

Jorge Basadre

VISIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO

Jorge Santistevan de Noriega

Conocí al maestro Basadre en los años setenta. Mi admiración por su obra surgió en los Estados Unidos. Mientras fui estudiante en Nueva York, escribí un trabajo de derecho comparado analizando la doctrina del dominio eminente (eminent domain) del derecho anglo sajón contrastada con el concepto de interés público utilizado en América Latina para justificar la expropiación de bienes por parte del Estado.

Me concentré en el análisis del litigio de la Brea y Pariñas, que culminó con la expropiación de la International Petroleum Company en 1968 por parte del gobierno de Velasco. La *Historia de la República*, y en verdad toda la obra basadrina de aquel tiempo, se encontraba en las

estas instituciones, cómo y por qué se aplicaron o no en la realidad, tomando en consideración sobre todo que en el Perú nunca cristalizó, como en el resto de América Latina, la idea de un Código del Trabajo.

Encontré, pues, en Basadre fuente de inspiración y guía para el derecho en nuestra historia, con sus

tiempos del desmoronamiento del gobierno de Velasco, que terminó anunciando el desbarrancamiento, a su vez, del gobierno militar de Morales Bermúdez para dejar paso a la primera de la sucesión de transiciones que comenzamos a vivir hace dos décadas.

Me fui después por

de la vigencia del derecho indiano, es un derecho colonial. Tal punto de vista sumario y despectivo puede esgrimir; por cierto, un número considerable de ejemplos a su favor.”²

Sin embargo, más adelante el autor se pronuncia sobre la materia diciendo:

“Ciertamente es que el derecho, que, de un lado, se nacionaliza al concretarse (en el caso de nuestro país) a lo peruano, perdiendo el carácter “indiano”, de otro lado se extranjeriza mediante un proceso gradualmente más complejo de recepción que lo convierte, al parecer, en un mosaico de importaciones. Pero junto con dichas importaciones, al lado de elementos modernos o nuevos, suele también alentar, a veces, la influencia de elementos formativos ya operantes y también un impulso creador”³.

En su obra nuestro primer historiador ilustra el aporte peruano de ciertas instituciones como las comunidades indígenas, el matrimonio a prueba (servinakuy del mundo andino) o algunas instituciones del Código de Minería, de los contratos de tierras o del derecho de aguas. En nuestras tertulias se mencionaban como ejemplos de aquella época: la tesis peruana de las 200 millas, que en aquel tiempo se admitía como “mar territorial”. Creíamos, además, que en esta línea de “creación heroica” se inscribirían las empresas asociativas que puso en práctica la reforma agraria, las comunidades laborales y las formas de participación de los trabajadores en la empresa. Pero en verdad poco o nada de eso queda, como no sean las acciones laborales en la Bolsa de Valores, que constituyen un híbrido difícil de explicar jurídicamente. Estas no tienen hoy nada de laborales y muy poco de acciones aún cuando constituyen el título de inversión mayormente transado en la plaza local. El mismo caso podría referirse con la comunidad indígena, hoy jurídicamente desdibujada por el intento de proletarización que significó su

transformación en comunidad campesina y la creación *ad hoc* de la comunidad nativa para las etnias amazónicas.

¿Dónde en medio de este mosaico de recepciones al que se refiere Basadre puede ubicarse hoy la contribución nacional? ¿Cómo encontrar la influencia de los elementos formativos al impulso creador que el autor nos propone? ¿Cómo hacerlo, por ejemplo, en materia de derechos humanos si el mundo ha internacionalizado el contenido esencial de tales derechos y ha creado, además, sistemas regionales y universales de vigilancia y protección, con órganos jurisdiccionales que le dicen a las autoridades del país —como lo han dicho— que hay que modificar leyes, repetir juicios y desconocer sentencias? Y ello, en mayor o menor medida, se va dando en otros ámbitos de preocupación y regulación internacional. Los derechos de niños y adolescentes y el avance del enfoque de género singular a favor de los derechos de la mujer se sustentan en movimientos y convenciones internacionales. En otro extremo, el intercambio comercial y la libre competencia no escapan a esta tendencia a través de las facultades de la Organización Mundial de Comercio (OCM), que puede exigir cambios legislativos, o modificaciones en decisiones de la administración o de los tribunales nacionales, además de imponer desde fuera sanciones administrativas y exigir compensaciones al Estado. ¿Dónde queda en todo ello la contribución del derecho nacional si la internacionalización de las instituciones y de las decisiones administrativas y judiciales parece irreversible?

La importación de regímenes, o mejor, la recepción de instituciones jurídi-

“En su obra nuestro primer historiador ilustra el aporte peruano de ciertas instituciones como las comunidades indígenas, el matrimonio a prueba (servinakuy del mundo andino) o algunas instituciones del Código de Minería, de los contratos de tierras o del derecho de aguas”.

bibliotecas del New York University.

Fui después a la Universidad de Wisconsin. Tuve el encargo de preparar el curso de Derecho Laboral, con miras a convertirme en profesor de la Católica. Orienté mi trabajo desde una perspectiva historista y sociológica que calzaba muy bien con las enseñanzas de Basadre. Se trataba de enseñar, no solamente de transmitir conocimientos sobre el derecho al trabajo y la forma de aplicarlo a casos concretos (la relación laboral, el contrato de trabajo, los beneficios sociales, el sindicato o la negociación colectiva). Aspiraba a que, además de ello, el curso plantease el cómo y por qué del surgimiento de

propias miserias y limitaciones. Culmen (si lo hubo) de estas aventuras intelectuales desarrolladas durante mi regreso al Perú, fue el trabajo sobre el derecho a huelga, que se publicó en 1978. Tuve el atrevimiento de dedicárselo al maestro de siempre; pero fui un tanto más lejos, mencionando una breve amistad¹. Efectivamente, esta se desarrolló a partir de tertulias —de generoso tratamiento gastronómico— en las que participaron Luis Pásara Pazos y Marcial Rubio Correa, con quienes compartimos una visión crítica del derecho, así como Alfredo Barnechea, Guido Lombardi y Antonio Cisneros, todos ellos agudos analistas de la realidad. Era ya 1974, los

buen tiempo al extranjero, y estuve ausente cuando falleció don Jorge. El apego, sin embargo, de lo que nos legó para la historia del derecho se renueva en este año de homenaje. Ante la comprobable internacionalización y globalización de los regímenes jurídicos creo que resulta ilustrativo revisar la obra del maestro.

Tratando el tema del contenido nacional del derecho Basadre anota:

“Se ha sostenido muchas veces y por personas eminentes, que el derecho nacional hispanoamericano no consiste sino exclusivamente en una serie sucesiva o simultánea de transcripciones o imitaciones foráneas, es decir, que, a su modo, y aun después

¹ Santistevan, Jorge y Ángel, Delgado. *La huelga en el Perú: Historia y derecho*. CEDYS, Lima, 1980.

² Basadre, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1986. p.384.

³ *Ibidem*

cas que vienen de fuera es, en realidad, la norma. En materia constitucional hemos tratado de adoptar todo lo nuevo que se inventó en Europa después de la Segunda Guerra Mundial y que la Constitución Española de 1978 legó al continente americano como muestra de democracia y limitación al poder: primacía de la dignidad de la persona, preeminencia de los derechos humanos y su protección, eficacia jurídica de contrapesos acrecentando las facultades del Parlamento y adoptando instituciones como el Tribunal Constitucional, Consejo y Academia de la Magistratura, Defensoría del Pueblo y un importante abanico de procesos constitucionales que abarcan desde el amparo –de genuina creación latinoamericana de origen mexicano– el habeas corpus, habeas data y la demanda de inconstitucionalidad de las leyes. En términos de Derecho Penal⁴ hemos modernizado en 1991 nuestro Código sustantivo haciéndolo en la parte general más parecido a otros que se han promulgado en España y América Latina, Colombia en particular. Y si tomamos el caso del Código Procesal Penal, cuya promulgación está todavía pendiente, éste sigue la corriente garantista europea, pasando del principio inquisitivo al acusatorio, de clara raigambre germánica. A esta orientación Latinoamérica viene adhiriendo en su codificación penal adjetiva vigente en Venezuela, Ecuador, Chile y proyectada en otros países como el nuestro. Otras ramas del derecho tampoco escapan a la influencia globalizadora. El régimen de quiebras ha sido sustituido por versiones que regulan la reestructuración empresarial y el derecho concursal, que constituyen versiones o variaciones sobre el mismo tema de la legislación norteamericana conocida como Chapter XI.

Curiosamente, no todo lo que viene de fuera o por impulso internacional desnacionaliza necesariamente. Doy fe, por ejemplo, de la

manera como hemos adaptado al Perú –y en verdad a las necesidades de América Latina– a la institución del Defensor del Pueblo, perfilando en estas tierras una recreación muy interesante y en extremos distante del modelo original. No da el mismo resultado la puesta en práctica de esta institución en el continente europeo, que el desarrollo que hemos practicado en el Perú

lombia, Costa Rica, Bolivia y Perú⁵. Y más amplio aún puede ser el campo del aporte en la recepción, adaptación y aplicación de instituciones y regímenes jurídicos a favor de los pueblos indígenas, la aplicación de justicia en base al derecho consuetudinario (que concibe el artículo 149° de la Constitución), la consulta a las comunidades y temas relacionados que están pre-

comunicación al instante y el desarrollo de operaciones virtuales en tiempo real–revisitar la obra de Jorge Basadre nos permite seguir preguntándonos ¿dónde encontramos el aporte nacional?, ¿cómo evitamos tener siempre el complejo de un derecho colonial envuelto tal vez hoy en el velo de un derecho cada vez más internacional? Concluyo con la esperanza de que la contri-

doctor Basadre convendría conmigo en que al hablar de derecho tenemos la tendencia a identificarlo con la legislación y los códigos. Cuando es igualmente importante –y tal vez más– la aplicación de la ley a través de la jurisprudencia e inclusive las decisiones regulatorias o decisorias de la administración. Particularmente si tomamos en cuenta el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario⁶ y la tarea singular, cercana al ciudadano de un personaje tantas veces olvidado: el juez de paz, probablemente quien tenga mayor espacio de interpretación y creación pretoriana del derecho en el mundo ancho y ajeno en el que se puede sentir que desenvuelve su labor⁷. Y es aquí, en esto último, en lo que deciden los jueces y en lo que la administración pone en práctica, donde podremos encontrar un espacio inexplorado de aporte nacional al mosaico cada vez más universalizado que Basadre pudo en su tiempo vislumbrar. Será a nuestro juicio, tarea de los jueces y administradores, así como de juristas e historiadores demostrar que en el siglo XXI el impulso internacional del derecho y su aplicación se distancia, a contracorriente, de la herencia colonial que recibió en los siglos XIX y XX. Comprobar en esencia que la mayor internacionalización no nos conduce necesariamente, en el derecho, a una mejor colonización. ■

“Curiosamente, no todo lo que viene de fuera o por impulso internacional desnacionaliza necesariamente. Doy fe, por ejemplo, de la manera como hemos adaptado al Perú –y en verdad a las necesidades de América Latina– a la institución del Defensor del Pueblo”.

y en naciones similares en un contexto autoritario o de transición. Se espantarían en la Península Ibérica o en el continente europeo de ver al Ombudsman interviniendo a favor del derecho al sufragio o mediando en situaciones de guerra interna, así como en grandes controversias sociales y políticas como ha ocurrido en Co-

lombia, Costa Rica, Bolivia y Perú⁵. Y más amplio aún puede ser el campo del aporte en la recepción, adaptación y aplicación de instituciones y regímenes jurídicos a favor de los pueblos indígenas, la aplicación de justicia en base al derecho consuetudinario (que concibe el artículo 149° de la Constitución), la consulta a las comunidades y temas relacionados que están pre-

vistas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), especialmente comprensivo en esta materia y de plena vigencia, aunque incipiente desarrollo, en el Perú. De esta elemental constatación de las fuerzas globalizantes y la internacionalización del derecho –ambas propulsadas por la

bución nuestra esté más orientada al campo de la adopción (se le viene conociendo como “receptación”), adaptación, puesta en práctica y decisión de controversias, que al de la concepción y diseño de nuevas instituciones y regímenes jurídicos, en los que me temo hay muy poco que inventar.

Pero estoy seguro que el



⁴ Véase Hurtado Pozo, José. La ley “importada”: recepción del Derecho Penal en el Perú. CEDYS, 1979.

⁵ Santistevan de Noriega, Jorge. “El Defensor del Pueblo en Iberoamérica”. En: Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. (en prensa en Madrid), libro conmemorativo del vigésimo aniversario de su promulgación.

⁶ Véase Peña Jumpa, Antonio. Poder judicial aymara en el sur andino. Tesis PUCP. Escuela de Graduados, Lima.

⁷ Véase Comisión Andina de Juristas. Gente que hace justicia: la Justicia de Paz. CAJ, Lima, 1999; y La Justicia de Paz en debate. Instituto de Defensa Legal, 1999.