

HISTORIA DEL DERECHO

Un fresco histórico que ilumina el pasado

Por Domingo Varas Loli¹

La historia del Derecho es una disciplina que se remonta a muchos siglos de antigüedad, pero que ha adquirido su estatuto científico, desde el punto de vista epistémico y metodológico, a partir del siglo XX cuando se produjo la denominada revolución historiográfica.

Hasta entonces la historia del Derecho se debatía en una serie de dilemas y estaba arrinconada en una verdadera encrucijada, que no le permitía desarrollar sus enormes potencialidades como una ciencia de síntesis de múltiples saberes.

Dos constructos teóricos, dos ciencias igualmente totalizadoras se disputaban la hegemonía. La historia y el derecho, ambas con un ingente objeto de estudio cuyos linderos eran difíciles de dilucidar y con métodos de estudio que se podían utilizar indiscriminadamente. Hasta que los avances del conocimiento y la superación de caducos paradigmas permitieron que tanto la historia como el Derecho aceptaran que forman parte de las ciencias sociales y que entre ellos se puede producir un diálogo inter y transdisciplinar.

Así lo entendieron conspicuos juristas que han marcado con el sello indeleble de su potente racionalidad argumentativa la historia del Derecho, convirtiéndose en una suerte de hito y parteaguas. Este es el caso de Hans Kelsen, iusfilósofo austriaco, quien en 1917 dio a conocer al mundo su *Teoría pura del Derecho*, cuya propuesta teórica fue considerada, en el mundo del Derecho, como el equivalente a las revolucionarias teorías de Einstein en el campo de la física.

Y en este arduo esfuerzo de dotar al Derecho de un corpus teórico soberano y de una autonomía capaz de competir con las ciencias experimentales, Kelsen se había inspirado en la ciencia histórica, al punto que su tesis para el doctorado había versado sobre las ideas jurídico- políticas del autor de la Divina comedia, Dante Alighieri. Cito el caso de Kelsen por considerarlo el más emblemático, pero podría mencionar otros igual de paradigmáticos como el del jurista italiano Norberto Bobbio y su estudio histórico de las formas de gobierno y de la historia del pensamiento político.

De esta manera la ciencia jurídica comenzó a despercudirse de una visión positivista, que llevada a un extremo reduccionista privilegiaba la dogmática jurídica como forma autorreferencial de concebirse, lo que la había llevado a ser una suerte de ciencia endogámica. La historiografía jurídica, especialmente la germánica, cuyo representante más destacado es Helmut Coing, puso en cuestión esta visión del Derecho, al concebirlo como un epifenómeno social que da cuenta de la complejidad de relaciones societales desde las materiales hasta las espirituales, trasuntando la cosmovisión de una civilización y de una cultura.

Por eso se llegó a concebir la Historia del Derecho como un proyecto en construcción, una disciplina abierta a los aportes teóricos y metodológicos provenientes de otras ramas del conocimiento. De ahí que la Historia del Derecho amplió su campo y métodos de estudio. Actualmente los teóricos de esta disciplina clasifican en tres sus niveles del objeto de estudio. La historia interna, que consiste en el estudio de los fenómenos jurídicos desde el punto de vista de la dogmática jurídica; la historia externa que abre el lente de su enfoque para comprender el contexto social en el estudio del Derecho y la historia social que se nutre de la revolución historiográfica producida en el siglo XX y actualmente en curso.

Esta revolución historiográfica ha dado origen al surgimiento de unas escuelas historiográficas como la escuela de los "Annales" de Fernand Braudel o de la Escuela de historia social británica, que han enriquecido el estudio de la historia con métodos y enfoques que han permitido ampliar el conocimiento del pasado.

1. Docente de la Universidad Privada Antenor Orrego.

¿Por qué nos hemos detenido en hacer un sumario diagnóstico situacional de la historia y de su aplicación al estudio y comprensión del Derecho? Para situar en contexto el libro *Historia del Derecho* del Dr. Víctor Hugo Chanduví, que no es un tratado teórico sino un manual que hace un repaso de la historia del Derecho.

El autor de este libro, consciente o no, está influenciado por estos significativos avances de la historiografía contemporánea.

Víctor Hugo Chanduví no se queda en la historia interna del Derecho sino que intenta comprender los avatares de las ideas, principios, instituciones y conceptos jurídicos ubicándolos en su contexto social para conseguir una comprensión más cabal de su objeto de estudio.

El libro que hoy presentamos es amplio y panorámico, cubre una línea de tiempo que va desde el desarrollo del Derecho en las civilizaciones más antiguas del mundo hasta los problemas jurídicos nacionales de la actualidad.

Por eso estudia no solo los principales hitos de la Historia del Derecho clásico como el Código de Hammurabi, la Ley de las Doce Tablas, el Código de Justiniano, sino, además, la descripción del derecho durante el imperio incaico y el nivel de desarrollo que alcanzó, principalmente en el Derecho Penal que llegó al nivel de derecho avanzado con la existencia de un poder superior que administraba justicia penal y la consideración de las circunstancias personales para agravar o disminuir la pena.

Este periodo de nuestra historia jurídica no fue homogéneo, pues en él coexistían las primeras manifestaciones de un derecho penal avanzado con rezagos de primitivismo como los castigos colectivos o la pena del “cadáver viviente”, por la cual no solo se castigaba al individuo en vida sino que la sanción se extendía a su cadáver incinerándolo, a su memoria e incluso a la familia del ajusticiado.

Durante el incario asimismo existía el robo por necesidad que estaba exento de pena, aunque si el agente de este delito reincidía se le aplicaba la pena capital. El robo por necesidad figura en el código penal ruso actual y también fue aplicado en los primitivos pueblos germánicos.

Al tratar sobre el derecho durante el imperio incaico el autor hace unas necesarias y enjundiosas disquisiciones sobre las fuentes históricas a las que el historiador debe recurrir para echar luces sobre este periodo histórico y revela que ha consultado diversidad de ellas con prudencia y sagacidad, lo que le ha permitido hacer un cuadro de época verosímil y objetivo.

El capítulo V de este libro versa sobre el Derecho indiano y pone énfasis en la discusión jurídica más importante que por entonces se llevó a cabo en el mundo occidental en torno a la humanidad de los nativos andinos y el justo título de España sobre los territorios del nuevo mundo.

En este debate se enfrascaron teólogos, moralistas y juristas. Francisco de Vitoria y Fray Bartolomé de las Casas defendían el derecho natural de los aborígenes peruanos a sus posesiones, así como a una colonización pacífica y a la evangelización como fin supremo de la conquista española.

Víctor Hugo Chanduví sostiene que no se puede comprender ni amar el Derecho peruano sin estudiar el nacimiento del Derecho Indiano y su posterior evolución en Derecho patrio. Y por eso dedica varias páginas de su libro a dar cuenta de los arduos esfuerzos de juristas y de la propia administración colonial por lograr una codificación de las leyes, disposiciones, ordenanzas, reales cédulas. El punto culminante de este monumental esfuerzo lo constituyó la Recopilación de Indias de 1680, obra del licenciado Fernando Paniagua y que fue promulgada por Carlos III.

Otro capítulo de importancia que el Derecho hispánico protagonizó en el contexto de la historia del Derecho universal fue el de las Cortes de Cádiz. En el capítulo sexto de libro de Víctor Hugo Chanduví hace un repaso y valoración crítica de este acontecimiento histórico: la convocatoria una asamblea con poderes constituyentes integrada por representantes españoles y americanos, cuyos debates marcaron con impronta indeleble el constitucionalismo, corriente jurídica, social y política gestada en Inglaterra y que alcanzó carta de ciudadanía marcando el fin del Antiguo Régimen y el comienzo de la modernidad con la revolución americana y la revolución francesa.

Con acierto el autor de este libro parte de la premisa que no se puede realizar un estudio sobre la historia del constitucionalismo prescindiendo del estudio de la Constitución de Cádiz de 1812, que consagró conceptos y principios que fueron la piedra angular del nuevo orden político social que se

instauró en el mundo y cuyas secuelas tienen vigencia en la actualidad.

Entre estos conceptos y principios el de la soberanía popular, la división de poderes y el sufragio, así como la igualdad entre americanos y peninsulares y la libertad de pensamiento y de libre expresión.

Aunque de relativa y efímera vigencia, la Constitución de Cádiz tuvo un carácter paradójico porque junto a una visión progresista y de avanzada, fue moderada en los aspectos religiosos y sociales. Como bien lo explica Chanduví fue una carta magna de transacción que marcó un importante avance sobre la monarquía absoluta.

Cabe destacar asimismo el papel cumplido por los diputados peruanos que brillaron con luz propia, tales como Vicente Morales Duárez, “el magnífico”, el trujillano Blas de Ostolaza, entre otros.

Todas estas conclusiones caen por su propio peso cuando se leen los párrafos dedicados a describir el telón de fondo histórico, desde las bulas pontificiales de Alejandro VI, las luchas dinásticas entre los Austria y los borbones, así como una sumaria pero oportuna síntesis del liberalismo europeo y la revolución francesa, marco histórico referencial para comprender a cabalidad los avatares de la historia.

El capítulo VII – denominado *El constitucionalismo en el Perú del siglo XIX*- es uno de los que más luces arroja sobre las vicisitudes de nuestra historia republicana, porque da cuenta de las marchas y contramarchas, de la inestabilidad, de las ironías y paradojas de la historia y del tránsito en la búsqueda de paradigmas de organización socio-política del modelo francés al norteamericano.

En las once constituciones que han regido al Perú hemos ensayado diversos prototipos constitucionales: del poder irrestricto, incluso vitalicio, al limitado; de la unicameralidad a la tricameralidad de la constitución de 1826 que además de los senadores y representantes instituía la cámara de los censores; de la reelección a su prohibición absoluta; del poder judicial con participación de jurados y jueces inamovibles y vitalicios a los jueces sometidos a evaluación y con una administración de justicia mediante órganos jurisdiccionales dotados de autonomía, del parlamentarismo al presidencialismo, de la elección indirecta a la directa, del centralismo a modelos cuasifederalistas, del cheque en blanco a los parlamentarios a la renovación por mitades o tercios; del conservadurismo al liberalismo.

En esta vertiginosa búsqueda transcurrió nuestra vida republicana durante el siglo XIX. Así de enigmática es la historia. Y de esa turbamulta jurídica, en medio de un iluso remanso de estabilidad creado por la Constitución de 1860- la de mayor vigencia en la historia republicana- saltamos al siglo XX, que es abordo por el octavo y último capítulo del libro de Víctor Hugo Chanduví. Durante este periodo tres son los momentos cruciales jalados por los textos constitucionales de 1933, 1979 y 1993.

Y en cada uno de ellos se trata de buscar salidas a diversas encrucijadas políticas: en el primer caso al oncenio leguista, en el segundo a los gobiernos militares de Velasco Alvarado y Francisco Morales Bermúdez y en el último para darle cobertura constitucional a la dictadura fujimorista.

Al igual que en el resto del libro, Chanduví hace de la historia del Derecho peruano un gran fresco en el que contextualiza a las instituciones jurídicas en medio de los acontecimientos políticos y sociales permitiéndonos intentar comprender racionalmente el aparente laberinto de nuestro sistema legal.

Muchos de los temas que aborda son de palpitante actualidad como la disyuntiva entre el bicameralismo y el unicameralismo que marca el debate político actual, así como la reforma constitucional y electoral cuyos debates están en compás de espera para lograr el diseño de un sistema constitucional y legal que calce con la realidad social, política y económica de nuestro país.

No hay duda que este libro constituye un valioso aporte a la Historia del Derecho, campo en el que a los libros de Jorge Basadre Ayulo y el de Antonio Silva Vallejo ahora se suma este volumen de Víctor Hugo Chanduví Cornejo.

Se trata, por lo demás, de un bella y pulcra edición que estuvo a cargo del Fondo Editorial de la UPAO y que deberá ser, por lo tanto, una obra de consulta valiosa que contribuirá a formar no solo operadores del Derecho sino verdaderos juristas con una visión amplia y un bagaje cultural que haga que esta profesión recobre su lustre y valía intelectual y humanística.