsqueda, dentro del itinerario de la modernidad, del gran proyecto iusnaturalista, e incluso su ejecución a nivel de las fuentes del derecho. Las así llamadas cartas de los derechos (carta del derecho del «setecientos») y la majestuosa edificación codificadora en todas las ramas del orden jurídico, se deben al entusiasmo de científicos y legisladores de genuina matriz iluminista, que tienen como presupuesto de fondo la opción iluminista.

Tras estas opciones, hay una que desarrolla —pero deforma e incluso traiciona—, las originarias premisas iusnaturalistas: esta es la idealización del príncipe; y, junto a ella, el crecimiento desmesurado, la confianza plena colocada en él en tanto que es sujeto superior que se coloca sobre las pasiones. La confianza que se pone en el «príncipe» con el muy delicado encargo de leer la naturaleza de las cosas y traducirla en reglas jurídicas.

En una civilización casi ampliamente secularizada, permanece un halo de sospecha que rodea el papado romano, lo que impide que se pueda proponer dejar a la Iglesia la determinación del derecho natural, de la misma manera como

se rechazaba la tradición medieval. El nudo fue desenredado repitiendo en los «setecientos» las opciones que ya se habían efectuado dos siglos antes por los reformadores protestantes a nivel religioso: esta vez, como entonces, se prefirió confiar el gobierno a la Iglesia nacional, al soberano local, colocando así un sólido muro de contención a los intentos de reconquista papal. Por consiguiente, se otorga ahora al príncipe la facultad de desencriptar y leer los principios del derecho natural y de establecerlos en textos vinculantes.

He destacado repetidamente, en esta opción, una de las más graves antinomias de la modernidad jurídica, desde el momento en que se hacía expresar por un príncipe —que no era ya el emperador investido de una potestad global, sino un príncipe que era un soberano particular, de una pluralidad de soberanos particulares y con leyes nacionales limitadas a un específico territorio estatal— lo que debía ser, por el contrario, la voz de la comunidad universal.

Sin embargo, el iluminismo jurídico no hacía sino recoger la tendencia antes mencionada, que estaba presente en los movimientos individualistas nacionalistas post-medievales. El nuevo príncipe, el príncipe moderno, nace ahí; y ahí comienza a transfigurarse con relación a la vieja y rechazada imagen medieval. Su poder no se define ya en la *iurisdictio*, que es una síntesis ciertamente potestativa, pero que encuentra su eje en el *ius dicere*, es decir, en una potestad de la competencia judicial; aunque en este poder el nervio no está ya en la antigua *aequitas,* en hacer justicia, según la concepción antiquísima de la autoridad real. El nuevo príncipe es el soberano descrito a finales del quinientos-setecientos en las páginas crudas pero fieles de Bodin y Montaigne; un rey de Francia que hace lo que le place, que crea normas midiéndolas solamente con el criterio de su propia voluntad y por su decisión, como se demuestra nítidamente en la frase formal de cancillería con la que terminan las transcripciones de las normas *car tel est notre plaisir*. Y es un soberano que —después de haberse sacudido de la espalda los ribetes del viejo manto universalista y haber reclamado para sí una individualidad perfecta y la independencia de cada potentado terrenal— se niega a limitarse al *ius dicere* y pretende crear el derecho en su Estado, proponiéndose siempre más, en un itinerario lento y largo pero continuo, tanto *conditor iuris* como legislador.

El soberano iluminado e iluminador del «setecientos» es el heredero legítimo, pero con esta muy considerable diferencia: no es más solamente una cuestión de arbitrio y placer, sino más bien de una amplitud de poderes legitimada por su penetrante capacidad de visión, capacidad de lectura de las normas «naturales» traduciéndolas en normas «positivas». No obstante, sea en el caso del príncipe de la «república bodiniana», sea en el caso de los déspotas iluminados, el poder, más allá de las teorizaciones formales, se resume en un subjetivismo exasperado.

4. La reducción del paisaje jurídico moderno: la evaporación de las dimensiones colectivas y sociales del individuo

La conclusión que se debe extraer —y que es oportuno subrayar— se presenta como una verdad muy elemental y a menudo demasiado desconocida o eludida: el paisaje jurídico de la modernidad es simple, incluso simplísimo. Con una inmediata precisión: la simplicidad es fruto de una reducción drástica, ya que la complejidad propia de todo orden jurídico ha sido forzada a contraerse en un escenario donde los protagonistas son solamente sujetos individuales; de un lado, el macro-sujeto político, del otro, el micro-sujeto privado.

La sociedad, en su globalidad y complejidad, que no puede desaparecer, queda como un telón de fondo inerte, al que se le ha retirado toda posibilidad de manifestarse y de expresarse jurídicamente. La sociedad permanece como un enredo de hechos brutos, que no tienen por sí mismos la fuerza de volverse derechos, sin la ayuda del micro-sujeto privado, en su ámbito relativo al acto jurídico; o del macro-sujeto público, en su ámbito normativo general.

La simplicidad del paisaje jurídico moderno sufre de artificiosidad; más que simple el paisaje es simplista.

Ninguna evolución en nuestras construcciones jurídicas del ochocientos nos representa mejor esta puntualización que la que realiza el derecho público respecto de la relación Estado/persona.

El absolutismo político pertenece al pasado, al menos en buena parte de la Europa Occidental, y se pone a punto en el taller fértil del jurista, los juristas del nuevo edificio del estado liberal de derecho. En el corazón de este planteamiento moderno está la conclusión teórica a partir de la cual se discurre, y cuya perspectiva principal consiste en separar de la manera más nítida el Estado y la sociedad, afirmar el primado del Estado sobre el sociedad, afirmar un super-sujeto político/social, reducir el escenario jurídico a una acción donde solamente los sujetos individuales tienen un papel.

Se tiende a la eliminación de las sociedades intermedias. Para la perfecta realización de tal proyecto socio/político/jurídico, esas organizaciones sociales son inevitablemente un incómodo impedimento que, al personificar los filtros que median entre el individuo físico y el Estado/persona, condicionan a uno y otro y reducen la libre expansión tanto del individuo como del Estado. La civilización jurídica burguesa exige un Estado fuerte y un individuo acaudalado, fácil, cada uno con su propio orden de poderes, pero ambos en estrechísima simbiosis, no puede tolerar a su interior proyecciones sociales con capacidad de poner en riesgo la solidez del edificio construido con tanto trabajo, solidez que tiene la llave de doble vuelta en su reducidísima simplicidad.

Como se decía en los párrafos anteriores, el paisaje es artificialmente simple, pero incluso necesariamente simple: la simplicidad es el fruto de una sabia estrategia. Se tiene un auténtico arrugamiento del derecho sostenido por dos precisas directrices de fondo.

En el plano del macro-sujeto, el derecho se agota en la voluntad del titular del poder supremo y se manifiesta como control, como expresión de superioridad, como poder. Las fuentes se cierran rígidamente en una pirámide jerárquica, con la completa eliminación de toda expresión pluralista. En efecto, solamente un férreo monismo jurídico puede garantizar el control de un derecho, que todavía al final del antiguo régimen conservaba su rostro plural basado en la vinculación con el vientre amplio y profundo de la sociedad. El derecho debe coincidir con la voluntad del poder supremo y —por lo tanto— debe ser pensado como un producto querido en la cumbre.

Nace de aquí la condena sin apelación de esa fuente maternal, que se encarna en la repetición de un hecho, procedente de la parte baja de la sociedad que va arrastrándose siempre adherida a los aspectos «terrestres» de la experiencia diaria. Y se comprende el orgullo y la satisfacción de Robespierre, expresión natural del nuevo proyecto jurídico, cuando —en el colmo del momento jacobino de la Revolución— anunció a los franceses su liberación de los impases factuales de las costumbres inmemoriales y proclama —con acento mesiánico— una nueva vida jurídica guiada y disciplinada solamente por principios. Si, en efecto, no era manejable controlar el pulular extendido de las costumbres, estaba por el contrario, en la plena potestad de los titulares de la soberanía, adecuar los principios al proyecto que tenían en mente.

Pero no era solamente el material consuetudinario que debía terminar en el desván: la ciencia y la jurisprudencia práctica sufrirán la misma suerte, porque las fuentes primarias en la complejidad jurídica del antiguo régimen, eran llamadas a tecnificarse, a definir y, en alguna forma, categorizar la informe sedimentación de los usos, los que representaban un riesgo debido a las capacidades autonómicas de una clase social competente y aguerrida. Ciertamente, puesto que la ley —ahora única fuente del derecho— debe aplicarse, no se puede prescindir de los juristas, pero se les retirará toda libertad de acción, encerrando la doctrina en la prisión de la exégesis y al juez en el cuello de botella de un silogismo que encadena el razonamiento.

En el plano del micro-sujeto, el derecho es tallado en una aureola de posiciones rigurosamente individuales: simples intereses que se concretan en simples facultades, intereses más vitales que se concretan en situaciones calificadas (poderes y derechos subjetivos). Sin embargo se excluye esa dimensión colectiva, que había permitido en el comunitarismo medieval y post–medieval la atribución de un mínimo de fuerza social al sujeto singular —sobre todo al hombre común, sin patrimonio y

sin poder—; se minimiza su dimensión social o sido transformada y alterada en su reducción a relaciones inter-individuales. El resultado que se incorpora —y que se quería que se incorporase— es el aislamiento de la entidad individual cuyas relaciones externas son restringidas a simples relaciones con otras entidades individuales.

Séame permitida una apostilla a esta última puntualización: esta visión individualista forma una ola larga que llega a bañar abundantemente nuestro presente. Me refiero a ese documento, de indudable importancia, llamado comúnmente la «Carta de Niza» y ahora ha pasado a formar parte del tratado que adopta un proyecto de constitución para la Unión Europea. En ella queda clara una posición individualista, que tiene raíces del «setecientos» y que empapa todo el tejido de la Carta, donde las posiciones que se garantizan, con un excesivo predominio, siempre se refieren a sujetos individuales. En forma directa, incluso cuando se refieren al niño, este aparece justamente protegido; pero con una tutela que parece considerarlo por sí mismo hasta casi aislarlo de la comunidad familiar.

5. La ahistoricidad y el comportamiento asocial de la modernidad juridica: la opción por la abstracción

Comenzamos a extraer de nuestro razonamiento algunas reflexiones con carácter de conclusiones.

Un paisaje poblado y marcado por la individualidad. La macro-individualidad política, está personalizada por el Estado/persona y concretizada siempre —también en los ordenamientos formalmente democráticos— en un consumado aparato potestativo. La micro-individualidad privada, fortalecida por su marcada autoreferencia a la coincidencia entre el ciudadano —es decir, el ciudadano que cuenta, que puede votar sobre la base de su estado social configurado por su riqueza personal— y el *homo oeconomicus*, este propietario provisto de un territorio autónomo donde el contrato es ley entre las partes (artículo 1134 del Código Civil), mimado y protegido por el Estado como personaje de máxima confianza y segura garantía dada por el orden público.

Fue, entonces, una opción fundamental que adoptó la modernidad iusnaturalista, que parecía hecha para cementar aún más el enclaustramiento de las distintas individualidades: aquella para la abstracción, o sea, razonar dentro de un modelo y para el modelo, consistente con la des-historización y des-factualización iusnaturalista e iluminista.

Abstraído de la sociedad —ya lo hemos dicho— era el Estado/persona, y su manifestación normativa, la ley, teorizado como una regla general, rígida, abstracta. Ley igual para todo ese pueblo de personas crasamente desiguales. Este era un primer paso para superar las viejas e inicuas desigualdades de clase; pero

solamente un primer paso que, complaciéndose con una declaración puramente retórica de igualdad, mantenía su sustancia punitiva para el socialmente débil, pobre, ignorante, es decir, para la inmensa mayoría.

Abstraído lo más posible de la sociedad era la persona singular, pensada y encarada como sujeto unitario, heredero directo de los absolutamente descarnados modelos vibrantes del paraíso terrenal presupuesto por el derecho natural, robustecido en su abstracción exactamente en su auto-referencialidad —que era el resultado querido y perseguido—.

La opción que hemos indicado antes, y que es una señal sonora de la modernidad jurídica, provoca enseguida otra en lo que se refiere a manifestación y comunicación del derecho. Normas abstractas, es decir, no contaminadas de factualidad cotidiana, normas generales y rígidas, que no se doblegan ante las circunstancias particulares y que pretenden tener una proyección unitaria prescindiendo de la movilidad y de las casualidades que se producen en el terreno histórico, pueden y deben tener una inmovilización escrita en un texto vinculante, impermeable al cambio y refractario a la incidencia del desgaste histórico. Y, en perfecta coherencia, la civilización jurídica burguesa es civilización de declaraciones, de papeles, de códigos, que flotan impasibles sobre el pasar del devenir histórico.

El marco descrito con serenidad crítica tiene algún aspecto positivo: al incontenible carácter aluviónico del *ius commune* se le contrapuso una admirable sistematicidad; la alarmante incertidumbre fue sustituida por un conjunto de reglas simplísimas; la oscura y caótica situación de las viejas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales se substituyó por un sistema racional con normas límpidas en el dictado y eficaces en la concisión.

Pero un riesgo ha recorrido perennemente la modernidad: renegando la intrínseca historicidad del derecho, se produjo un artificial —no natural— distanciamiento de la experiencia con el ambiente. El riesgo de que en ciertos momentos se imprima un mayor estatismo, ha podido permanecer enterrado. Pero a veces estalla, cuando la virulencia y la rapidez del cambio socio-económico pone al desnudo la sofocación de tantas fuerzas y la desnaturalización del derecho pasa de ser un sistema respetuoso a una prisión forzada.

6. Alguna reflexión en forma de conclusión: por una recuperación de la complejidad del derecho en la complejidad de la sociedad

Volvemos a nuestro martilleo inicial: ciertamente, no se puede renunciar a la idea que el sujeto es un eje del sistema jurídico. El derecho —nacido en la historia humana, porque es fruto de la historia humana— no puede sino tener

un objetivo esencial: se generó *hominum causa* y no debe jamás renunciar a este compromiso riguroso.

Sin embargo, el sujeto —que el derecho respeta, tutela y estimula— no puede ser el individuo microcósmico de la modernidad, sino más bien una persona de carne y hueso, inmersa en el centro de un tejido de relaciones de derechos y de deberes, siempre pensada en dialéctica con «el otro» e insertada en formaciones sociales que la enriquecen e incrementan su espesor. El sujeto debe encontrar sus raíces naturales para poder asumir el papel protagonista que le corresponde en la actual complejidad; y eso será posible si se acepta deponer ese subjetivismo exasperado que ha sido la divisa y el programa de la modernidad.

Es necesario redescubrir la necesaria dimensión objetiva del sujeto, la que no puede concretarse sino a través del redescubrimiento de tres dimensiones radicales, es decir, de raíces profundas: una dimensión comunitaria que le fuerza a hacer cuentas con la alteridad y con los intereses que dominan su egoísta y hedonista individualidad; una dimensión de la tradición que, al convertir al sujeto en el anillo de una cadena que llega hasta él, lo hacer regresar a la virtud de la humildad y de saber escuchar; y finalmente, la dimensión de la naturaleza de las cosas, como repaso de la lección que comprende la humildad y la invitación a escuchar.

El moderno sujeto de derecho, erradicado y desarticulado como se encuentra, es bueno relegarlo en un pasado que no está más presente y que no podrá nunca convertirse en futuro.

Todo será más fácil si comenzamos a acostumbrarnos más a una visión del derecho como sistema que como poder.

Sistema: un concepto precioso, donde lo subjetivo y lo objetivo se integran y se armonizan para llegar a un derecho capaz de seguir el desarrollo y los cambios del mundo social sin violentarlo.

De esta recuperación tenemos necesidad en la actual crisis profunda de las fuentes que estamos viviendo; crisis que alguno —aún poseído por antiguos plagios y encerrado en sus antiguas certezas— pesimistamente considerará desastrosa y que yo, por el contrario, considero fértil e irrigado suelo que promete futuras cosechas, a condición de que se tenga en las manos una brújula segura durante una navegación que se presenta constelada de dificultades. El salvamento, en mi opinión —y lo he escrito y dicho con absoluta claridad— está en deponer una visión potestativa del derecho, que lo empobrece y lo reduce, porque lo coloca enteramente dentro del entramado de una dimensión agudamente subjetivista.

Hoy la exigencia se ve de otra manera: una visión francamente organizacional puede dar un respiro al derecho, puede hacerlo recuperar la percepción de la complejidad y, de esta manera, corresponder plenamente a su papel de siempre, que no es controlar sino organizar lo social.

¿QUÉ ES EL DERECHO POSMODERNO?: ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL OPÚSCULO «POSMODERNIDAD Y DERECHO»

*Eduardo Hernando Nieto**

El siempre inquieto, y por sobre todas las cosas, original y vanguardista Fernando de Trazegnies Granda, publicó hace ya diez años un pequeño opúsculo titulado «Postmodernidad y Derecho»[1], el mismo que en ese momento se convirtió en uno de los primeros trabajos en nuestro medio académico sobre esta temática.

Ciertamente, el debate sobre la relación entre la filosofía posmoderna y el derecho ya venía siendo trabajado fuera del Perú en especial a través del enfoque norteamericano denominado *Critical Legal Studies* (Teoría crítica legal), que precisamente tomaba en cuenta el aporte de la filosofía posmoderna para elaborar sus críticas y «deconstruir» así al derecho moderno[2].

En efecto, Fernando de Trazegnies, había sido ya pionero en lo que concierne a la introducción del mencionado enfoque de teoría crítica legal a partir de la inclusión en sus materiales de enseñanza de los cursos de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica, textos de uno de los autores más representativos de este movimiento, como es el caso del académico norteamericano de origen brasileño Robert Unger Mangabeira[3], con el que compartía muchos puntos de vista dicho sea de paso.

Como alumno de Fernando de Trazegnies pude percibir que su visión del derecho siempre se encontraba más allá de las tradicionales miradas «textuales»

---

* Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia Diplomática del Perú.

1 De Trazegnies (1996).

2 El enfoque de *Critical Legal Studies* se genera en Norteamérica como resultado del desarrollo del realismo jurídico y de la influencia de la teoría marxista y la sociología weberiana que se encontraba bastante arraigada en importantes universidades de Estados Unidos, particularmente en las universidades de la costa Este. Para una revisión de lo que significa la crítica legal se puede revisar en inglés a Kelman (1987), y en español a Perez Lledo (1996). Véase también, Kennedy (2002) y Nieto (2000).

3 Véase por ejemplo Unger (1975, 1976, 1983, entre otros).

o legalistas a las que nos tenían acostumbrados la mayoría de docentes y esto reflejaba también su apuesta por un derecho más «contextual» y por ende más en contacto con la realidad. Así no es de extrañar la cita con la que inicia su trabajo sobre la posmodernidad y el derecho:

> El derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las secuencias del orden jurídico. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluso paralizar el tiempo, lo que equivale a eliminarlo, ya que el tiempo no es otra cosa que movimiento, cambio: la vigencia de la ley es entendida como un compartimiento estanco entre la promulgación y la derogación en cuyo interior no sucede nada, no hay tiempo […]. Pero el tiempo se resiste a estos encasillamientos, se revuelve dentro de los marcos que impone el Derecho, se evade por los intersticios del sistema y luego envuelve al sistema mismo, moldeándolo y adaptándolo a una lógica diferente: el tiempo, hecho cultura, impregna la aplicación del Derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro[4].

La tradición jurídica descrita por de Trazegnies, es decir, el positivismo jurídico, era en realidad la fuerza que trataba de amordazar al tiempo y al espacio, ofreciendo así la seguridad, el orden y el control que exigía el sujeto moderno. Empero, como se podía leer en la misma cita, la cosa no resultaba sencilla pues el mismo tiempo y el espacio se negaban a tal hecho y resistían produciéndose entonces una tensión entre estas dos fuerzas[5]. Pareciendo —de acuerdo a la lectura de de Trazegnies— que el vencedor sería más bien el tiempo y el espacio. En cualquier caso, la crisis del legalismo y la teoría legal corroborarían con creces lo afirmado por de Trazegnies[6].

El interés del profesor de Trazegnies por el «problema» de la modernidad y la modernización ya aparecían retratados en su conocido trabajo *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* en donde al referirse a la modernización señalaba lo siguiente:

> […] la modernización implica expansión y cambio, aun cuando los grados de una y otra varían según las sociedades. En el campo económico, más concretamente, la modernización se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo: uso de máquinas, incremento de la productividad, el deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro. A nivel de conciencia

---

4 De Trazegnies (1966: 17-18).

5 Tal tensión es descrita con mucha eficacia por el sociólogo alemán Weber, quien obviamente es un autor bastante citado por el profesor de Trazegnies, en especial su obra *Economía y Sociedad* (1974).

6 Es masiva la crítica al positivismo jurídico que se enmarca también dentro de un contexto muy específico, al respecto ver Nieto (2006).

> social, este proceso va acompañado por la convicción más o menos extendida de que debe intentarse controlar activamente el proceso de tecnificación para orientarlo hacia ciertos objetivos. […]. En resumen, modernización implica creer en la conveniencia de un cambio social hacia sistemas de organización más racionales[7].

En tal sentido, y siguiendo al mismo Max Weber —autor de enorme influencia en su discurso dicho sea de paso—, la modernización en el campo jurídico se manifestaba claramente en el derecho civil que aparecía justamente como una vía adecuada para el funcionamiento de la sociedad comercial, ya que la presencia de reglas conocidas de antemano adecuadamente sistematizadas y de carácter general estaban más en concordancia con este proyecto de sociedad racional que el autoritarismo y la legalidad sobrenatural que existía antes del arribo de la sociedad moderna y capitalista[8]. Así, en todo lugar donde se implantó un derecho privado se desarrolló rápidamente un proceso de modernización social[9].

Pero, así como el derecho civil había sido el gran forjador de la moderna sociedad civil, los cambios que se estaban dando desde dentro y desde fuera de la modernidad empezaban a socavar las bases del mismo derecho civil, considerado como un derecho abstracto y rezagado con respecto a las variaciones que se venían experimentando dentro del espacio y tiempo[10].

Por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual —y al estar masificados los medios de transporte— parecía poco adecuado resolver los problemas que surgirían en este ámbito a partir de criterios de justicia o responsabilidad moral pudiendo más bien recurrirse a mecanismos como los de los seguros y utilizar al mismo tiempo también las reglas jurídicas para poder erradicar los riesgos[11].

Era evidente entonces que la legalidad tenía que adecuarse a estos nuevos escenarios dando lugar a un discurso jurídico como bien señalaría de Trazegnies, más conectado con lo social y lo económico, pudiendo apreciarse además cómo el derecho civil se transformaba en este caso en un derecho o análisis económico[12]. Quizás, esto en el fondo sería la manera como el derecho civil podría subsistir ante los cambios suscitados, es decir, adecuándose y adaptándose a estas nuevas circunstancias, mutando en concordancia con la realidad. Así, refiriéndose a

---

7 De Trazegnies (1980: 27).

8 De Trazegnies (1996: 28).

9 De Trazegnies (1996: 29).

10 Producto en buena cuenta de la acción de la técnica.

11 De Trazegnies (1996: 51-52).

12 En este caso, también es pertinente afirmar que quien introduce el *Análisis Económico del Derecho* (*Law & Economics*) propiamente dicho en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica es el propio Fernando de Trazegnies.

la actitud pasiva del derecho civil frente a los cambios expuestos, señalaba lo siguiente:

> No obstante, existen otros impulsos que nos llevan a pensar que todavía la tradición civilista tiene una vitalidad que debe ser adecuadamente canalizada para dar lugar a un nuevo florecimiento. El razonamiento riguroso y las instituciones desarrolladas por esta tradición no han sido puestos todavía fuera de agenda. Por el contrario, la crítica de la modernidad y la construcción de la posmodernidad se remontan a veces a las fuentes civilistas a fin de intentar alternativas a las construcciones modernas; y es así como, frente al pacta sunt servanda, los civilistas se vuelven hacia la Edad Media para encontrar ahí el rebuc sic stantibus con base a los desarrollos contractuales futuros. Otro ejemplo de la vitalidad del civilismo lo constituye el hecho de que el método y las soluciones del Derecho Civil comienzan a extenderse hacia el Derecho Internacional; y se habla actualmente de la necesidad de 'civilizar' el Derecho Internacional a fin de proporcionarle instrumentos que le permitan tratar los problemas de la deuda externa de los países con el refinamiento jurídico con que cuenta el derecho privado para tratar las deudas de los particulares[13].

Finalmente, de Trazegnies apostaba pues por la supervivencia del derecho civil como una lógica consecuencia de la presencia del individualismo y la privacidad, vale decir, que mientras no se manifestase un régimen o sistema totalitario en el mundo nunca podría darse la desaparición del derecho civil y sus reglas seguirían empleándose para facilitar el desarrollo de esta individualidad.

Pero, así como la problemática del derecho civil ocupó buena parte de la reflexión que él realizó en el presente texto, también había un segundo tema que mereció su atención, el llamado problema del multiculturalismo y el modo como este afectaría el desarrollo del derecho moderno.

De hecho, es a través de la llamada posmodernidad que se puede percibir más nítidamente el escenario de la multiplicidad y diversidad, pues justamente lo que hace esta visión es mostrar la ausencia de centro en el mundo de hoy, reconociendo en todo caso la existencia de una pluralidad de «centros»[14]. Esto revitalizaría los antiguos espacios periféricos que podrían ahora colocarse más bien en una posición central. En el derecho esto se traduciría en el denominado pluralismo jurídico, que en todo caso no necesariamente implicaría retornar a contextos del pasado ni tampoco a un relativismo sin sentido:

---

[13] De Trazegnies (1996: 49-50).

[14] Si esto fuera posible pues en el fondo es imposible hablar de una pluralidad de entes u objetos iguales, por lo que tendríamos que decir que lo que se da en la postmodernidad es en realidad la desaparición del centro. Como señalan los filósofos posmodernos, lo que se percibe es un descrédito de la razón que intenta integrar y conocer a toda la realidad por lo que muestra cierto escepticismo respecto a este tipo de conocimiento.

> El pluralismo jurídico no puede ser una desorganización axiológica, social y jurídica, no es la vuelta a la Edad Media con sus múltiples normatividades, múltiples fueros, donde las normas carecen de una jerarquía clara y donde cada pequeña comunidad tiene su propio Derecho, lo que hace muy difíciles los intercambios de todo tipo y especialmente comerciales. El pluralismo jurídico posmoderno —cuando menos desde mi punto de vista— no puede abandonar las enormes contribuciones de la modernidad en materia de racionalidad y de libertad, de la formación de un Estado central coherentemente organizado, sino que no quiere intentar un sistema no rígido que conserve la unidad pero respetando la diversidad; en el fondo es el viejo ideal liberal que el liberalismo no logra realizar. Es por ello, porque hay un diálogo entre una noción de unidad y una de diversidad, que es posible hablar a la vez de derechos humanos (noción universal) y de rescate del derecho consuetudinario de los grupos culturales (noción particularista)[15].

Esta referencia, por demás optimista, no deja sin embargo que lo ciegue completamente y evite reconocer los diversos conflictos y problemas que se podrían suscitar entre los valores de orden universal y los valores particulares que serían más bien los que demandarían la posmodernidad.

Sabemos muy bien que esta problemática viene siendo abordada desde hace muchos años, destacando por ejemplo las propuestas de académicos como Will Kymilicka[16], Bhikhu Parekh[17], J. Carens[18] o Seyla Benhabib[19], abocados todos ellos a la búsqueda de una teoría satisfactoria de los derechos de «grupos» o «minorías» que sea a su vez compatible con la teoría de los derechos humanos.

Ciertamente, como señalan los citados académicos y muchos otros más —con los que evidentemente coincidiría de Trazegnies— la modernidad buscó siempre homogenizar a partir del paradigma de la racionalidad construyendo de esta manera una identidad de carácter universal definida a partir del concepto de «ser humano», aunque en la práctica, tal concepto no sería realmente tangible en la medida que el ser humano como tal no existía sino solo a través de una identidad constituida a partir de la cultura, el lenguaje, o la raza por ejemplo. Por ello, cuando alguien o algún Estado pretendía actuar digamos en defensa de la «humanidad» estaría utilizando este término para ocultar sus propios intereses inherentes a su identidad particular[20], en tanto que la humanidad como tal, no existía como colectividad objetiva. Igualmente, era problemático el hecho de que

---

15 De Trazegnies (1996: 83).

16 Kymilicka (1996, 2001).

17 Parekh (2005).

18 Carens (2000).

19 Benhabib (2002, 2005).

20 Schmitt (1991: 83-84).

alguien careciera de una identidad definida ya que esto podía afectar directamente la elaboración de un plan o un proyecto de vida que empezaría justamente por el propio reconocimiento y afirmación de una identidad personal[21]. El reconocimiento de facto de múltiples diferencias culturales, lingüísticas, religiosas, etcétera, que afloraban también con más fuerza a medida que el mundo se «globalizaba» vía el concurso de la técnica, hacía de modo inevitable la presencia de una «diversidad» de derechos convergentes con esta situación.

El profesor de Trazegnies se hacía entonces eco de esta demanda por afirmar la diversidad y el pluralismo, a través precisamente de un derecho diverso y plural acorde con el cambio, aun cuando reconocía que estos derechos deberían ser integrados dentro de una unidad mayor que los articulase, pero sin ser conminados a un orden cerrado como ocurría en la modernidad: «El derecho posmoderno no puede ser construido en términos que impliquen una reducción forzada a la unidad sino como una posibilidad de articular las diferencias, de mostrar las afiliaciones sin perder la heterogeneidad»[22].

Empero, en medio de este devenir del derecho posmoderno se tiene que aceptar también las divisiones, las fragmentaciones y, sobre todo, darle espacio no solamente a las reglas sino también a las excepciones[23].

Pero ¿hasta dónde se podría tolerar la diferencia? Es decir, que en aras de aceptar el pluralismo ¿se podría tolerar prácticas que groseramente afecten la sensibilidad de nuestra cultura occidental, justamente para no caer en el etnocentrismo? ¿O es que esta actitud «neutral» a la larga podría contribuir a la conformación de un nuevo etnocentrismo?[24] Estas inquietudes y otras más eran planteadas por el profesor de Trazegnies indicando expresamente en su texto que su intención era la de poder plantearse interrogantes siendo esto lo único honesto que podría hacerse en ese momento.

Dentro del análisis de de Trazegnies se destacaba siempre su talante optimista en torno a lo que podría producir la posmodernidad, a partir de la flexibilidad y pragmatismo de dicho pensamiento, en oposición a la rigurosidad y estrechez de la modernidad, que restringía como hemos visto la diversidad jurídica y la

---

[21] *Si no sé quién soy, ¿cómo puedo saber que es lo qué quiero?*

[22] De Trazegnies (1996: 84).

[23] Esta idea que anota de Trazegnies es bastante interesante y muy contemporánea pues el desarrollo de una teoría de la excepción no es ya nada extraña en el campo del derecho y la política, desde que las tesis de Carl Schmitt se hicieran populares y también desde que se produjeron los atentados de las Torres Gemelas en el 2001 en Nueva York. Inclusive en el terreno penal también hay un desarrollo en este sentido a partir del concepto de derecho penal del enemigo propuesto por el penalista alemán Günther Jakobs. Cfr. Schmitt (1998), Agamben (2005), Jakobs (2003).

[24] De Trazegnies (1996: 86).

tolerancia. Pero a su vez, el profesor de Trazegnies, celebraba los grandes aportes de la modernidad como la sociedad comercial, el individualismo o la idea de progreso. En este sentido, la percepción que se tiene es la de un académico que no marcaría una ruptura radical entre lo moderno y lo posmoderno y por lo tanto, podría ver a la posmodernidad como una aceleración y porqué no superación y síntesis del proyecto moderno en el que se corregirían aquellos defectos presentes en la modernidad como el etnocentrismo y la falta de ductilidad que impidieron la consagración de los grandes valores de la modernidad como la libertad, la igualdad y la tolerancia. Dicho de otra manera, la posmodernidad sería vista como la GRAN SÍNTESIS de todo el proceso anterior.

Sin embargo, su optimismo podría ser frenado por una lectura mucho más crítica del modelo moderno y posmoderno que es lo que pretendo efectuar sin ánimos de convertirme en un aguafiestas sino como una manera de comprender mejor la complejidad y la naturaleza de los problemas políticos y jurídicos que se dan en la actualidad dudando también del sutil enfoque dialéctico propuesto por el profesor de Trazegnies y que concluiría como acabamos de mencionar en una síntesis esperanzadora materializada a partir del discurso posmoderno.

Así pues, parecería ser que en el texto no se toma demasiado en serio el problema de las contradicciones de la modernidad[25] que han sido siempre destacados por muchos pensadores, incluyendo a los mismos que forman la llamada Teoría Crítica Legal (CLS)[26] y en el campo de la filosofía política, por ejemplo, por el célebre profesor de la Universidad de Chicago, Leo Strauss[27] barajando más bien la posibilidad de que tal tensión sería superada con el advenimiento de la posmodernidad y con los cambios que viene generando la tecnología.

Aunque marcando ciertas diferencias, el texto de de Trazegnies muy bien podría ser convergente con trabajos más contemporáneos que también celebran la llegada de la posmodernidad compartiendo así las ilusiones de teóricos radicales como Antonio Negri por ejemplo, que observa con gran entusiasmo el desarrollo de la posmodernidad y el afloramiento de la multitud como una realidad que nos libera de las ataduras de los poderes y las instituciones y nos conduce entonces a la realización de los valores que impulsaron la modernidad[28], léase la libertad, la igualdad y la fraternidad.

---

[25] Que dicho sea de paso, él mismo cita en su texto.

[26] Nieto (2000).

[27] Especialmente en Strauss (1989: 81). «La crisis de la modernidad se revela ella misma en el hecho, o consiste en el hecho, de que el hombre moderno no sabe que es lo que quiere o no cree más que él puede saber lo que es bueno y lo que es malo, que es correcto e incorrecto».

[28] Hardt y Negri (2002).

Obviamente que el profesor de Trazegnies no es un seguidor del pensamiento de Negri aun cuando él mismo reivindique los logros de la modernidad y evidencie grandes esperanzas en la posmodernidad.

Luego de conocer de manera general los alcances de la propuesta del profesor de Trazegnies, mi intención ahora es advertir en torno a los graves peligros que se cernirían con la posmodernidad, en especial para el mundo jurídico y para la noción de nomos u orden jurídico, discrepando con las tesis aquí expuestas.

Ciertamente, el concepto de derecho se dio desde su origen sobre la base de la delimitación de un espacio físico, esto era lo que se conocía con el nombre de *nomos*[29], ordenamiento u asentamiento. De esta manera, el *nomos* solo podía existir en el espacio físico y a partir de un acto de voluntad que estableciera las diferencias, es decir, fijara un orden y delimitara por ejemplo «lo mío de lo tuyo»[30].

Justamente, una de las características del fenómeno posmoderno es la relativización del espacio —y el tiempo también— produciendo más bien un escenario de mucha confusión y desorden, por ejemplo cuando el espacio pierde la noción de centro y por lo tanto carece de la posibilidad de ordenar y afirmar la realidad. Hablar de posmodernidad entonces es referirse —como ya lo mencionamos— a la existencia de múltiples «centros»[31] negando con esto la posibilidad de hallar una jerarquía —introduciendo entonces la anomia— o permitiendo también la posibilidad de encontrar muchos centros que puedan disputarse al final la supremacía[32]. Ya no se puede distinguir por ende aquello que es mío y aquello que es tuyo porque no hay claridad para diferenciar la identidad de los bienes o del espacio.

Por cierto, si el derecho civil surgió en función a la relación de los hombres con las cosas[33], entonces aquí la posmodernidad no contribuía exactamente al desarrollo del derecho civil —y del derecho en general— puesto que nos ponía en medio de la incertidumbre generada por las indefiniciones de los objetos.

En este sentido, me parece que el profesor de Trazegnies no toma con mucho cuidado el problema de la identidad, que es uno de los grandes dramas que introduce la posmodernidad ya que si por un lado esta contribuye a expandir el

---

[29] Schmitt (1979: 48).

[30] Schmitt (1979: 53).

[31] Por ejemplo siguiendo a Negri, el Estado moderno y su noción de soberanía es socavado por la multiplicidad de espacios de poder que crecen a la sombra de la soberanía como las ONGs, los organismos internacionales, los grupos de identidad, etcétera.

[32] Cosa que sería muy perniciosa, puesto que al final se estaría manteniendo las formas de dominación.

[33] Villey (1979).

mundo y dejar espacio para la manifestación de distintas colectividades, también permite la creación y recreación de distintas identidades sin arribar necesariamente a una conclusión. Es decir, que uno podría encontrarse en la situación de una recreación permanente de la identidad[34] dificultando así la consolidación de la autonomía porque al modificar nuestras identidades permanentemente también tendremos que alterar nuestras metas e intereses. Al mismo tiempo, también lo que se percibe hoy en día es la inquietante angustia de parte de muchas personas desorientadas en torno a su identidad y pertenencia a algún grupo concreto. Los problemas de identidad también tocan muy frecuentemente el aspecto sexual y ocasiona a su vez una serie de traumas y conflictos que pueden conducirnos a la violencia.

La posmodernidad al desarticular las instituciones y borrar barreras o normas que separan y organizan, inserta la ambigüedad y el desorden afectando muy claramente el funcionamiento del derecho, por ejemplo, qué ocurre cuando el ámbito público se privatiza (o el mundo privado se publicita). ¿Qué significa entonces el Estado y la soberanía en un mundo donde los límites se pierden en el vacío? Si el derecho es como siempre se dijo un orden racional, queda claro que la posmodernidad desdibuja tal orden y no es que lo reemplace con otro nuevo sino que lo deja allí, destruido, pero sin ninguna alternativa de reemplazo. ¿Quién gobierna en el derecho?, ¿la regla o la excepción?

Creo que el profesor de Trazegnies no considera estas situaciones y con ello podría quizá cambiar su parecer y sobre todo su optimismo respecto a lo que podría esperarnos en estos tiempos, y si bien parece evidente que la posmodernidad recupera la dinámica del pluralismo lo cual coincide con las antiguas concepciones de la justicia[35], lo hace de modo inorgánico e incoherente por lo que no produciría tantas ventajas o beneficios como creen muchos. En todo caso, es meritorio el análisis del profesor de Trazegnies, quien como dijimos al iniciar este pequeño trabajo, siempre ha tenido la virtud de ver inteligentemente las cosas y echar luces sobre los más agudos problemas del derecho moderno aun cuando sería mejor no solo mostrar los problemas sino brindar las soluciones.

---

[34] Basta simplemente pensar en lo que significa todo el mundo de las cirugías plásticas en las sociedades posindustrializadas donde muchas personas recurren continuamente al cirujano ya que nunca quedan satisfechas en la construcción de su identidad.

[35] Cfr. Walzer (1993), Hampshire (2000).

Bibliografía

Agamben, Giorgio
2005 *State of Exception*. Chicago: Chicago University Press.

Benhabib, Seyla
2002 *The Claims of Culture, Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
2005 *Los Derechos de los otros*. Barcelona: Gedisa.

Carens, Joseph
2000 *Culture, Citizenship and Community*. Oxford: Oxford University Press.

De Trazegnies, Fernando
1996 *Postmodernidad y Derecho.* Lima: ARA Editores.
1980 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Hardt, Michael y Negri, Antonio
2002 *Imperio*. Buenos Aires: Paidós.

Kelman, Mark
1987 *Critical Legal Studies*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Jakobs, Günther
2003 *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

Kennedy, Duncan
2002 *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Kymilicka, Will
1996 *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós
2001 *Politics in the vernacular, nationalism, multiculturalism and citizenship*. Oxford: Oxford University Press.

Hernando Nieto, Eduardo
2000 «Los Estudios de Crítica Legal frente al Derecho Civil y los Contratos». En *Deconstruyendo la Legalidad: Ensayos de Teoría Legal y Teoría Política*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
2006 «¿Ha muerto la teoría legal?» y «Los estudios de crítica legal frente al derecho civil y los contratos». *Ius et Veritas*, Lima, Año XVI, Nº 32.

Parekh, Bhikhu
2005 *Repensando el Multiculturalismo*. Madrid: Istmo.

Perez Lledo, Juan A.
1996 *El Movimiento* Critic Legal Studies. Madrid: Editorial Tecnos.

Schmitt, Carl
1979 *El* Nomos *de la Tierra en el Derecho de Gentes del* «*Jus publicum europaeum*». Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 48.
1991 *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial.
1998 *Teología Política*. Buenos Aires: Struhart & Cia.

Strauss, Leo
1989 «The three waves of modernity». En *An Introduction to Political Philosophy, ten essays by Leo Strauss,* editado por Gildin, Hilail. Detroit: Wayne State University Press.

Unger Mangabeira, Robert
1975 «Knowledge and Politics». En *The Free Press*, New York.
1976 «Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory». En *The Free Press*, New York.
1983 «The Critical Legal Studies Movement». *Harvard Law Review*, volumen 96.

Villey, Michel
1979 *Compendio de Filosofía del Derecho.* Pamplona: EUNSA, 2 volúmenes.

Weber, Max
1974 *Economía y Sociedad*. II Tomos. México: Fondo de Cultura Económica.

Walzer, Michael
1993 *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: FCE.

LA «IDEA DE DERECHO»: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE FERNANDO DE TRAZEGNIES

*René Ortiz Caballero**

La nueva filosofía del Derecho pretende, como primera tarea, desmontar este complicado mecanismo de teorización a fin de distinguir lo consciente de lo inconsciente, lo manifiesto de lo latente, lo que la idea de Derecho revela y lo que oculta, disolviendo opacidades con el ácido histórico y colocando la labor teórica dentro de una praxis social concreta[1].

La «idea de derecho», frase central del título de su tesis doctoral, publicada por la Universidad Católica unos años después[2], ha sido y es el eje central o hilo conductor de la actividad académica de Fernando de Trazegnies en el campo de la filosofía jurídica y, probablemente, ha estado subyacente en cuanta aventura intelectual jurídica le conocemos.

Elucidarla es nuestro propósito. Un primer acercamiento nos invita a preguntar por qué la preposición «de» y no su contracción «del» que acostumbraba la tradición. En las líneas que siguen, aspiramos a alcanzar al lector unos apuntes sobre este pensamiento central de Fernando de Trazegnies, a partir de unos hallazgos en su bibliografía. También, esperamos mostrar cómo su «idea» nos ha preparado para mirar posmodernamente el derecho.

Un comentario personal es indispensable previamente. Pensamos que el tema es de aquellos que señala una ruta a seguir y nuestro deseo es que sirva para ello, no obstante que de Trazegnies se rehusara permanentemente a plantearla para no dar pie a la creación de una escuela. Fiel a sus principios liberales, abrazó la causa de la libertad académica y rechazó la formación de una escuela de pensamiento

---

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario General de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 De Trazegnies (1980: 66).

2 De Trazegnies (1980).

justamente por las restricciones teóricas o metodológicas que podría haber traído consigo para la creación intelectual. Prueba de ello somos quienes nos reconocemos marcados por su influencia intelectual y seguimos líneas de trabajo académico independientes y hasta dispares.

Para ingresar en materia, *Marxismo, existencialismo y Derecho*[3], una reseña a la obra promisoria del griego Nicos Poulantzas, anuncia la insatisfacción del joven profesor de Trazegnies a fines de los sesenta por el estado de la disciplina jusfilosófica que repetía el jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, se escudaba en positivismos estrechos y miraba escéptica las aparición de los sociologismos.

La tesis de Poulantzas, sobre la relación entre el hecho y el valor, entre el ser y el deber ser, descubre abismos desde una perspectiva ontológica y desde otra fenomenológica; sin embargo, encuentra soluciones interesantes en el existencialismo:

> Planteado el valor como opción existencial, las nociones de hecho y valor no aparecen ya como radicalmente separadas sino, por el contrario, como dos momentos del acto humano. Aun siendo totalmente diferentes, el hecho y el valor se encuentran ligados en el interior de la existencia humana[4].

De Trazegnies, citando a Polantzas, o Poulantzas por medio de de Trazegnies, prosiguen:

> El hecho es negado por el valor y la negación a su vez de este último como categoría independiente del hecho crea la dinámica de valorización del mundo, que se manifiesta en la acción del hombre. En esta forma, Poulantzas sostiene que hecho y valor constituyen una totalidad estructural en el interior de la cual estos elementos mantienen una relación dialéctica[5].

Estas proposiciones advierten a de Trazegnies de los escollos por superar. Así, en lugar de que la sociología se confíe en la supuesta objetividad de la que goza gracias a la distancia entre ciencia y realidad, tiene que reconocer a la objetividad científica como el «descubrimiento de una universalidad de sentido» (hecho y valor en una relación dialéctica).

De Trazegnies recordará en la reseña sobre este particular que Max Weber proporciona una alternativa apropiada en el sentido señalado con su «tipo ideal» y su sociología comprensiva.

Ser y deber ser, hecho y valor, son nombres que expresan dos planos de la existencia humana y que, sin embargo, han recorrido caminos paralelos, sostiene de Trazegnies. La Filosofía del Derecho, dedicada al «deber ser», es decir, a un

---

[3] Poulantzas (1968: 28-38).

[4] Poulantzas (1968: 31).

[5] Poulantzas (1968).

pensamiento abstracto sobre verdades inmutables, ajeno a la historia social, se acercaría al derecho para decir, con los positivistas, que «el derecho es norma» y que cada norma «funda un valor moral relativo». Todo esto es claro para de Trazegnies, quien lo reitera al presentar la filosofía de Herbert Marcuse y parafrasearlo para criticar el «derecho unidimensional» que el positivismo ofrecía con autosuficiencia[6].

El hecho jurídico, el ser, por su parte, examinado en su devenir, cambiando con el paso del tiempo, nos conduce a la historia del derecho. Ese mismo hecho jurídico, inserto en una realidad social que explica su origen y que da noticia de las consecuencias sociales de su aplicación, será materia de la sociología del derecho. Ninguno, ni el hecho ni el valor, tenderá puentes con ese estudio lógico-conceptual del derecho que se dedicó a explicitar las características del sistema jurídico. Dogmática jurídica, sociología del derecho y filosofía del derecho parecen ofrecer una comprensión cabal de la norma, del hecho y del valor, reunidos en aquello que llamamos Derecho, pero concluye de Trazegnies que esta visión tripartita del derecho carece de unidad metodológica en tanto se excluyen o ignoran recíprocamente.

Entonces, de Trazegnies ensaya escenarios de supresión, absorción y subordinación entre ellos y previene de los resultados desastrosos a los que se podría arribar al negar o esconder un aspecto de esa realidad que entendemos está presente tras el derecho. Una norma que regula la organización del Estado o que define la responsabilidad paterno-filial es un hecho cuya oportunidad la historia puede registrar y valorar puntualmente; es un hecho político que define la valoración que sobre el tema tiene la sociedad; es una proposición normativa que, partiendo de un supuesto de hecho, asigna una consecuencia buena o mala a la verificación del supuesto anticipado. En definitiva, es un acontecimiento que refleja una determinada concepción que la filosofía del derecho debería registrar y que, no obstante todo lo anterior, o justamente por todo lo expresado, le es indiferente o irrelevante porque procede de la realidad concreta y no tiene otro valor que el de su circunstancia histórica, sociológica o jurídica. Carecería de valor filosófico.

Frente a una concepción atomizada del derecho, de Trazegnies apuesta por una filosofía jurídica que elucide una experiencia jurídica concreta, explicitada en normas, situada en un contexto social e histórico y respecto de todo lo cual existe una reflexión teórica: «Pero si la filosofía del derecho debe elucidarnos el derecho real, entonces de alguna manera debe incorporar también los aspectos positivos y sociales que son esenciales al fenómeno jurídico y además presentarse ella a sí misma como parte de esa actividad social»[7].

---

6 *Derecho*, número 27 (1969: 42-60).

7 De Trazegnies (1980: 43).

Y, entonces, la respuesta, la solución, el aporte metodológico:

> La «idea de derecho» pretende entonces ser dibujada integrando la opinión que tuvieron los filósofos del derecho sobre el derecho de la época con el tipo de derecho que efectivamente hicieron los juristas al utilizar la norma positiva y con los motivos y efectos sociales de las normas y prácticas jurídicas[8].

Lo que sigue en su tesis doctoral es historia conocida. Fernando de Trazegnies sostuvo y defendió que la idea de derecho prevaleciente en el Perú del siglo XIX se adscribía a un modelo social denominado «modernización tradicionalista».

La «idea de derecho» no es una respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? Antes que una definición de derecho, es una manera de encaminar el esfuerzo que realizamos quienes pretendemos dar algunos pasos en esa dirección. Es un marco teórico y metodológico que, repensando la filosofía y las teorías acerca del derecho, nos es ofrecido como mapa de ruta mejor ante las carreteras enrevesadas del derecho. Por lo metodológico, recusa las rutas clásicas de la ontología y los sociologismos y nos insta a integrar todas las dimensiones. Como todo marco teórico, resulta inevitable encontrarse, en ese proceso hacia la integración de planos o niveles, con apuntes o esbozos de definición. Sin embargo, no será en su tesis que ensayará respuestas a la pregunta principal de la filosofía del derecho.

En ese sentido, avancemos en el propósito de desentrañar la «idea». Siguiendo a su propio creador:

> La «idea» de derecho puede ser estudiada cuando menos desde dos perspectivas: de un lado podemos aproximarnos a ella desde lo que llamaremos el «mito del Derecho»; de otro lado, podemos intentar sintetizar el sentido del Derecho que surge del análisis de las prácticas jurídicas efectivas[9].

Por «mito del derecho», de Trazegnies se referirá a la «filosofía espontánea de los juristas», es decir, las racionalizaciones a las que apelan los juristas sin mayor cuestionamiento, de modo que puedan presentarse al mismo tiempo elementos de una y otra racionalidad no obstante su incompatibilidad conceptual. El ejemplo típico lo ofrecen el jusnaturalismo y el positivismo, cuando el abogado reclama defender la justicia de la causa apelando al imperio de la autonomía de la voluntad expresada en la letra menuda de un contrato.

Junto con los mitos, de Trazegnies nos previene de los alcances y proyecciones teóricas o conceptuales no explícitas de las prácticas jurídicas. Aun cuando no está formulada, es compartida por todos los operadores y, lo que es más importante, asegura y justifica un sistema incluyendo sus contradicciones. Así, de Trazegnies distingue una estructura profunda de otra superficial:

---

[8] De Trazegnies (1980).

[9] De Trazegnies (1980: 60).

> […] la conceptualización del Derecho presenta una estructura profunda —muchas veces inconsciente, pero no por ello menos activa— y unas estructuras de superficie que son construidas por la estructura profunda de acuerdo a la evolución histórica del medio socio-cultural; y esta construcción no se realiza en forma virginal, sino utilizando materiales importados que se metabolizan en función de las exigencias de esa estructura profunda[10].

¿Qué se espera hacer a partir de la «idea de derecho»? ¿Qué papel asignarle a la filosofía jurídica así concebida? La respuesta la ofrece de Trazegnies en la cita que encabeza y preside estas reflexiones, esto es, echar una mirada crítica a las manifestaciones jurídicas, sean normativas, sociales o filosóficas, mitos o prácticas, pero no para analizarlas simplemente, como quien examina cada pieza y encuentra el sentido de la misma mirando al conjunto, porque esta tarea es infructuosa por las contradicciones que nos ha anticipado de Trazegnies. Aquella mirada crítica debe distinguir pues el discurso explícito del implícito que sostiene a aquel. Para ello, es preciso no simplemente recoger las piezas del rompecabezas sino tener un modo de recoger, una idea de derecho específica que vaya dando sentido a la recolección y que a la vez nos permita desconfiar del sentido mismo porque no solo muestra (lo superficial) sino también oculta (lo profundo). La historia jurídica —y el derecho comparado, me atrevería a añadir— contribuirá a poner en evidencia lo latente que explica o justifica una práctica jurídica y social concreta no necesariamente coherente.

Luego de esas obras a inicios de los años ochenta, no volverá Fernando de Trazegnies a tratar su «idea de derecho» de modo central y explícito. Sin embargo, ella sigue presente, evolucionando, en sus trabajos siguientes. Sigámosle la pista.

«Hacia una teoría dinámica del derecho» es el epígrafe con el que Fernando de Trazegnies titula una reflexión final en su texto *Ciriaco de Urtecho: Litigante por Amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*[11]. En ese capítulo final, el autor ensaya lo que puede ser una teoría acerca del derecho que estimamos pertinente examinar de cara a su «idea de derecho».

Ciriaco de Urtecho es una obra que recoge y examina un proceso judicial del siglo XVIII entre el esposo de una esclava y el propietario de la esclava. El primero funda su pretensión para que la liberen en el vínculo conyugal y en su deseo de pagar lo que corresponda; el segundo sostiene su pretensión a conservarla en el igualmente legítimo derecho de propiedad que le acompaña.

El examen de las estrategias judiciales de los litigantes y de los demás personajes que intervienen en el litigio lleva a de Trazegnies a postular que el derecho, antes

[10] De Trazegnies (1980: 61).

[11] De Trazegnies (1981: 195-207).

que mostrarse como un todo acabado, fruto de la voluntad del poder eminente, se nos presenta como un espacio donde se manifiestan las diversas relaciones de poder, compitiendo también incesantemente a diferentes niveles: «Si admitimos esta naturaleza efervescente de las relaciones jurídicas, el derecho puede ser mejor definido como un espacio con ciertas características para albergar 'cosas' antes que como un conjunto de 'cosas' jurídicas (leyes, instituciones, etcétera»[12].

Unas páginas después, de Trazegnies recusa la ciencia tradicional del derecho cuando ofrece estructuras acabadas, perfectas. En su lugar, «el derecho es más palabra que escritura, es más un razonamiento que un código inmovilizado, es un discurso que se rehace continuamente antes que un libreto muerto que se repite monótonamente»[13].

A partir de esta cita, pensamos que Fernando de Trazegnies empieza un viraje paulatino pero inexorable desde la modernidad hasta la posmodernidad en lo que concierne al derecho en sí. Su «idea de derecho», como aporte metodológico a la filosofía jurídica, ya dejaba traslucir posmodernidad por su raíz existencialista y su marcado criticismo a los discursos que fundamentaban un orden predeterminado como son el jusnaturalismo y el positivismo. Sin embargo, hasta Ciriaco de Urtecho, el derecho seguía apareciendo como un objeto de estudio, complejo, múltiple, pero objeto al fin y al cabo, es decir, distinto y distante del sujeto investigador. Cuando empieza a concebir el derecho como un razonamiento, como un «discurso que se rehace continuamente», el eje empieza a moverse desde el objeto estudiado para encaminarse hacia el sujeto investigador, para quedarse en ese «punto medio» que nos sugiere la posmodernidad. En otro trabajo suyo, de Trazegnies deslizará la idea de la creación de sentidos que involucra al sujeto en el derecho, es decir, en el objeto mismo:

> El derecho no es un sistema formal y cerrado que permita inferir conclusiones por el solo mérito de sus premisas normativas: por el contrario, tiene siempre una «textura abierta», como dice H.L.A. Hart; el jurista tiene que inventar a cada paso su camino, la aplicación de la norma es siempre una creación de sentidos y no una mera aplicación deductiva de su contenido como quien demuestra un teorema geométrico[14].

El camino no es sencillo. En su texto *El Derecho Civil ante la Post-modernidad*[15], de comienzos de los noventa, aparece como marco metodológico implícito su idea de derecho que, como tal, ofrece el señalado espacio complejo, pero para

[12] De Trazegnies (1981: 199).

[13] De Trazegnies (1981: 205).

[14] De Trazegnies (1988: 65).

[15] De Trazegnies (1991: 287-333).

tratar sobre la crisis por la que atraviesa el derecho civil por haberse afincado en las categorías de la modernidad. Prevenidos por el autor, no debíamos esperar en esa entrega un planteamiento terminado; no hay pues una nueva idea de derecho que ilumine la posmodernidad. Existencialmente, sin embargo, se pregunta si sobrevivirá y se anima a fijar las condiciones para su supervivencia. El derecho es todavía un «espacio de cosas» pero distinto porque «tiende a organizarse más bien en torno a ciertas políticas (*policies*) por realizar, antes que constituirse en expresión transparente de una moral»[16].

Este aspecto de las políticas, que anuncia de Trazegnies, es típicamente posmoderno pues se abandona la imagen de autonomía, que ofrecía el derecho moderno respecto de otros discursos legitimantes, para adoptar otra de heteronomía, donde el derecho asume no una política en particular sino muchas posibles políticas que actúan como insumos en un razonamiento a la postre teleológico. El derecho empieza a cumplir finalidades estimadas socialmente, abandonando la imagen de neutralidad. No es más un mecanismo de orden y control en un espacio neutro de individuos libres e independientes.

Un paso consistente, si bien de distinto carácter que el anterior, en el caminar hacia la posmodernidad lo da de Trazegnies en su discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho, en mayo de 1995. Dispuesto una vez más a reflexionar sobre el derecho, se propone mostrar cómo el derecho no existe como un objeto acabado o definido. El derecho para nuestro autor es algo que está haciéndose permanentemente gracias a la interpretación que, como un puente une lo real con lo ideal. Luego de rechazar nuevamente los paradigmas del jusnaturalismo y del positivismo, de Trazegnies alza nuevamente la bandera de la libertad para, poniendo de relieve el papel de intérprete, mostrar que el derecho se hace permanentemente por encima de todo:

> Una filosofía dinámica del derecho, como la que quiero proponer aquí, tiene por eso que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser el servidor sumiso del legislador o de la Escuela o de la doctrina aceptada sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir, a su propio riesgo, la tarea de creación permanente del Derecho[17].

Sin llegar a una afirmación tajante, podría sostenerse que afirma una perspectiva que ve el derecho como un discurso, es decir, lo que está entrelazando al sujeto con el objeto y a los sujetos entre sí en la consciencia de cada acontecimiento.

---

[16] De Trazegnies (1991: 330).

[17] De Trazegnies (2001: 51).

Atrás quedarán las perspectivas que veían el derecho como un objeto en sí o como una manifestación de la voluntad humana, soberana o privada.

Un conjunto de expresiones e instituciones jurídicas que, a nuestro juicio, ponen de manifiesto para el derecho los nuevos aires de la posmodernidad, lo constituyen los medios alternativos de solución de conflictos. Si es propio de la modernidad que reconozcamos que el Estado es la fuente formal única del derecho y que, por tanto, los conflictos solo puede resolverlos jurídicamente el Poder Judicial, entonces admitir que existen otras vías, alternativas, para resolver los conflictos es una señal de que el paradigma estatal empieza a resquebrajarse. Entre los medios alternativos está una figura de larga data, el arbitraje, el cual, no obstante su antigüedad, ha readquirido importancia y asumido nuevos bríos justamente, creemos, por causa del nuevo significado que tiene en el contexto de las nuevas corrientes en boga. Un aspecto del arbitraje que nos reafirma en estas consideraciones es el arbitraje de consciencia al que Fernando de Trazegnies le dedica su atención en una ponencia pronunciada en abril de 1996. Al tiempo de reafirmar que cada sociedad tiene su propia «idea de derecho» y que, por tanto, no es inmutable o universal ni se reduce al derecho positivo, de Trazegnies se vale de esta concepción para sostener que «el arbitraje de consciencia puede desprenderse del rigor estricto de la ley para buscar ese derecho generalmente aceptado y aceptable dentro de una comunidad social determinada»[18].

Un elemento de esa idea de derecho aceptada y aceptable que trasciende a la ley positiva será, para de Trazegnies, la equidad y, luego de examinar los peligros ante una falta de definición o ante una definición ambigua, adelanta aspectos por considerar en el tema de la equidad, pero termina subrayando que «la justicia no es siempre el reconocimiento del derecho propio sino sobre todo la posibilidad de ejercer los derechos en paz»[19]. Aquí, contrapone nuestro autor la función típica de la administración de justicia, es decir, la de atribuir el derecho de manera neutra ante un conflicto, con la de una administración de justicia de nuevo cuño que define derechos pero teniendo por mira la paz, esto es, una finalidad trascendente, inclusive a los propios litigantes. El arbitraje de consciencia no implica, pues, una mera reproducción de lo que hace un juez, es un medio alternativo de solución de conflictos. En suma, otros alcances y otra perspectiva nos invitan a mirar el derecho no tanto por las formas de las que se reviste sino por los contenidos que son valorados socialmente y que, sin embargo, no cuentan siempre con canales de expresión adecuados.

[18] De Trazegnies (1996: 120).

[19] De Trazegnies (1996: 124).

Prosiguiendo con nuestra pesquisa, nos reencontramos con la idea de derecho, pero esta vez enriquecida con la vena posmoderna en otra entrega de Fernando de Trazegnies en 1998. En la cita que recogemos a continuación reaparece la imagen expresada en Ciriaco de Urtecho sobre un derecho en ebullición. Sin embargo, no es simplemente un espacio de cosas; es, en todo caso, un espacio que se hace y rehace constantemente por obra de los abogados. Sujeto y objeto se encuentran y confunden en la actividad:

> La vida en común no puede ser una creación del Estado sino el producto de la actividad conflictiva, desordenada pero vital, de los particulares; el producto de múltiples relaciones a nivel de la sociedad civil que cada individuo libre va creando en todos los sentidos. Estos encuentros múltiples y de todo tipo van agregándose y forman una tela que constantemente es tejida por el derecho, destejida por la vitalidad disociante de los actores sociales y vuelta a tejer por la actividad de los abogados[20].

La fructífera actividad intelectual de Fernando de Trazegnies se prolonga hasta el presente y debiéramos no conformarnos con los hallazgos mostrados, pero creemos que lo expuesto demuestra la hipótesis anunciada y, sobre todo, la vigencia del pensamiento de nuestro autor que ha ido evolucionando con el tiempo.

A modo de reflexión conclusiva, la «idea de derecho», nacida para hacer frente a una preocupación metodológica que involucraba la manera de entender y asumir el derecho, sigue siendo esa noción que integra la reflexión teórica o académica con la circunstancia histórica y el ejercicio o práctica de los abogados. No estaba presente aún, al menos explícitamente, el giro posmoderno en la idea de derecho. Para ser consistentes con la posmodernidad, no deberíamos hablar de una única idea de derecho porque la posmodernidad implica el reconocimiento de una pluralidad de racionalidades y por ende de una pluralidad de derechos. Pensamos que el pluralismo jurídico, heredero del pluralismo cultural, es una opción posible pero que reclama un trabajo arduo y coordinación, si aspiramos a ser tolerantes. Noción o nociones, la idea de derecho implica un reconocimiento a esas «cosas» que usualmente reconocemos como jurídicas pero que requieren una condición de existencia, cual es la actividad de los operadores del derecho. Al comenzar, reparábamos en que de Trazegnies emplea la expresión «idea de derecho» en lugar de «idea de derecho». Creemos que esta distinción obedece a la necesidad de señalar que el derecho no «está allí», frente a los seres humanos, gozando de una existencia uniforme, permanente y autónoma. Se podría decir, en consecuencia, que «el derecho» no existe, sino que existen «derechos» respecto de cada uno de los cuales es posible plasmar una «idea», que no es sino expresión de

[20] De Trazegnies (*Thémis* Nº 38: 14).

un mundo, es decir, una toma de consciencia de la circunstancia que nos rodea y a la que pertenecemos.

Jusnaturalismos y positivismos, los viejos enemigos conceptuales de nuestro autor están presentes en la «idea de derecho», pero lo están no por derecho propio sino porque forman parte del discurso preformativo de los juristas. La paradoja que nos atrevemos a señalar es que la «idea» en sí, esa ya antigua amiga de nuestro autor, no forma parte de ese discurso performativo, sino de quienes nos arriesgamos a volver los ojos sobre el derecho «[…] como cuando por sobre el hombro nos llama una palmada».

Bibliografía

De Trazegnies, Fernando

1968 «Marxismo, Existencialismo y Derecho». *Derecho* N° 26, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 28-38.

1969 «Fernando de Trazegnies, Marcuse y el Derecho unidimensional». *Derecho* N° 27, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 42-60.

1980a «La transferencia de filosofías jurídicas: La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». *Derecho,* N° 34, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 66.

1980b *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1980c «La transferencia de filosofías jurídicas: La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». *Derecho* N° 34, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 43.

1988 «El Derecho Civil y la Lógica: los argumenta a contrario». *Thémis* N° 12, Lima: p. 65.

1991 «El Derecho Civil ante la posmodernidad». *Derecho* N° 45, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 287-333.

1996 «Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia». *Ius et Veritas*. Lima: p. 120.

2001 «La Muerte del Legislador». En *Pensando Insolentemente*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 51.

s/f «La desmaterialización del Derecho. Del derecho de pernada al Internet». *Thémis* N° 38, Lima: p. 14.

SOBRE AQUELLA NECESIDAD DE HACER «UN NUEVO CONTRATO SOCIAL» EN EL PERÚ

*Marcial Rubio Correa**

Se escucha con frecuencia en los medios intelectuales y político-intelectuales del Perú que debemos hacer «un nuevo contrato social». De aquí emergen, cuanto menos, las siguientes preguntas: ¿tenemos un contrato social en el Perú?, ¿cómo es ese contrato social?, ¿por qué hay que cambiarlo?, ¿cómo debería ser el nuevo contrato social?

Hubo en los tiempos que vienen desde fines de la Edad Media hasta nuestros días un desarrollo significativo del concepto de «contrato social». Hoy mismo el contrato social tiene aportes que se considera sustantivos, en especial, el de John Rawls.

Pero, cuando se dice que debemos hacer un nuevo contrato social tenemos la impresión de que no se habla de los últimos desarrollos de este concepto sino, más bien, de los primeros. Después de todo, aquel contrato social que hay que remozar o cambiar ocurrió al inicio de la república independiente, en algún momento indefinible en torno al año 1821 y, por lo demás, nadie dice que hubiera un «segundo contrato social» que sustituyera al primero y que, ahora, hay que cambiar por un tercero.

Desde luego, todo lo dicho en el párrafo anterior es una especie de discusión teórica porque, como sabemos, la teoría del contrato social es un mito. Por todo ello, nos gustaría primero hablar del mito, luego plantearnos los tres modelos clásicos de contrato social, los originales de Hobbes, Locke y Rousseau, para después regresar a un pacto ocurrido en la historia, pero que no fue denominado en su momento contrato social —aun cuando creemos que sí lo fue— y, por fin, evaluar qué es lo que ocurre hoy y, con ello, dar respuesta a las cuatro preguntas que enumeramos antes.

---

* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vicerrector Académico de la misma Casa de Estudios.

1. El contrato social como un mito

Ninguno de los autores clásicos o modernos de la teoría del contrato social postula, literalmente, que en algún momento los seres humanos que fueron nuestros antecesores y que vivían aislados unos de otros, se juntaron para discutir y, finalmente, firmar un contrato bajo forma de contrato social. Ellos supieron claramente que, por último, esos habitantes solitarios del estado de naturaleza no tenían lenguaje si vivían separados y, por consiguiente, no podían comunicarse ni pactar en absoluto.

Consecuentemente, el relato del contrato social es una construcción racional, artificial, fabulada. No es sin embargo una fábula porque, a diferencia de ella, el mito desea dar una explicación: utiliza elementos de la fantasía con significados simbólicos y, con ellos, pretende explicar —no describir— el origen de la sociedad.

Eso es precisamente un mito: una historia que el autor sabe que es inventada, sin pruebas algunas para construirla, pero que tiene una simbología, una racionalidad y una finalidad específica de explicación de las cosas humanas.

El contrato social trata de explicar el origen de la sociedad a partir de los propios seres humanos. Por ello su triple conformación de estado de naturaleza, contrato social y estado de sociedad.

El «estado de naturaleza» es presocial, es decir, en él los seres humanos viven separados unos de otros y se encuentran ocasionalmente; oportunidad en la que pueden coexistir pacíficamente o enfrentarse unos a otros. La característica fundamental de este estado es que no hay una autoridad superior por encima de los seres humanos, para resolver los conflictos que se producen entre ellos. Cada ser humano es su propio custodio y la justicia por propia mano es la regla general y, es más, la única posible de aplicar desde que no hay «mano superior» a la que recurrir para que haga justicia entre los demás y yo.

El «estado de naturaleza» tiene una función específica en la teoría en su conjunto porque permite preestablecer características generales de la humanidad. Así, para Hobbes será la guerra; para Locke será un mundo de propiedad regido por leyes de la naturaleza, pero sin autoridad superior que las imponga; y para Rousseau será un estado de libertad natural que, sin embargo, tiene dificultades para ser protegida de los demás. Podemos ver que los estados de naturaleza de estos tres clásicos son completamente distintos entre sí y anuncian, también, humanos muy distintos entre sí, tanto en sus relaciones humanas como en sus relaciones con las cosas.

El «estado de naturaleza», por tanto, es por así decirlo una predefinición de lo que es la humanidad y qué buscará para el estado de sociedad a través del contrato

social. El estado de naturaleza es una construcción ideológica del autor, no solo como estructura previa a la realización del contrato, sino como etapa en la que se llena de contenidos a la humanidad misma. Estos contenidos son, según su caso, valores o carencia de valores y, en cada autor, de distinto tipo.

El «contrato social» es la etapa en la que los seres humanos deciden juntarse en sociedad y, para ello, sientan determinadas reglas que serán obedecidas por todos para poder vivir conjuntamente. El contrato social son pues dos cosas simultáneas, pero que es interesante separar conceptualmente: la creación de la sociedad y el establecimiento de las reglas fundamentales para esa sociedad. No es solo lo uno o lo otro y, en realidad, no se podría crear una sociedad viable si carece de reglas porque, en ese caso, no serviría de nada poner una autoridad superior a los seres humanos para que haga justicia entre ellos.

Claro que el contenido del contrato social es muy distinto según los autores, lo que corresponderá a su turno al tipo de estado de naturaleza que han imaginado: Hobbes verá en el contrato la entronización de un gobernante absoluto que ejerce el poder pacificador de la guerra del estado de naturaleza sin atadura ninguna. Locke entenderá el contrato como el mantenimiento de la ley natural y el traspaso de una propiedad de concepto peculiar. Rousseau verá un contrato que engrandece y asegura la libertad.

Ninguno de estos autores escribió pensando en la existencia de normas constitucionales como las que tenemos en la actualidad. Rousseau, que fue el más reciente de todos, escribió cuatro décadas antes de que Estados Unidos o Francia tuvieran sus constituciones aprobadas y vigentes. Sin embargo, con el desarrollo que ha tenido el constitucionalismo desde mediados del siglo XIX, podríamos asimilar el contrato social a la dación de la constitución en la medida que esta es un conjunto de reglas dadas por el pueblo mismo para la organización de la sociedad. En realidad, una nueva constitución equivale siempre a la refundación del Estado y esto es como constituir nuevamente la sociedad política.

El tercer elemento de la teoría del contrato social, es el «estado de sociedad» que es aquel que emerge del contrato y que se regula por sus reglas. Es obvio que el contrato social funda una sociedad política porque, en verdad, ya la reunión para hacer el contrato es una forma de sociedad social, todavía no sociedad política porque, precisamente, carece de reglas comunes.

La sociedad política así establecida tiene normas supremas dentro del contrato social. Las demás que se dicten deberán respetar aquellas porque son las fundantes, las que dan legitimidad.

Los seres humanos que conforman la sociedad son ciudadanos. Esto, en la larga evolución que ocurre entre nuestros tres autores, no son siempre lo mismo. El ciudadano de Hobbes es un aterrorizado del estado de guerra que cede todo

su poder al gobernante para que lo ejerza pacificando el estado de sociedad. El ciudadano de Rousseau es igual a los demás y, cuando se reúne en asamblea, es soberano para luego ser súbdito gobernado cuando tal asamblea cesó.

Lo característico de la sociedad política es que existe una autoridad por encima de los seres humanos que pactan, para aplicar las reglas del contrato social y las demás que se dicten dentro de la sociedad. Esa autoridad puede ser totalitaria o democrática, puede ser popular o aristocrática, puede ser dependiente de la asamblea de los ciudadanos (como en Rousseau) o independiente de ella (como en Hobbes). Las formas son varias pero la idea común es que hay siempre una autoridad superior.

La idea, en síntesis, es que somos los seres humanos los que fundamos la sociedad y los que le damos las reglas básicas. Ya no hay una sociedad natural ni leyes dadas desde fuera. Inclusive cuando Locke señala que las reglas naturales del estado de naturaleza se trasladan al estado se sociedad, en caso alguno niega que la sociedad misma pueda darse normas por acuerdo de los ciudadanos.

Que todo esto es un mito fabulado en cada uno de estos autores no hay duda alguna desde que no hay evidencia empírica que permita suponer que en efecto, hubo estado de naturaleza, contrato social y estado de sociedad.

Que sin embargo quiere dar varias explicaciones sobre el origen de la sociedad política, tampoco hay duda alguna: los autores no solamente sostienen que se funda una sociedad sino también, que esa sociedad que se funda tiene características y valores particulares.

Por todo ello es interesante estudiar las posiciones de cada uno de los tres autores clásicos que nos hemos propuesto estudiar, así como la de la Roma republicana. Esto nos permitirá discutir luego nuestra situación y nuestra aproximación al contrato social como sociedad política.

2. El contrato social de Hobbes, que fue el de la seguridad

En Hobbes el estado de naturaleza es la condición de guerra, de una guerra de cada hombre contra cada hombre[1]. El ser humano, en esta condición, no tiene otra seguridad que la de su propia fuerza y del ingenio con el que pueda defenderse. En estas condiciones, no habrá tampoco la posibilidad del desarrollo cultural, porque lejos de la colaboración necesaria para ello, hay enfrentamiento. Caracteriza de esta manera el estado de naturaleza cultural:

> En esta condición no hay lugar para la industria porque los frutos de ella son inciertos; y consecuentemente no hay cultura, navegación, uso de bienes que

[1] Hobbes (1952: 85).

> puedan ser importados por mar, no hay edificios cómodos, no hay instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza; no hay conocimiento, no se tiene noción del tiempo, no hay artes, letras, no hay sociedad y, lo que es peor, existe miedo permanente y peligro de muerte violenta. la vida del hombre es solitaria, pobre, incómoda, torpe y corta[2].

Además, como la guerra del estado de naturaleza es de cada ser humano contra cada ser humano, nada es justo o injusto, correcto o incorrecto: no hay derecho ni hay justicia. Las reglas cardinales son «la fuerza y el fraude». No hay propiedad, no hay «mío y tuyo»[3].

Sobre la base de esta concepción del estado de naturaleza Hobbes concibe que, sin embargo, el miedo a la muerte, el deseo de las cosas necesarias para la vida cómoda y el deseo de obtenerlas mediante su trabajo, guían al ser humano hacia la paz. La razón sugiere al ser humano, entonces, los artículos de paz sobre los que los hombres pueden llegar a acuerdo y se llaman «leyes de la naturaleza»[4].

En la guerra del estado de naturaleza cada hombre tiene derecho a todas las cosas, inclusive al cuerpo material de los otros. Mientras este derecho persista no habrá, consiguientemente, seguridad para nadie, no importando cuan fuerte o sabio sea. De aquí aparece el siguiente precepto de la ley general de la razón: «que cada hombre debe buscar la paz tanto como pueda; y que cuando no la pueda obtener, debe buscar y utilizar todas las ventajas y ayudas de la guerra». Y de aquí la primera ley de la naturaleza que tiene dos ramas: «buscar la paz y seguirla» y «podemos defendernos a nosotros mismos mediante todo medio disponible»[5].

De esta primera ley se deriva la segunda que es la siguiente: «que cada hombre esté dispuesto, cuando los otros también lo están, y debe pensar así tanto como pueda por su propia defensa y por la paz, que debe someter su derecho a todas las cosas, y que debe enfrentarse a los demás hombres con tanta libertad como la que permitiría que los otros hombres tengan frente a él»[6]. Ello debe ser así porque, en la medida que cada hombre mantenga su derecho de hacer lo que le plazca, todos van a estar en condición de guerra: si los demás no renuncian a sus derechos dentro del estado de naturaleza, entonces no hay razón para que alguno lo haga pues quedaría en desventaja frente a los demás.

De esta segunda regla natural de disposición de sus derechos en la medida en que lo hacen los demás, emerge la terca ley de la naturaleza: «los hombres deben

---

[2] Hobbes (1952: 85).

[3] Hobbes (1952: 86).

[4] Hobbes (1952: 86).

[5] Hobbes (1952: 86-87).

[6] Hobbes (1952: 87).

hacer honor a sus convenios»[7]. Si esta tercera ley de la naturaleza no se cumple, permanece el estado de guerra. Aquí aparece la justicia según Hobbes, porque romper el convenio es injusto. Lo justo es observarlo y cumplirlo.

Pero habrá gran fragilidad en este contrato, dice Hobbes, si no hay una autoridad superior que lo haga cumplir, porque cualquiera podría rechazarlo y el estado de guerra natural volvería. Por tanto, está en la ley de la naturaleza según nuestro autor que «aquellos que están en controversia, sometan sus derechos al juicio de quien decida sobre ellos»[8]. Ello porque «debe haber un poder coercitivo que obligue por igual a los hombres a cumplir sus convenios, mediante el pánico a algún castigo mayor que el beneficio que obtendrían de incumplir la palabra dada»[9].

De esta manera llega Hobbes al contrato social que pasa del estado de naturaleza, de guerra, al de sociedad. La cláusula contractual tiene redacción y es esta: «yo autorizo y renuncio a mi derecho de gobernarme a mí mismo, a favor de este hombre o de esta asamblea de hombres, en base a esta condición: que tu entregues tu derecho a él y autorices todas sus acciones de la misma manera». Y dice luego Hobbes que «esta es la generación de ese gran Leviathan o, más bien, para hablar más reverentemente, de ese dios mortal al que debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa»[10].

De esta manera, la asociación política será: «una persona, de cuyos actos una gran multitud, mediante convenios mutuos de uno con el otro, se ha convertido cada uno el autor, con la finalidad de que él use la fuerza y medios de todos como lo crea conveniente, para la paz y defensa común. Esta persona es llamada soberana y se la considera detentadora de poder soberano, y todos los demás son sus súbditos»[11].

La asociación política así establecida

> […] es instituida cuando una multitud de hombres acuerdan y convienen, cada uno con cada uno, que un hombre o una asamblea de hombres, reciba por la mayoría el derecho de representar las personas de todos ellos, es decir, de ser su representante; cada uno, tanto lo que votaron a favor como los que votaron en contra, autorizarán todas las acciones y todos los juzgamientos de ese hombre o asamblea de hombtres, de la misma manera que si fueren suyos, con la finalidad de vivir pacíficamente entre ellos, y de ser protegidos contra otros hombres[12].

Las consecuencias de esta asociación política son varias y no corresponde desarrollarlas aquí. Solo destacaremos que el convenio debe ser obedecido y, si es

[7] Hobbes (1952: 91).

[8] Hobbes (1952: 95).

[9] Hobbes (1952: 91).

[10] Hobbes (1952: 100-101).

[11] Hobbes (1952: 100-101).

[12] Hobbes (1952: 101).

incumplido, se lo hará cumplir por la fuerza. Nadie puede salir del convenio una vez adoptado. Lo segundo consiste en que el gobernante tendrá todo el poder de los súbditos y estos ninguno porque se lo han entregado a él, quien los protegerá de los demás.

Quien determina lo justo y lo injusto, en adelante, es el gobernante que ha recibido todos los poderes, incluido el de resolver los conflictos entre los súbditos. Es más: el gobernante no pacta con sus súbditos. Son estos los que pactan entre sí entregarle todo el poder al gobernante. Por tanto, dicho gobernante no rinde cuentas a los gobernados ni tiene porqué consultarlos al tomar sus decisiones, ni hay contrato que los súbditos puedan romper con el gobernante. El súbdito no puede quejarse del gobernante ni atentar contra él porque ese gobernante está allí en su representación y luchar contra él sería luchar contra sí mismo. Como puede verse, nada de democrático hay en la obra de Hobbes.

También el soberano será el juez de las opiniones y doctrinas favorables o desfavorables a la paz, y prescribirá las reglas de «lo tuyo y lo mío» estableciendo, consiguientemente, las reglas de la propiedad.

El caso en el que la asociación política queda disuelta según Hobbes es este:

> Finalmente, cuando en una guerra civil o con el extranjero los enemigos ganan de tal manera que las fuerzas de la asociación política no pueden mantenerse más, entonces no hay más protección de los súbditos en su lealtad y por tanto la asociación política es disuelta y cada hombre queda en libertad de protegerse de la manera como su criterio se lo sugiera. Porque el soberano es el espíritu público que da vida y movimiento a la asociación política. Si esta expira, los miembros son gobernados no más que por un cadáver de hombre, ya que su espíritu partió. Porque aunque el derecho de un monarca soberano no puede ser extinguido por el acto de otro, la obligación de los miembros puede cuando el poder de una asamblea ha terminado, consecuentemente no hay posibilidad para el soberano de que recomience[13].

Hobbes busca la seguridad en el alfa y el omega. No es un autor que persigue libertades ni cree que ellas existan en forma alguna en el estado de naturaleza. Este es la guerra. Los seres humanos buscan seguridad, la más elemental, al entrar al contrato social.

El contrato social no tiene contenido de derechos sino de transferencia de fuerzas: cada contratante cede su fuerza a quien gobernará —rey o asamblea— para que la use en representación y de esa manera solucione los conflictos en el estado de sociedad.

Si se mira atentamente la argumentación, ni siquiera parece que quien no desea contratar pueda desligarse de los compromisos. Por el contrario, basta la mayoría

[13] Hobbes (1952: 152-153).

para comprometer a todos y nadie puede romper el convenio. Por consiguiente, la mayoría decide por todos, aún contra la voluntad expresa de la minoría.

El gobernante ejercerá su función con independencia del pueblo, sin rendirle cuentas y sin consultarlo. Él es la medida de las decisiones y, como dice el propio Hobbes, no tiene contrato con sus súbditos. El contrato es entre los súbditos para erigirlo gobernante. Los que tienen obligaciones contractuales, por tanto, son los súbditos. El gobernante no tiene ninguna: es lo que llamamos un gobernante absoluto.

Finalmente, la liberación del súbdito de su compromiso ocurre cuando una fuerza extranjera derrota al gobernante, el que ya no puede garantizar la paz dentro de su propia sociedad política. Por ello decimos que también la seguridad está en el omega: cada cual buscará como salvarse y, solo en esa hipótesis, se permite la liberación de los compromisos.

3. El contrato social que enarbola derechos: Locke y el énfasis en la propiedad, Rousseau y el énfasis en la libertad

Los contratos sociales de Locke y de Rousseau son contratos que persiguen derechos, no seguridad. Están en el ámbito de abrir las alas, no de acurrucarse como es el caso de Hobbes.

3.1 John Locke

El estado de naturaleza de Locke es uno de perfecta libertad en el que los seres humanos utilizan y disponen de lo que poseen y de sus personas como prefieren, dentro de los márgenes de la ley de la naturaleza, sin dependencia ninguna de otros[14].

La libertad y la propiedad —esta bajo forma de posesión, es decir de ejercicio de poderes de hecho, porque en el estado de naturaleza aún no hay ley civil— aparecen desde el primer momento. Serán ellas, y en particular la propiedad como veremos después, el objeto central del contrato social y del paso al estado de sociedad.

La propiedad, sin embargo, tiene un concepto particular en Locke: es integral y abarca no solo las cosas que son externas sino el propio ser. Dice textualmente lo siguiente:

> Habiendo sido el hombre creado, como ya probamos, con derecho a una libertad perfecta y a un disfrute ilimitado de los derechos y privilegios de la Ley de la Naturaleza, tal como cada uno de los demás hombres, como todos los hombres

[14] Locke (1952, capítulo II, p. 25, par. 4).

> del mundo, tiene por la naturaleza el poder no solo de preservar su propiedad (esto es, su vida, su libertad y hacienda), contra los agravios y amenazas de otros hombres, sino también el de juzgar y sancionar los incumplimientos de tal ley cometidos por otros, según considere lo merece la ofensa que se le haya dirigido, y aun puede matar al otro cuando el crimen que este haya cometido sea tan grave que en su criterio merezca tal sanción[15].

Esta propiedad sui generis que encontramos desde el estado de naturaleza contiene lo esencial del ser humano: su vida y su libertad, además de los bienes. Es la que se goza y defiende en esta etapa de la humanidad según Locke.

Así, y aún cuando la vida en estado de naturaleza tenga libertad y propiedad, cada uno aplica la ley de la naturaleza por propia mano y, con ello, sanciona a los otros según su leal saber y entender. No es el estado de guerra de Hobbes, pero puede llegar a contener mucha violencia e inseguridad.

Así dice Locke, que el ejercicio o la amenaza de la fuerza sobre una persona por otra, donde no hay una autoridad superior a ambos que resuelva, como ocurre en el estado de naturaleza, es un estado de guerra[16].

Por ello mismo dice que:

> […] en el estado de naturaleza se requiere un juez conocido e independiente, con autoridad para resolver todas las diferencias de acuerdo con la ley existente. Porque siendo cada uno juez y ejecutor de la ley natural en el estado de naturaleza, siendo parcializados a favor de sí mismos, es muy fácil que la pasión y la revancha lleven su actuar demasiado lejos y lo hagan poner demasiado calor en sus propios intereses, así como negligencia y terquedad, todo lo cual conducirá a tratar injustamente a los otros hombres[17].

Por ello hay que transitar desde el estado de naturaleza al estado de sociedad y ello ocurre a través del contrato social. Locke no establece una especie de cláusula específica —como vimos que hizo Hobbes y veremos que hizo Rousseau—. Su tratamiento es descriptivo de lo que ocurre y de sus consecuencias:

> Los hombres siendo plenamente libres e independientes en el estado de naturaleza, como ya dijimos, no pueden ser sometidos al poder político de otro sin su consentimiento. Este último se otorga acordando con otros hombres entre sí, el juntarse y unirse en una comunidad para lograr una vida confortable, segura y pacífica, en un goce seguro de sus propiedades y con mayor seguridad frente a quienes no pertenecen a esta comunidad. Y estos hombres harán eso sin atentar contra la libertad de los demás porque todos quedan, como estaban, con la libertad del estado de naturaleza. Cuando un grupo de hombres han aceptado formar una comunidad o gobierno, son incorporados a él y forman

---

[15] Locke (1952, capítulo VII, p. 44, par. 87).

[16] Locke (1952, capítulo III, p. 29, par. 19).

[17] Locke (1952, capítulo IX, p. 54, par. 125).

> un solo cuerpo político dentro del cual la mayoría tiene el derecho de actuar y comprometer al resto[18].

Establece, asimismo, la finalidad central de la conclusión del contrato social:

> La gran y principal finalidad de los hombres al unirse en una sociedad política y colocarse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad, la que anhela muchas cosas en el estado de naturaleza. Primero, requiere un gobierno establecido, leyes conocidas, aprobadas y dictadas por el consentimiento común con la finalidad que sean el parámetro de lo correcto y lo incorrecto, así como la vara común para zanjar las diferencias entre los contendientes[19].

De esta manera, los seres humanos entregarán todo su poder natural a la sociedad y formarán un gobierno que garantice lo buscado en el contrato social (Locke: Second Essay, capítulo XI, página 56, parte 136). Este poder, una vez entregado, no revierte nuevamente a los individuos que forman la sociedad porque el contrato no puede ser contradicho. Una vez establecido el poder legislativo en una asamblea de hombres, ella continúa en pleno ejercicio para estos hombres y sus sucesores. Locke, sin embargo, acepta que quienes realizan el contrato social pongan un plazo al gobierno que conforman o, inclusive, que si quienes gobiernan actúan contra el contrato social, entonces serán sancionados y, en cualquiera de estos dos casos, el poder regresa a la sociedad y los hombres que contratan vuelven a recuperar su poder para ejercitarlo o volverlo a entregar a otro gobierno[20].

Luego de lo dicho hasta aquí, es imposible concebir un contrato hecho entre hombres que no tengan propiedad —con sus componentes de vida, libertad y hacienda— y, consiguientemente, será imposible imaginar un estado de sociedad en el que los hombres no sean propietarios de vida, libertad y hacienda. En realidad, desde el punto de vista de los bienes, Locke defiende una sociedad de propietarios como, a su turno, defiende también una sociedad de personas libres. Ciertos comentarios suyos indican, además, que su ideal es una sociedad de pequeños propietarios, distante de los monstruos transnacionales que engendró, finalmente y dos siglos después que él viviera, el capitalismo decimonónico que él contribuyó tan decisivamente a implantar en el mundo. Por ejemplo, sostiene que la ley natural condena al que toma más de lo que puede utilizar y se pudre en sus manos[21].

El contrato social nos conduce así al estado de sociedad o sociedad civil. Su caracterización puede ser hecha de la siguiente manera:

---

[18] Locke (1952, capítulo VIII, p. 46, par. 95).

[19] Locke (1952, capítulo IX, p. 53-54, par. 124).

[20] Locke (1952, capítulo XIX, p. 81, par. 243).

[21] Locke (1952, capítulo V, p. 33, par. 37).

> Todo el poder que el gobierno tiene es para ejercitarlo en bien de la sociedad. No debe ser arbitrario sino que debe ser ejercitado mediante leyes aprobadas y promulgadas de manera que el pueblo deba conocer sus deberes y quede salvo y seguro dentro de los límites de la ley, en tanto que el gobernante, a su vez, ejerza el poder dentro de los límites establecidos y no pueda tentarse de ejercitarlo contra los fines y la voluntad expresada en el contrato social[22].

En este contexto, la libertad también queda regida por la ley y en ello se diferencia de la irrestricta libertad del estado de naturaleza. Los excesos, a su vez, serán contenidos por la autoridad común.

Resulta fundamental destacar que Locke es abiertamente contrario a la monarquía absoluta. Dice lo siguiente al respecto:

> Es evidente que la monarquía absoluta, a la que algunos consideran el único gobierno en el mundo, es verdaderamente inconsistente con la sociedad civil y que no debe ser considerada una forma de gobierno en absoluto. La finalidad de la sociedad civil es evitar y remediar aquellos inconvenientes del estado de naturaleza que emergen del hecho que cada hombre juzgue en su propia causa. Para ello, en la sociedad civil se establece una autoridad común a todos y a la que cada hombre recurra para que solucione los agravios que haya recibido o zanje las controversias que tenga con los demás. El principio es que cada persona obedece a esta autoridad común. Donde cualquier persona no tenga la posibilidad de apelar a esa autoridad, ella está aún en estado de naturaleza. Así ocurre con el gobernante absoluto respecto a aquellos que están bajo su poder pues, como tiene todos los poderes, legislativo y ejecutivo, en sí mismo no existe juez que pueda resolver justa e independientemente los conflictos que los hombres tengan con tal gobernante absoluto o por razón de las órdenes que este dicte. Por consiguiente ese hombre, tanga el título de Zar, Gran Señor o el que se prefiera, está tan en estado de naturaleza con sus súbditos, como con el resto de la humanidad Porque donde dos hombres no tienen leyes ni jueces en común a los cuales recurrir sobre la tierra para la solución de sus controversias mutuas, entre ellos persiste el estado de naturaleza con todos sus defectos con solo esta oprobiosa diferencia: que el súbdito está sujeto o más bien es esclavo, del gobernante absoluto[23].

Esta última conclusión es evidente: en el estado de naturaleza el súbdito no es tal porque puede recurrir a sus propias fuerzas para zanjar las diferencias. En una monarquía absoluta el poder lo tiene todo el gobernante y, por consiguiente, la otra parte está sometida y en desventaja.

Toda la visión de Locke es atravesada por dos ideas centrales. La primera consiste en que las leyes naturales existen desde el estado de naturaleza y pasan al estado de sociedad. El estado de naturaleza no es de guerra permanente y carente de regulación alguna. Sí es evidente que puede ocurrir una situación de

---

[22] Locke (1952, capítulo XI, p. 57, par. 137).

[23] Locke (1952, capítulo VII, p. 45, par. 90-91).

guerra entre hombres porque nadie hace justicia por encima de cada quien y, consecuentemente, cada persona toma la justicia por propia mano. Pero en su visión se alternan la guerra y el disfrute de las posesiones.

La segunda idea que lo transita es la existencia de derechos, especialmente de un concepto integral de propiedad que, según la cita, incluye «su vida, su libertad y hacienda». Ni siquiera el estado de naturaleza está privado de derechos —desde que hay ley natural—.

Estas dos ideas constituyen una diferencia de contenido fundamental con Hobbes y traen consecuencias muy importantes. Si bien en el planteamiento de Locke una de las finalidades del contrato social es pasar al estado de sociedad para tener una autoridad superior común a los hombres para zanjar las disputas, no se trata de huir simplemente del estado de naturaleza, sino de traer las normas y los derechos que ya existían.

Además en el estado de sociedad, o sociedad civil, el gobernante no es el monarca absoluto porque, para comenzar, este es rechazado de plano como viviendo en estado de naturaleza con sus súbditos. El gobernante deberá regirse también por leyes y procedimientos preestablecidos de manera que, inclusive, el súbdito pueda tener una autoridad en común con dicho gobernante a fin de solucionar disputas mutuas. Será esta ley común a todos la que regule los derechos y el sentido de lo justo e injusto, lo correcto e incorrecto.

En Locke ya no existe la idea de un gobernante fuera de toda atadura con la ley como en Hobbes y esto solo es posible, desde luego, porque nuestro autor reconoce la existencia de normas desde el estado de naturaleza. Hay que recordar lo que dijimos ya antes: que el contrato social es un mito y cada autor lo elabora a fin de probar determinados presupuestos sobre la sociedad. En el caso de Locke, estos presupuestos son la existencia permanente de la ley natural, de derechos y, consiguientemente, de un gobernante regido también por normas. Es una concepción que ya contiene lo sustancial de lo que hoy llamamos Estado de derecho.

3.2 Juan Jacobo Rousseau

En Rousseau, como en Locke, todo el espectro de la teoría tiene derechos establecidos pero, si bien se menciona la propiedad, el eje es la libertad. Tal vez el párrafo en el que mejor puede apreciarse el concepto de estado de naturaleza en Rousseau es el que sigue, que hace contrastes entre él y el estado de sociedad:

> Simplificando: el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones, es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de

> la libertad civil, circunscrita por la voluntad general; y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede ser fundada sino sobre un título positivo.
>
> Podríase añadir a lo que precede la adquisición de la libertad moral, que por sí sola hace al hombre verdadero dueño de sí mismo, ya que el impulso del apetito constituye la esclavitud, en tanto que la obediencia a la ley es la libertad. Pero he dicho ya demasiado en este artículo, puesto que no es mi intención averiguar aquí el sentido filosófico de la palabra libertad[24].

Hay una libertad natural en el estado de naturaleza. También hay un derecho ilimitado a lo que pueda alcanzar. Ambas se defienden con las fuerzas individuales. La regla motriz del hombre en el estado de naturaleza es «el impulso del apetito».

Pero el estado de naturaleza es imperfecto porque los derechos fundados en la fuerza individual tienen límites muy claros en extensión y tiempo:

> Supongamos por un momento este pretendido derecho; yo afirmo que resulta de él un galimatías inexplicable, porque si la fuerza constituye el derecho, como el efecto cambia con la causa, toda fuerza superior a la primera, modificará el derecho. Desde que se puede desobedecer impunemente, se puede legítimamente, y puesto que el más fuerte tiene siempre razón, no se trata más que de procurar serlo. ¿Qué es, pues, un derecho que perece cuando la fuerza cesa? Si es preciso obedecer por fuerza, no es necesario obedecer por deber, y si la fuerza desaparece, la obligación no existe. Resulta, por consiguiente, que la palabra derecho no añade nada a la fuerza ni significa aquí nada en absoluto[25].

A diferencia de los dos autores anteriores, Rousseau sostiene que aún en el estado de guerra se debe respetar al enemigo y a sus bienes. El botín puede ser conformado por bienes públicos del derrotado, pero no por los bienes y personas privadas: «Aun en plena guerra, un príncipe justo se apoderará bien en país enemigo, de todo lo que pertenezca al público, pero respetará la persona y bienes de los particulares, esto es: respetará la persona, los derechos sobre los cuales se fundan los suyos»[26].

Debido a la imperfección de la libertad y del derecho de propiedad en el estado de naturaleza, el hombre busca salir de él y pasar al estado de sociedad:

> Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser.
>
> Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de

[24] Rousseau (1966, libro I, capítulo VIII, p. 24).

[25] Rousseau (1966, libro I, capítulo III, p. 12).

[26] Rousseau (1966, libro I, capítulo IV, p. 16).

> formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad.
>
> Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿cómo podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos: 'Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes'. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social[27].

De esta manera llegamos al contrato de sociedad cuya descripción esencial sería el siguiente:

> Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás.
>
> Además, efectuándose la enajenación sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que reclamar, porque si quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiese sentenciar entre ellos y el público, cada cual siendo hasta cierto punto su propio juez, pretendería pronto serlo en todo: consecuencialmente, el estado natural subsistiría y la asociación convertiríase necesariamente en tiránica o inútil.
>
> En fin, dándose cada individuo a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiera el mismo derecho que se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene[28].

Los términos del contrato social, si se descarta, pues, del pacto social lo que no es de esencia, encontraremos que queda reducido a los términos siguientes: «Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo»[29].

Así llegamos al estado de sociedad en el que el efecto práctico es el siguiente:

> Supongamos que un Estado tiene diez mil ciudadanos. El soberano no puede considerarse sino colectivamente y en cuerpo, pero cada particular, en su calidad de súbdito, es considerado individualmente. Así, el soberano es al súbdito como diez mil a uno; es decir, que a cada miembro del Estado, le corresponde la diezmilésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella. Si el pueblo se compone de cien mil hombres, la condición de los súbditos no cambia,

[27] Rousseau (1966, libro I, capítulo VI, p. 18-19).

[28] Rousseau (1966, libro I, capítulo VI, p. 19-20).

[29] Rousseau (1966, libro III, capítulo I, p. 61-62).

> pues cada uno soporta igualmente todo el imperio de las leyes, en tanto que su sufragio, reducido a una cienmilésima, tiene diez veces menos influencia en la redacción de aquellas. El súbdito permanece, pues, siendo uno, pero la relación del soberano aumenta en razón del número de individuos, de donde se deduce que, mientras más el Estado crece en población, más la libertad disminuye[30].

La libertad permanece porque cada uno entrega a todos los demás la parte proporcional que recibe de ellos. Desde luego, mientras más sean los ciudadanos menor será la cuota que cada uno de ellos tenga en el colectivo y por eso la parte final dice que la libertad disminuye mientras más crece la población. Pero lo esencial del estado de sociedad para el ciudadano es que es absolutamente igual, proporcionalmente, a todos los demás en el ejercicio de la libertad y de los derechos políticos. En consecuencia todo es paridad. El ciudadano es matemáticamente igual a los demás en libertad y poder.

En la idea de estado de sociedad de Rousseau, tenemos que distinguir los conceptos de ciudadano, soberano, súbdito y asamblea. Todo puede ser extraído de la siguiente cita:

> Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy de República o Cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, Potencia en comparación con sus semejantes. Cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de Pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. […]. Pero estos términos se confunden a menudo, siendo tomados el uno por el otro; basta saber distinguirlos cuando son empleados con toda precisión[31].

El ciudadano es el hombre que participa del contrato social. El agregado de ciudadanos conforma el pueblo. Cuando todos los ciudadanos —el pueblo— están reunidos, se halla en ejercicio la asamblea que es un cuerpo colectivo. Esta asamblea es soberana cuando está reunida y en funciones. Detenta el poder de la sociedad. Esto es muy claro de la siguiente cita: «Desde el instante en que se reúne el pueblo legítimamente en cuerpo soberano, cesa toda jurisdicción del gobierno; el poder ejecutivo queda en suspenso y la persona del último ciudadano es tan sagrada e inviolable como la del primer magistrado, porque ante el representado desaparece el representante[32].

---

[30] Rousseau (1966, libro I, capítulo VIII, p. 24).

[31] Rousseau (1966, libro I, capítulo VI, p. 20-21).

[32] Rousseau (1966, libro III, capítulo XIV, p. 94).

Cuando la asamblea cesa, el pueblo como conjunto de los ciudadanos se vuelve súbdito. El ciudadano es entonces súbdito de la asamblea soberana que conforma. No hay contradicción sino finura: cuando se reúne en asamblea soberana tiene su alícuota de poder y toma decisiones que nadie puede contestar dentro del estado de sociedad. Cuando no está reunido en asamblea soberana, obedece el contrato social y las leyes que la asamblea soberana votó.

En este contexto el gobierno se halla ubicado entre el soberano —la asamblea— y el súbdito —el ciudadano que no está en reunido en asamblea—.

> Luego, ¿qué es el Gobierno? Un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua comunicación, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política […]. Los miembros de este Cuerpo se llaman magistrados o reyes, es decir, gobernadores, y el Cuerpo entero príncipe[33].

El gobierno es encargado de ejecución, no de soberanía en Rousseau. Es más, dice que los diputados no pueden ser representantes sino un órgano instrumental para ejecutar, no para decidir:

> La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula[34].

También señala que el gobierno obedece y cumple un deber sin poder discutir las condiciones, que son establecidas por el pueblo en asamblea. Incluso señala que cuando el pueblo instituye una monarquía, no adquiere ningún compromiso con el monarca sino que es una decisión de naturaleza provisional, hasta que decida modificarla:

> […] el acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; que los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus funcionarios; que puede nombrarlos y destituirlos cuando le plazca; que no es de su incumbencia contratar, sino obedecer, y que al encargarse de las funciones que el Estado les impone, no hacen más que cumplir su deber de ciudadanos, sin tener ningún derecho para discutir sobre las condiciones […]. Cuando acontece que el pueblo instituye un gobierno hereditario, ya sea monárquico en una familia, o aristocrático en un orden de ciudades, no es un compromiso el que adquiere: da una forma provisional a la administración hasta tanto que le plazca cambiarla[35].

---

[33] Rousseau (1966, libro III, capítulo I, p. 60).

[34] Rousseau (1966, libro III, capítulo XV, pp. 96-97).

[35] Rousseau (1966, libro III, capítulo XVIII, pp. 102).

El gobierno tiene en Rousseau una decidida sumisión a la Asamblea de ciudadanos.

La soberana es la voluntad general que consiste en la decisión de la asamblea de ciudadanos:

> La primera y más importante consecuencia de los principios establecidos, es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; pues si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de sociedades, la conformidad de esos mismos intereses es lo que ha hecho posible su existencia. Lo que hay de común en esos intereses es lo que constituye el vínculo social, porque si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir[36].

Y también dice: «Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás debería enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se trasmite, pero no la voluntad[37].

La idea de participación del pueblo que tiene Rousseau es profundamente democrática y, además, de democracia directa. No hay posibilidad de aplicarla si los ciudadanos no son todos libres e iguales.

También es importante destacar que el hombre no entrega toda su libertad y todos sus bienes a la sociedad sino solo lo que sea necesario. Sin embargo, es el soberano, es decir la asamblea, quien determina cuánto debe ser entregado:

> Conviénese en que todo lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad, mas es preciso convenir también que el soberano es el único juez de esta necesidad. […]. Tan pronto como el cuerpo soberano lo exija, el ciudadano está en el deber de prestar al Estado sus servicios; mas este, por su parte, no puede recargarles con nada que sea inútil a la comunidad; no puede ni aun quererlo, porque de acuerdo con las leyes de la razón como con las de la naturaleza, nada se hace sin causa[38].

Esta precisión es importante porque demuestra que para Rousseau el tránsito del estado de naturaleza al de sociedad es un continuo que mantiene tantos derechos del hombre como pueda, de los que había en el estado de naturaleza. Estamos ya muy lejos del inmenso salto que se daba en el mismo tránsito con Hobbes, y aun es un tránsito menos abrupto que el de Locke.

La finalidad de todo este tránsito es, para Rousseau, el logro de la libertad e igualdad aunque, como vimos antes, también se incorpora en un papel secundario

---

[36] Rousseau (1966, libro II, capítulo I, p. 29).

[37] Rousseau (1966, libro II, capítulo I, p. 29).

[38] Rousseau (1966, libro II, capítulo IV, p. 34).

a la propiedad. Dice nuestro autor: «Si se investiga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, o sea el fin que debe perseguir todo sistema de legislación, se descubrirá que él se reduce a los objetos principales: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella[39].

Sobre la libertad ya dijo antes que la libertad civil es aquella circunscrita por la voluntad general, es decir, determinada por la ley aprobada por el pueblo soberano.

La libertad es importante no solo en sí misma, desde el estado de naturaleza hasta el de sociedad. La libertad civil emerge del contrato y está determinada por él y por las leyes producidas por la voluntad general; Rousseau dice que el soberano puede obligar a ser libre al que pretende desconocer el contrato o la ley:

> A fin de que este pacto social no sea, pues, una vana fórmula, él encierra tácitamente el compromiso, que por sí solo puede dar fuerza a los otros, de que, cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo; lo cual no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre, pues tal es la condición que, otorgando cada ciudadano a la patria, le garantiza de toda dependencia personal, condición que constituye el artificio y el juego del mecanismo político y que es la única que legitima las obligaciones civiles, las cuales, sin ella, serían absurdas, tiránicas y quedarían expuestas a los mayores abusos[40].

De paso, aquí se está diciendo que nadie puede renegar del contrato social. El ciudadano está sometido al soberano. Por eso se produce la paradoja de que este lo pueda obligar a ser libre.

Sobre la igualdad dice lo siguiente:

> Ya he dicho lo que entiendo por libertad civil. En cuanto a la igualdad, no debe entenderse por tal el que los grados de poder y de riqueza sean absolutamente los mismos, sino que el primero esté al abrigo de toda violencia y que no se ejerza jamás sino en virtud del rango y de acuerdo con las leyes; y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea suficientemente opulento para poder comprar a otro, ni ninguno bastante pobre para ser obligado a venderse, lo cual supone de parte de los grandes, moderación de bienes y de crédito, y de parte de los pequeños, moderación de avaricia y de codicia[41].

Los conceptos de libertad e igualdad, así vinculados, son profundamente liberales, pero en el siglo XVIII no en los siglos XX y XXI, en los cuales el concepto de libertad suele ser simplificado, utilizado al extremo y, casi sin excepción, como

---

[39] Rousseau (1966, libro II, capítulo XI, p. 54).

[40] Rousseau (1966, libro I, capítulo VII, p. 23).

[41] Rousseau (1966, libro II, capítulo XI, p. 55).

opuesto a la igualdad. Este neoliberalismo es históricamente inconsecuente frente a los grandes liberales originarios pues estos no lucharon al lado de los poderosos sino de los dominados.

Es de destacar que Rousseau hace una clara diferencia entre soberano y gobierno, como hemos visto líneas arriba. En lo que a gobierno se refiere —que está colocado entre el soberano y el súbdito para hacer cumplir la ley— considera él que un estado grande debe ser monárquico, aunque admite también la posibilidad de multitud de excepciones. Dice:

> Si, en los distintos Estados, el número de magistrados supremos debe estar en razón inversa del de los ciudadanos, síguese de ahí que, en general, el gobierno democrático conviene a los pequeños Estados, el aristocrático a los medianos y el monárquico a los grandes. Esta regla se deriva inmediatamente del principio; mas, ¿cómo contar la multitud de circunstancias que pueden suministrar las excepciones?[42].

Sin embargo, considera más esclarecidos a los magistrados democráticos que a los monárquicos:

> Un defecto esencial e inevitable que hará siempre inferior el gobierno monárquico al republicano, es que en este, el voto popular casi siempre lleva a los primeros puestos a hombres esclarecidos y capaces, que hacen honor a sus cargos, en tanto que los que surgen en las monarquías, no son a menudo sino chismosos, bribonzuelos e intrigantes, talentos mediocres que una vez elevados a las altas dignidades de la corte no sirven sino para demostrar al público su ineptitud[43].

Y tampoco considera muy elogiosamente a los príncipes y su educación:

> Todo concurre para privar de justicia y de razón a un hombre elevado para mandar a los demás. Se toma mucho trabajo, según dicen, para enseñar a los jóvenes príncipes el arte de reinar, pero parece que esta educación no les sirve de nada. Sería mejor comenzar por enseñarles el arte de obedecer. Los más grandes reyes celebrados por la historia, no han sido educados para reinar. Esta es una ciencia que se posee menos cuanto más se aprende y que se adquiere mejor obedeciendo que mandando[44].

El efecto final del paso al estado se sociedad es el establecimiento de la justicia y la moralidad: «La tradición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían»[45].

---

[42] Rousseau (1966, libro III, capítulo III, p. 68).

[43] Rousseau (1966, libro III, capítulo VI, pp. 75-76).

[44] Rousseau (1966, libro III, capítulo VI, p. 77).

[45] Rousseau (1966, libro I, capítulo XIII, pp. 23-24).

Desde luego, también establece la propiedad:

> Lo que existe de más singular en esta enajenación es que, lejos la comunidad de despojar a los particulares de sus bienes, al aceptarlos, ella no hace otra cosa que asegurarles su legítima posesión, cambiando la usurpación en verdadero derecho y el goce en propiedad. Entonces los poseedores, considerados como depositarios del bien público, siendo sus derechos respetados por todos los miembros del Estado y sostenidos por toda la fuerza común contra el extranjero, mediante una cesión ventajosa para el público y más aún para ellos, adquieren, por decirlo así, todo lo que han dado: paradoja que se explica fácilmente por la distinción entre los derechos que el soberano y el propietario tienen sobre el mismo bien, como se verá más adelante.
>
> Puede suceder también que los hombres comiencen a unirse antes de poseer nada, y que apoderándose en seguida de un terreno suficiente para todos, disfruten de él en común o lo repartan entre sí, ya por partes iguales, ya de acuerdo con las proporciones establecidas por el soberano. De cualquier manera que se efectúe esta adquisición, el derecho que tiene cada particular sobre sus bienes, queda siempre subordinado al derecho de la comunidad sobre todos, sin lo cual no habría ni solidez en el vínculo social, ni fuerza real en el ejercicio de la soberanía[46].

En síntesis, el estado de naturaleza de Rousseau es uno de derechos de libertad, igualdad y propiedad. Dependiendo de la propia fuerza exclusivamente, el estado de naturaleza debe ser transformado en uno de sociedad a través de un contrato social en el que cada hombre hace a los demás una cesión de poder equivalente a la que le hacen. Con ello se forma la asamblea soberana de ciudadanos con equiparidad matemática de poder para cada uno de ellos. El paso al estado de sociedad instaura una autoridad suprema en la asamblea de ciudadanos y un gobierno que es comisionado por el soberano y que no tiene él mismo soberanía. La entidad y permanencia del gobierno depende por entero del soberano. El hombre trae al estado de sociedad mucha de la libertad e igualdad que tenía en el estado de naturaleza y sigue siendo fundamentalmente, libre e igual a los demás.

4. El caso de la república romana, que fue el de la diversidad

La República de Roma que podemos extender convencionalmente desde el siglo VI antes de Cristo hasta Augusto (Princeps de Roma cuando Cristo nace) no es normalmente explicada como un contrato social, entre otras razones, porque no es un mito sino un cúmulo de hechos históricos. Sin embargo, no obstante ello, puede ser interpretada como tal.

[46] Rousseau (1966, libro I, capítulo IX, pp. 26-27).

Lo que la evolución político-social de Roma cuenta es que en ella originalmente existen los romanos, que con el devenir serán los patricios. A medida que Roma crece en poder y riqueza, ya desde antes de la república, durante la era de los reyes, la ciudad atrae extranjeros que ingresan en una posición subalterna a la vida romana: son los clientes de las familias establecidas y, usualmente, realizan las labores más duras o menos reconocidas en la vida pública y privada. También forman parte del ejército.

Con el tiempo estos extranjeros radicados en Roma se vuelven esenciales para la vida cotidiana y pasan a ser los plebeyos. Aparecieron las dos clases que lucharán, de diversa manera, con diversa composición y objetivos, durante los casi quinientos años de la república de Roma por un espacio con un límite recíproco dentro la ciudad y, más tarde, de la capital del Imperio[47].

La distinción entre plebeyos y patricios, aunque tuvo un tinte social, fue originalmente una clasificación de variable religiosa. Los romanos originales tuvieron una religión esencialmente familiar. Los ancestros muertos vivían y apoyaban a sus familiares vivos. Eran lares, manes y penates, dioses privados a los que se rendía culto. El pater familias era el sumo sacerdote y de allí su poder proverbial en el seno de su domus —familia directa conformada por su cónyuge, sus descendientes en patria potestas y los cónyuges de estos—. Los muertos yacían en el cementerio familiar que a la vez era el pedazo de tierra de la familia con rasgos religiosos, económicos y sociales simultáneamente. Allí brillaba el fuego permanente por ellos[48].

Para ser romano en la historia arcaica de Roma había que tener una tierra con los muertos familiares enterrados allí. La relación geográfica, social y religiosa —además de la económica— era total. Estos eran los patricios. Los plebeyos no tenían nada de esto y, por consiguiente, podían estar en la ciudad pero no eran nadie en ella para efectos religiosos, jurídicos y prácticos.

Existe un episodio clásico en la antigua historia de Roma. El año 494 antes de Cristo, los plebeyos se retiran al monte Aventino y piensan, inclusive, formar una ciudad aparte. Los patricios notan que los plebeyos son indispensables y negocian con ellos. Fruto de esa negociación es la integración de los plebeyos a la ciudad como ciudadanos y se les autoriza el establecimiento de una asamblea popular propia. Un tiempo después se dicta la Ley de las XII Tablas, fechada en consenso histórico hacia la mitad del siglo V antes de Cristo, clásico inicio del derecho romano y que fue dictada para poner por escrito el derecho patricio para los nuevos ciudadanos ignorantes de él.

---

[47] Una buena historia social del desarrollo de Roma puede verse en Alföldy (2002).

[48] Un clásico sobre el tema, probado por el transcurso del tiempo es Fustel de Coulanges (1966).

Pero el poder en Roma, aun en aquella época, era también de origen religioso. Los patricios tenían el monopolio de la religión y los auspicia eran las pruebas religiosas de presagio divino del futuro para diversos efectos, incluida la iniciación del período de gobierno de los magistrados. Consecuentemente, solo los patricios hacían los auspicia y solo ellos podían llegar a la magistratura. Era un asunto de religión, de escogidos y no escogidos. Por eso los cónsules, los pretores y demás magistraturas de rango mayor eran originalmente patricias.

Entonces es que los plebeyos hacen el juramento sacrosanto de defender con su vida las decisiones del Tribuno de la Plebe, un magistrado de origen plebeyo y que funda su poder en tal juramento sacrosanto y que tiene por razón de existencia proteger a los plebeyos de la arbitrariedad de los magistrados patricios.

Es muy fácil darse cuenta que hay un poder dual: la asamblea de patricios y la de plebeyos. Los magistrados patricios con poder auspicial y los magistrados plebeyos con poder fundado en la sacrosanctitas del juramento.

Como los patricios tienen la ley, los plebeyos en adelante tienen los plebiscitos. La plebe sigue así, una doble estrategia: funda un reducto de poder con su juramento sacrosanto y, al mismo tiempo, exige el acceso a las magistraturas patricias. Con el tiempo lo obtendrá.

De todo esto dice Giovanni Lobrano lo siguiente:

> La plebe muestra una doble estrategia en relación a los auspicia: de una parte reivindica la paridad auspicial con los patres-patricii —luchas en materia de connubium, por el acceso a las magistraturas patricias, etcétera— y, de otro, desarrolla un poder, la potestas tribunicia, con una 'proyección sobre el plano del derecho divino' (sacrosancta) diversa, y por tanto, en conflicto y en detrimento, por así decir, de la 'importancia' de los auspicia.
>
> Ahora bien, en el cuadro de la 'perfecta equivalencia' entre potestas y auspicia, la superación de la condición privada hacia una nueva integración con y en el populus por los plebeyos aparece preferencialmente elaborada a través de la sacrosancta potestas, de la misma manera como los patres-patricii habían alternativamente preferido los auspicia para establecer su relación de identificación con el populus-publicus[49].

Así, el conjunto de patricios y plebeyos forman el pueblo romano, concepto del cual Pierangelo Catalano dice:

> Por ahora solo remarco que: a) la expresión populus Romanus Quirites denota la totalidad de los romanos en época antiquísima y no es posible sostener con métodos históricos (aun usando el criterio comparativo) que otras expresiones sean más antiguas, cuando menos en el lenguaje jurídico religioso, y sin con ello excluir que puedan ser no menos antiguas; b) la expresión de Populus

[49] Lombrano (1983: 322).

> Romanus Quirites y aquellas equivalentes, Populus Romanus Quiritum y Populus Romanus, no denotan un «ente ideal» en el que esté 'unificada' la pluralidad de los Quirites, sino una pluralidad de individuos 'reunidos' o 'unidos' (y en cuanto tales, Quirites). Las tesis opuestas formuladas más o menos explícitamente por algunos historiógrafos contemporáneos, me parecen criticables en cuanto al método, y peligrosas en cuanto a los resultados que pueden conllevar en el plano de una reconstrucción del sistema jurídico-religioso romano[50].

De esta manera, en Roma el pueblo romano estuvo formado por patricios y plebeyos los que tuvieron inclusive, durante un tiempo, asambleas separadas, normas distintas y magistrados con poderes paralelos y de origen distinto —auspicia y sacrosanctitas—. El desarrollo de la historia condujo a que este sistema se unificara poco a poco: los plebiscitos adquirieron fuerza reconocida de leyes; las magistraturas patricias empezaron a ser ocupadas por plebeyos y hubo también patricios que alcanzaron el tribunado de la plebe. Pero nada de esto fue sencillo ni necesariamente pacífico.

El Digesto de Justiniano relata sintéticamente todo esto de la siguiente manera:

> Posteriormente, cuando había en la ciudad la ley de las Doce Tablas y el derecho civil, y además las acciones de la ley, aconteció que la plebe entró en discordia con los patricios, y se separó y constituyó derechos para sí, cuyos derechos se llaman plebiscitos. Después, cuando la plebe fue atraída de nuevo, como quiera que nacían muchas discordias por causa de estos plebiscitos, plugo por la ley Hortensia que también se observasen como leyes; y se hizo de modo que, aun cuando entre los plebiscitos y la ley, haya diferencia de especies de constitución, fuese, sin embargo, la misma su fuerza (potestas)[51].

En síntesis, la historia de la formación de la República de Roma contiene un pacto no exento de conflictos y de resoluciones dialécticas, entre dos grupos social, económica, política y religiosamente delimitados: los patricios y los plebeyos. Los contiene dentro del pueblo romano aun con poderes de fuente diversa y es el propio desarrollo de la historia el que unifica estas diversidades progresivamente. Como hemos dicho, las relaciones fueron siempre dialécticas aunque correspondieron a dos grupos (patricios y plebeyos) que no fueron siempre los mismos sino que evolucionaron constantemente dentro de sí mismos.

El modelo llegó a una gran crisis que condujo al principado de Augusto. La historia lo reconoce como el primer emperador, pero él siempre se consideró como primer ciudadano y protector de la república (ése y no uno de carácter monárquico contemporáneo es el significado del título de princeps). Sin embargo, el gran imperio y el desarrollo de Roma se construyeron en su mayor parte durante la república.

---

[50] Catalano (1974, capítulo II: 105).

[51] D.1.2.2.8. Hemos hecho uso del Digesto de Justiniano (Libro I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990).

5. Análisis de nuestro contrato social hoy y aquí

Ninguno de quienes sostienen que hay que cambiar el pacto social en nuestro medio, ni tampoco de quienes creen que hay un pacto y que debe continuar existiendo, dicen a cual de los pactos que acabamos de revisar se parece el nuestro. Creemos que se da por descontado que se trata del de Rousseau. Es el pacto más hermoso de todos los clásicos porque plantea como elementos esenciales la libertad y la igualdad, aunque no descarta tampoco la propiedad. Pero, al mismo tiempo, es el más difícil de poner en práctica y muchos lo consideran simplemente inaplicable en los estados contemporáneos de gran tamaño.

Pero, por sobre todo, desde el contenido mismo vale la pena preguntarse si nuestros pactos originarios fueron exactamente por la libertad y la igualdad[52].

Los textos escritos y las declaraciones orales de la época en América Latina son, indudablemente, roussonianos. Cuando José de San Martín dice que «El Perú es libre e independiente por la voluntad general de los pueblos y la justicia de su causa que Dios defiende» está pensando en francés y hablando en castellano. Salvo la mención a Dios, y el plural de «los pueblos», San Martín está traduciendo a Rousseau.

El Libertador es tan roussoniano que pretende hacer del Perú una monarquía, según enseña nuestra historia. En verdad, Rousseau era un demócrata radical en materia de asamblea popular pero, cuando se trata de la forma de gobierno dice, como hemos visto, que en un Estado de gran extensión parece preferible la monarquía.

En ese sentido, los republicanos peruanos de aquel tiempo, más que roussonianos, parecen jacobinos. En la historia francesa de 1789 a 1821 —o al 1823 si nos ubicamos en el año de nuestra primera Constitución republicana—, la posición formal de nuestros constituyentes no es ni la de los girondinos, ni la de los restauradores posnapoleónicos. Hasta ese entonces solo los jacobinos habían sido republicanos. Y por si alguien pensara que somos más parecidos a Estados Unidos de Norteamérica que a Francia en aquellos años, solo tenemos que recordar la fuerza ideológica y lingüística de la Declaración de la Independencia norteamericana, o los enérgicos escritos de Thomas Paine. En ellos hay también mucho de republicanismo jacobino y nada del monarquismo girondino.

Pero este radicalismo roussoniano y pro jacobino de nuestros constituyentes no debe llevarnos a error. Se trata de una posición más bien de forma que de contenido y decimos esto porque el contenido de lo que podríamos llamar nuestro contrato social originario, no es en absoluto roussoniano.

---

[52] Lo que sigue en esta parte del texto debe mucho a los extensos intercambios de ideas con los profesores Pierangelo Catalano y Giovanni Lobrano, profesores italianos del Derecho Público Romano, en especial en el contexto de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano.

Es muy fácil darse cuenta que no va a favor de la libertad desde que la esclavitud permanece hasta 1854, a pesar de la mala conciencia que ella produce y que se grafica en la manumisión de todo hijo que pudiera nacer esclavo en la Constitución de 1823[53]. José de San Martín ya había dado antes norma semejante el 12 de agosto de 1821. No es libertaria desde el punto de vista roussoniano la sociedad que mantiene la esclavitud.

Pero aun los libertos no eran propiamente libres pues debían a sus señores lealtades y servicios propios de la servidumbre. Esto es muy claro en la ley aprobada el 27 de noviembre de 1839 y promulgada por Agustín Gamarra el 24 de diciembre del mismo año, que estableció lo siguiente en relación a los hijos de esclavos declarados libres en 1821:

> Artículo 1. Los hijos de esclavos declarados libres por el decreto de 12 de agosto de 1821, quedan bajo el patronazgo de los amos de sus padres hasta la edad de cincuenta años.
>
> Artículo 2. Los patronos gozarán del derecho de retener en su servicio los libertos que habla el artículo anterior; sin que autoridad alguna pueda favorecer la separación de ellos, sino en el caso de sevicia física o moral, según las leyes.
>
> Artículo 3. Los patronos prestarán a los libertos, en el campo, los mismos ausilios que a sus esclavos y un peso por semana desde la edad de veinte y cinco años; y en poblado, les darán la mitad del salario que se paga a un sirviente doméstico.
>
> Artículo 4. Los hijos de los libertos serán educados a expensas de los patronos proporcionándoles los medios de aprender algún arte, oficio o industria útil y disfrutando entre tanto de su servicio.
>
> Artículo 5. Los patronos pueden ceder su patronazgo por cualquiera de los medios que señalan las leyes para la trasmision de los derechos, y con las mismas obligaciones que les prescribe esta ley.

No hay forma de entender que estos libertos fueran propiamente libres. Estuvieron sometidos a una clara forma de servidumbre como hemos dicho, y que se extendía a sus hijos, los que a cambio de educación permanecían al servicio del antiguo amo y hoy, sin duda, señor.

Finalmente, las declaraciones constitucionales no pudieron ocultar las relaciones serviles en el campo, que permanecieron cuando menos hasta el año 1964 en las haciendas del Perú[54].

---

[53] Constitución de 1823, artículo 11: «Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros».

[54] La primera reforma agraria peruana, antifeudal, fue la de 1964. También hay que recordar la reforma agraria localizada en La Convención y Lares del Gobierno Militar de 1962-1963.

Ahora bien, es muy claro que la población sometida a esclavitud o a relaciones serviles era la inmensa mayoría del país al producirse la independencia. Si se hubiera tratado de una minoría hubiera sido ya grave, pero ni siquiera fue ese el caso.

Por tanto, ese contrato social original no fue de libertad. ¿Fue de igualdad?

Hay, indudablemente, declaraciones constitucionales de igualdad que son ejemplares para la época. En 1823 la Constitución en el artículo 23 dijo: «Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue. Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios».

Pero, nuevamente, debemos mirar atrás de las máscaras por buena intención que ellas tuvieran —y que, sin duda, tuvieron—. La igualdad fundamental de Rousseau es social y política como vimos. El Perú, sin embargo, en esto no fue en absoluto roussoniano. Su emblema fue Benjamín Constant e, inclusive, sus textos fueron utilizados literalmente y sin comillas —técnicamente fueron plagiados— en el discurso con que la comisión de constitución presentó su proyecto al Congreso, publicado en *El Peruano* del sábado 19 de octubre de 1839, página 220: una parte apreciable del texto es un larguísimo pasaje de Benjamín Constant.

Benjamín Constant fue el autor que fundamentó la democracia censitaria y restringida de la restauración luego de Napoleón Bonaparte. Esa democracia en la que, de más de veinte millones de franceses, solo votaban doscientos mil. Esa democracia en la que se demandó al ministro Guizot reducir el censo electoral para aumentar el número de votantes y que ese ministro francés definió muy bien contestando que no reduciría el censo y que, más bien, recomendaba a sus opositores para poder votar: «¡Enriqueceos!».

Benjamín Constant fue el que escribió:

> Según un autor que ha tratado perfectamente el asunto, quien no posea la renta territorial suficiente para vivir durante el año, sin tener que trabajar para otro, no es verdaderamente propietario. La parte de propiedad que le falta le sitúa en la clase de los asalariados. Los propietarios son dueños de su existencia porque pueden negarle el trabajo. Solo quien posee la renta necesaria para vivir con independencia de toda voluntad extraña puede ejercer los derechos de ciudadanía. Una condición de propiedad inferior sería ilusoria; una más elevada sería injusta[55].

En verdad, el contrato social originario peruano no fue de la igualdad política. Y no tenemos que recurrir al hecho de que las mujeres no votaran hasta 1956 y los analfabetos hasta 1980. Es evidente en nuestra historia que la igualdad política llega para la mayoría de la población en la segunda mitad del siglo XX.

Pero hay otras diferencias reales y profundas entre ciudadanos: el quechua es una lengua despreciada, como lo es el color de piel indio, negro o con pigmentos

[55] Constant (1970, capítulo VI: 60).

mestizos de ellos. La pobreza va asociada a la cultura y a la raza. Todo hace un complejo problema social de discriminación que, cuando ya no fue posible prohibir al indio o negro que vote, prohibió el voto al analfabeto que, precisamente, era el indio y en muchos casos el negro.

Es muy fácil darse cuenta que entre grupos tan distintos dentro de una misma sociedad política, difícilmente puede hablarse de relaciones democráticas, sobre todo cuando el racismo y la discriminación persisten[56].

Un rasgo importantísimo del liberalismo clásico —el de libertad y propiedad—, trascendental históricamente, es que conduce al establecimiento de sociedades progresivamente democráticas y rápidamente capitalistas. La revolución liberal es integral, comienza generalmente por lo político y avanza muy consistentemente en el plano de la organización económica de la sociedad. Esto fue muy claro tanto en Inglaterra luego de la «revolución gloriosa», como en Estados Unidos de Norteamérica y en la Europa continental de la era napoleónica[57].

En el Perú, los liberales que traían libertad y propiedad como Rousseau y Locke no tuvieron impacto. Fernando de Trazegnies ha teorizado sobre el proceso republicano del siglo XIX con el concepto de modernización tradicionalista. Es importante notar que él apunta diversas ideas interesantes sobre el tema que aquí nos ocupa: el del tipo de contrato social hecho en el Perú. Dice:

> Muchos de los elementos aristocratizantes y «neo feudales» se encontraron favorecidos por el colapso de la autoridad central y de la Administración española en los años siguientes a la Independencia, lo que permitió la expansión de las fuerzas latentes de afirmación particularizada: oligarquías locales, terratenientes rurales, caciquismo, caudillismo, etcétera. Este es el origen de ese estado de conmoción política constante que Alexis de Tocqueville no podía entender desde una perspectiva auténticamente liberal que consideraba la paz como requisito de la prosperidad: 'el pueblo que habita esta bella mitad de un hemisferio (América del Sur) parece obstinadamente dedicado a desgarrarse las entrañas y nada podrá hacerlos desistir de ese empeño'. Y es que América Latina aspira simultáneamente a un 'neo-feudalismo' pero también a la reconstitución de un Estado centralista que proteja la jerarquización orgánica de los grupos

[56] Una investigación empírica que consideramos interesante en este punto es Portocarrero y Acha (1960). En este trabajo hay muestras claras de la cultura de discriminación existente aun hoy en el Perú.

[57] Algunos cambios políticos liberales se hacen desde dentro, como ocurre en los casos de Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica y Francia. En otros viene de afuera. Napoleón, con sus políticas burguesas y liberales en lo económico, contribuyó a cambiar a algunos otros países que fueron parte de su imperio. Existe una frase que no es mía, pero no recuerdo dónde haberla leído (debe haber sido, sin duda, un gran historiador de la era liberal europea, tal vez Eric Hobsbawm, pero no estoy seguro). En todo caso, lo que aquella frase dice, más o menos, es lo siguiente: «De los grandes Estados europeos continentales del siglo XIX, dos entran subdesarrollados al siglo XX: España y Rusia. Los dos derrotaron a Napoleón». Es una afirmación generalizadora, pero sagaz.

> particulares, bajo el predominio de algunos de ellos. Toda la agitación de esas 'revoluciones renacientes sin cesar' no es sino la expresión del esfuerzo de esos grupos particulares para re-estructurar el Estado central como instrumento de poder de algunos de tales grupos[58].

La lectura de de Trazegnies sobre este proceso consiste en que permanecen en la organización política de la sociedad los elementos aristocratizantes y neo feudales, nada de lo cual es liberalismo de Locke o de Rousseau. Lo aristocratizante y neofeudal queda en manos de quienes quieren perpetuar su poder: oligarcas locales, terratenientes, caciques, caudillos. Conocemos bien a todos estos personajes paradigmáticos de nuestra historia: pertenecen predominantemente a un grupo de propietarios agrícolas no capitalistas y, en muchos casos, de horca y cuchillo. Por eso se les dice neo feudales. No hubo un verdadero feudalismo político en el Perú, pero sí llegaron y se instalaron relaciones feudales de señor-siervo tremendamente marcadas por las condiciones económicas y por la fragmentación del poder dentro del territorio. En el ámbito rural, donde residía entonces la mayoría de la población, el poder era fundamentalmente privado, con un Estado coactivo directo casi inexistente, como no fuera en ciertas —y pocas— ciudades.

La conclusión de de Trazegnies en lo político es la siguiente:

> Lo interesante es que la relativa modernización que afecta la sociedad peruana del siglo XIX no debilita el poder de las clases tradicionales ni fortalece una burguesía empresarial, como en los países europeos; en el Perú, la modernización se convierte en un instrumento más de dominación de las clases tradicionales. Lo «moderno» es capitalizado por las clases tradicionales y convertido en una distinción y en una riqueza más que permite a estas clases perpetuarse cambiando aparentemente de piel[59].

No hay un proceso de democratización en la sociedad. Son las clases dominantes las que capitalizan la modernización orientándola según una ideología que mantiene muchos de los rasgos coloniales que, obviamente, eran de dominación política, económica y cultural sobre una apreciable cantidad de la población:

> En el Perú del siglo XIX, estas características de la modernización 'tradicionalista' se advierten a través de la obstinada persistencia de los ideales aristocráticos que toman como punto de partida —aunque remoto— a la clase dirigente colonial. Basadre señala que la nobleza colonial nunca desaparece totalmente; la 'nueva clase social de enriquecidos (con el guano) se enlaza con parte de la antigua nobleza genealógica'. En 1865, Carlos Lissón denunciaba la existencia de una 'nobleza moderna, enteramente igual en hábitos a la antigua' […][60].

---

[58] De Trazegnies (1979: 265-266).

[59] De Trazegnies (1979: 265-268).

[60] De Trazegnies (1979: 270).

Puede verse que se incorporan elementos de modernidad pero el sistema sigue siendo el de antes. Inclusive, si bien los españoles no son más los que gobiernan al Perú republicano, la clase dirigente asume el rol de dominio como si, para adentro, permaneciera una dominación del tipo colonial pero sin metrópoli.

La distancia entre pueblo pobre y pueblo rico se agranda y la diferencia de las personas también. Es imposible hablar aquí de los hombres peruanos como propietarios libres e iguales porque la mayoría no son propietarios y no tienen la libertad ni la igualdad que proponen los liberales clásicos: «Finalmente, la implantación de la 'República aristocrática' a fines de siglo y comienzos del siglo XX, la división tajante entre un pequeño grupo dirigente que tiende a apretarse cada vez más y una masa indígena que cada vez queda más atrás en la Historia, cierran el cuadro 'tradicionalista'»[61].

En conclusión, utilizando su concepto de modernización tradicionalista, dice de Trazegnies:

> Lo fundamental de la modernización 'tradicionalista' estriba en que la sociedad no permanece verdaderamente 'tradicional', es decir, dominada por tradiciones y estructuras pre-capitalistas inalterables; en ningún caso puede pensarse que este tipo histórico de sociedad representa lo estático, lo inamovible porque entonces no estaríamos frente a un proceso de modernización. Lo característico es que el dinamismo indudable que posee la modernización 'tradicionalista' está puesto al servicio de una ingestión de lo nuevo por lo viejo. Hay una interacción de lo nuevo y lo viejo, en vez de un simple permanecer de lo antiguo como en el caso de las sociedades tradicionales. Pero, de otro lado, lo antiguo no resulta sustituido por lo nuevo —como en la modernización capitalista— sino que es lo nuevo que resulta digerido, asimilado y convertido en elemento tradicional. Evidentemente, en este proceso en el que lo antiguo se alimenta constantemente de elementos nuevos, lo tradicional va siendo modificado a su vez; pero sus estructuras esenciales resisten e incluso dirigen los cambios[62].

Esta visión es la de una sociedad que incorpora nuevas ideas, corrientes de pensamiento y tecnologías, pero que en materia de poder sigue siendo la de antes. No es una sociedad estática en el sentido que rechace lo moderno, pero sí es una sociedad estática en el sentido que las estructuras de poder permanecen, que es el proyecto político del grupo dominante —aunque, como dice de Trazegnies, él mismo vaya cambiando de componentes, es decir, de nombres y apellidos—. Que la decisión es mantener la estructura tradicional de poder introduciendo cambios o ideas en la medida que tal estructura no se altere queda claro en este pasaje de de Trazegnies:

---

[61] De Trazegnies (1979: 270).

[62] De Trazegnies (1979: 281).

> Al revisar el rol cumplido por el Derecho a lo largo del proceso de modernización descrito en la Parte Segunda de este trabajo, advertimos que, aun cuando se adopta en términos muy generales una filosofía de tipo liberal, en la práctica el Derecho se encuentra muy distante del ideal liberal. En efecto, lejos de constituir un orden universalizante que pretende asegurar y facilitar los términos de un tejido de intercambios, el Derecho peruano del siglo XIX refuerza los particularismos, consolida situaciones radicalmente diferentes de aquellas que podrían ser los presupuestos liberales de una sociedad de mercado y dificulta la movilidad social. En otras palabras, en vez de establecer el marco o regla de juego dentro del cual actúa la libre iniciativa privada en permanente competencia, el Derecho peruano del período descrito es un instrumento político que se utiliza para evitar que las ideas modernizadoras puedan corroer los fundamentos de la estratificación tradicional.
>
> No cabe la menor duda que el ideal liberal en el que individuos libres e iguales compiten constantemente, no se realiza nunca[63].

Estas afirmaciones de de Trazegnies refuerzan lo que hemos venido sosteniendo hasta este punto como apostillas breves y oportunistas: el contrato que se hizo al inicio de la república no buscó la libertad y la igualdad que proclamó Rousseau ni la propiedad que proclamó Locke. Hay que recordar que el pueblo de Rousseau es de libres e iguales —con propiedad— y el de Locke es de propietarios —propiedad que incluye la vida, la libertad y hacienda—.

El contrato originario que se hace entre nosotros incorpora a todos pero no promueve los valores liberales. Es, sí, un contrato social de seguridad y sin participación ciudadana en amplios tiempos de la República. La democracia duró solo cortos y excepcionales períodos en nuestra historia. Hay razones para decir que en casi todo el siglo XIX y buena parte de la primera mitad del XX, el gobierno se parece más al de Hobbes que al de comisarios de Rousseau.

También es correcto decir que fue el gobierno y no una asamblea de ciudadanos —y ni siquiera de sus representantes— la que estableció las diferencias entre lo correcto y lo incorrecto, entre lo justo y lo injusto. La institucionalidad democrática funcionó poco y limitadamente en buena parte de nuestros casi doscientos años de vida republicana.

Parece pues indudable que el contrato social original se parece mucho más al de Hobbes que al de Locke o Rousseau. También hay pocas razones para decir que varió, cuando menos, hasta entrada la segunda mitad del siglo XX.

Pero hoy son cada vez más las voces ilustradas de nuestra política que reclaman un nuevo contrato social.

---

[63] De Trazegnies (1979: 285).

Es que, probablemente, el país ha transitado desde los requerimientos de Hobbes hacia los requerimientos de Locke o de Rousseau. Son los ya casi treinta años de vida democrática con el corto intervalo de facto de 1992 los que llaman a un contrato más democrático.

Es la urbanización del Perú y la alteración de esa sociedad fuertemente tradicionalista y conservadora, que engulle lo moderno para servir a sus fines de perpetuar las estructuras de poder, la que empieza a requerir, creemos que aún incipientemente, un nuevo contrato social que, de todas formas, tendrá que parecerse más al de Locke o al de Rousseau.

Pero ocurre que los contratos de Rousseau y Locke no son excluyentes entre sí. Son distintos pero confluyen. Y también es verdad que las ideas roussonianas confluyen con el modelo histórico de la república de Roma. En realidad, Rousseau es uno de los últimos romanistas consistentes, antes del advenimiento del estado nación con separación de poderes y sistemas de democracia fuertemente restringida que se desarrollan durante todo el siglo XIX y buena parte del XX en Europa y América.

Aceptar el componente de Locke es volver a pensar en una sociedad peruana en la que todos tengan algo de propiedad entendiendo por ella, nuevamente, tres cosas: su vida, su libertad y su hacienda.

Aceptar el componente de Rousseau es luchar por un contrato social de libres e iguales que también dan cierta importancia a la propiedad de bienes.

Los dos son contratos que significan un salto hacia delante en relación al contrato de tipo hobbesiano que tuvimos —y en cierta forma aún tenemos, aunque ya sufra crisis por el desarrollo paralelo de la sociedad—.

El modelo histórico de la república de Roma puede añadirle la variedad en el pueblo a un país multicultural como el nuestro, dándole al mismo tiempo una vertebración unitaria. Además, el modelo histórico romano permite hacer confluir esa visión con la de la regionalización, pues grandes regiones tuvo aquel imperio republicano —y más tarde monárquico— en la antigüedad.

Una mirada complementaria al sistema de magistraturas romanas, tan apreciadas por el propio Rousseau en su obra *El Contrato Social*, permitiría complementar una visión del *populus* plural con la distribución de poderes en el plano de todo el Estado y de los niveles unitarios y descentralizados.

No pretendemos aquí dar recetas sino mirar bien las cosas. La conclusión es que lo más seguro es que estamos dentro de un modelo hobbessiano que hace crisis y debemos pasar a uno en el que Locke, Rousseau y algo de la idea del *populus* de la república de Roma, puedan ayudarnos a construir un nuevo contrato social, de manera que paradójicamente, mirando para atrás, podamos dar un salto social y político hacia delante. Esta paradoja no fue nada extraña en la historia.

Bibliografía

Alföldy, Géza
2002 *Stria Sociale del'antica Roma*. Bologna: Il Mulino.

Catalano, Pierangelo
1974 *Populus Romanus Quirites*. Torino: G. Giappichelli (editore).

Constant, Benjamín
1970 *Principios de Política.* Madrid: Editorial Aguilar.

De Trazegnies Granda, Fernando
1979 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fustel de Coulanges, Numa Dionisio
1996 *La ciudad antigua*. Madrid: EDAF.

Hobbes, Thomas
1952 *Leviathan*. Nueva York: Encyclopedia Britannica, Inc.

Locke, John
1952 *Concerning Civil Government, second essay*. Nueva York: Encyclopedia Britannica, Inc.

Lobrano, Giovanni
1983 «Il potere dei tribuni della plebe». En Dott A., *Riflessione conclusiva.* Milano: Giufreé.

Portocarrero, Gonzalo
1990 *Violencia estructural en el Perú: sociología*. Lima: Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz.

Rousseau, Juan Jacobo
1966 *El Contrato Social*. Madrid: Taurus Ediciones S.A.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
junio 2009 Lima – Perú