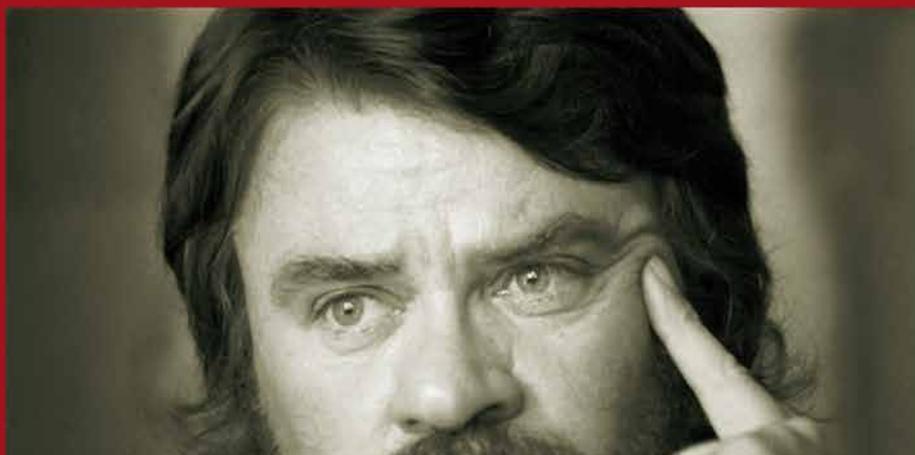


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO I



Capítulo 9

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

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

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 Villey² 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 Willey 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 Modern 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 Perú³ 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 inclusión⁴. 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 de 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 Gentes⁶. 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 abundancia⁷. 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 raramente⁸. 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 legalista⁹.

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 doctrina¹⁰. 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 profesional¹¹. 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 importante¹².

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 ellos¹³. 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 abogados¹⁴. 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 Estado¹⁵.

La relación de los abogados con el estado no ha dejado de plantear disonancias cognitivas. Falcão observó que los abogados brasileños 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 diferente¹⁶.

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*. Brasília: 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.