

LA TRANSFERENCIA DE FILOSOFIAS JURIDICAS:
LA IDEA DE DERECHO EN EL PERU
REPUBLICANO DEL S. XIX. (*)

Fernando de Trazegnies G.

I. PROPOSITOS DEL TRABAJO.

El presente trabajo preliminar pretende explorar los caminos por los cuales es posible aproximarse a un tema que constituye el núcleo de preocupaciones aparentemente diversas pero que pueden ser organizadas desde una perspectiva común: la transferencia de sistemas jurídicos, es decir, el trasplante de una concepción del Derecho (e incluso, muchas veces, de un cuerpo particular de leyes) a una realidad social diferente de aquella que le dió origen. Por "sistema" queremos entender no solamente un orden positivo determinado sino más ampliamente el conjunto de elementos diversos —entre los que puede encontrarse el orden positivo, pero también las convicciones, las prácticas sociales, etc. —que se relacionan con lo jurídico y que de alguna manera contribuyen a la formación de un cierto concepto del Derecho, de la percepción de su funcionamiento en una sociedad determinada y del rol que se piensa que debe tener en tal sociedad en términos de realización de ciertos fines o valores.

En otras palabras, la interrogación central se refiere a las condiciones en que se produce la importación de un sistema jurídico y a las transformaciones a que da lugar tal importación. En principio, todo proceso de transferencia de sistemas jurídicos presenta dos protagonistas manifiestos y un sinnúmero de protagonistas latentes. Los protagonistas manifiestos son el sistema jurídico que se importa y el sistema jurídico —o cuando menos el orden social normativo, si no se quiere extender excesivamente la categoría de lo jurídico— que recibe el sistema importado. Los protagonistas latentes desde el punto de mira del Derecho —pero no menos activos— son los grupos sociales, los intereses económicos, los valores culturales, las dinámicas políticas, etc., que intervienen

* Este trabajo constituye en cierta forma un resumen y en cierta forma también una prolongación del libro del mismo autor titulado "La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX" (Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1980). Ha sido presentado bajo el título "La transferencia de sistemas jurídicos: afecciones del Derecho importado" a la Conferencia sobre transferencia de conocimientos jurídicos organizada por la UNESCO en Caracas en Junio de 1979.

en el proceso de transferencia. Sin embargo, tanto los protagonistas manifiestos como los latentes forman parte de una misma *praxis* social, es decir, tienen un desarrollo interrelacionado y, por tanto, aun cuando en algunas ocasiones revelen una cierta independencia unos de otros, tarde o temprano se integran activa y pasivamente dentro del movimiento social general.

Ahora bien, estos protagonistas hacen su aparición en la escena social con un cierto nombre y con un cierto rol que les ha sido asignado por su medio de origen, ya sea éste el “exportador” o el “importador”. Pero dentro del drama social, los personajes no se limitan a repetir mecánicamente el libreto sino que, por el contrario, presentan serias desviaciones respecto de aquello que hubiera sido considerado su “naturaleza” propia.

Aun mas; en los casos de transferencia de sistema jurídicos nos encontramos frente a un conflicto de personajes y roles que no deja indemnes a ninguno de ellos: todos los protagonistas, manifiestos y latentes, se reestructuran ante la llegada del intruso y tanto el Derecho “importado” como el Derecho receptor resultan afectados.

Es ésta la problemática que este ensayo quiere desbrozar. El propósito es aún bastante modesto: se trata simplemente de arrancar un poco de maleza a fin de observar si es posible llegar al centro del bosque. Por eso, me limitaré a intentar establecer las grandes líneas en base a las cuales una investigación de este tipo puede ser emprendida.

No me ha parecido conveniente abordar el tema desde un punto de vista meramente hipotético, tomando como partida una determinada teoría social y deduciendo desde ella las posibles consecuencias con relación a la transferencia de sistemas jurídicos. He creído más estimulante y más enriquecedor discutir el tema a partir de un caso concreto para intentar, desde lo particular, arribar a ciertas generalizaciones tentativas. No cabe duda que la inducción no se encuentra nunca libre de teoría; por el contrario, la teoría delimita el campo de la experiencia y lo presenta a la consciencia: no hay hechos puros. Pero la filosofía y la ciencia son siempre formas de elucidación de la experiencia, su objeto es también la experiencia misma. En consecuencia, a fin de evitar perder de vista el objeto a través de una discusión descarnada entre teorías, he preferido plantearme el problema desde un ejemplo real a título de disciplina de realidad.

Obviamente, el ejemplo más manejable es el que se tiene más cerca y sobre el cual se dispone de mayor información. En ese sentido, quiero proponer el caso peruano como base para el estudio del tema indicado. El Perú ofrece una rica experiencia porque ha sido escenario de transferencias de sistemas jurídicos hasta en dos ocasiones. La primera de ellas se produce con la Conquista española en el S. XVI; la segunda, con la importación del Derecho liberal, “moderno”, en el S. XIX. Estos dos momentos son fundamentalmente diferentes. En primer lugar,

debe tenerse en cuenta que los contextos internacionales son muy distintos en uno y otro caso: el mundo del S. XVI, bajo el predominio político de España, condiciona de manera diferente las particularidades nacionales que el mundo del S. XIX bajo la influencia económica de Inglaterra. En segundo lugar, la importación del Derecho español se produce cuando en el Perú existe un Derecho —utilizando extensivamente el término— que corresponde a una cultura absolutamente diferente de la occidental, que responde a valores y a formas de organización social radicalmente ajenas. En cambio, la importación del Derecho “moderno” encuentra en el medio receptor una base importante de Derecho ya europeo que, en sus líneas generales, responde a la misma tradición que la del Derecho importado. En tercer lugar, aun cuando el Derecho español es ya Derecho europeo, resulta significativo que el sistema “importado” en el S. XVI sea todavía pre-liberal, con un importante fondo comunitario. Mientras tanto, el Derecho que importa el Siglo XIX es de carácter liberal y conlleva una marcada carga individualista. Finalmente, debe también tenerse en cuenta que el Derecho español del S. XVI se impone por la fuerza como resultado de una conquista y establece el centro de gravedad jurídico en un país extranjero. En cambio, el Derecho liberal del S. XIX es voluntariamente importado por un país independiente y persigue, cuando menos desde una cierta perspectiva, consolidar tal independencia política y lograr el desarrollo nacional por la vía capitalista.

Todo proceso de transferencia de sistemas jurídicos puede ser estudiado en función de los cambios que produce en el sistema receptor; pero también resulta importante analizar la forma como la transferencia afecta al propio Derecho “importado”. Este trabajo comprende por el momento únicamente esta segunda consecuencia del proceso, debiendo realizarse el estudio de la primera de las consecuencias nombradas en un próximo trabajo, a fin de completar el cuadro de acciones e interacciones derivadas de la transferencia jurídica. Las razones para comenzar en primer lugar con la segunda de tales consecuencias son básicamente dos: de un lado, el Derecho “importado” se va a convertir en el Derecho oficial y queda a su cargo la regulación de los aspectos sociales más dinámicos, mientras que el Derecho receptor es rezagado hacia el control social de situaciones locales; en segundo lugar, ese carácter semi-clandestino del Derecho receptor que adquiere después de la importación del nuevo sistema jurídico, hace que sea muy difícil la obtención y el manejo de fuentes de información sobre el mismo.

Razones similares me llevan a descartar inicialmente el estudio incluso del Derecho “importado” en el caso de la primera de las dos transferencias a que me he referido, la que se produce con la Conquista española. No cabe duda que un estudio de tal naturaleza sería de enorme utilidad para el fin más general que nos hemos propuesto investigar. Pero la complejidad de la tarea obliga a proponerlo para una etapa más avanzada de la investigación.

Una muestra interesante de las posibilidades de un análisis de los cambios del Derecho español al ser aplicado en la realidad del Perú colonial, la ofrece el caso del uso de los rastrojos. En el antiguo Derecho foral español existía el derecho de cualquier persona a ingresar con su ganado en los campos de un propietario, con el objeto de aprovechar los rastrojos que quedaban luego de retirada la cosecha. Este derecho correspondía a una concepción comunitaria de los bienes según la cual nadie podía pretender exclusividad sobre aquello que le era inservible; por consiguiente, si alguien podía alimentar su ganado con los rastrojos, la comunidad recuperaba los derechos comunes sobre estos bienes inútiles para el propietario de la tierra. Por otra parte, el derecho a los rastrojos era la traducción de este principio comunitario dentro de una realidad social que lo hacía viable. Fundamentalmente su aplicación en España se producía en donde los "ricos homes" eran los agricultores, de manera que el derecho a los rastrojos beneficiaba a los campesinos pobres que disponían de algunos animales pero carecían de tierra suficiente para alimentarlos. En cambio, cuando esta misma regla legal se aplica en las tierras recientemente conquistadas del Perú, la situación social era radicalmente diferente. El ganado estaba casi exclusivamente en manos de los españoles, dado que se trataba de un bien ajeno a la economía indígena; mientras tanto, las tierras eran de propiedad de indios, respecto de los cuales la Corona insistía en proteger sus derechos. Es así como el derecho a los rastrojos resulta entonces invocado por los españoles conquistadores, para la alimentación de sus propios ganados en las tierras de indios. Evidentemente, el mayor poder social que acompaña esta vez al usuario del derecho lleva a que éste sea ejercido en forma prepotente y sin respetar el retiro de las cosechas; de esta manera, el viejo derecho de base comunitaria, concebido para servir a los campesinos humildes, se convierte en un instrumento de expropiación en manos de los poderosos. De otro lado, cuando los indios abandonan sus tierras en razón de la inseguridad de sus cosechas y del hostigamiento español, para buscar la tranquilidad en las alturas donde las tierras son más pobres pero menos codiciadas, otro viejo derecho foral, igualmente de raíces comunitarias, es utilizado para culminar el proceso expropiatorio; a tierras baldías y las tierras vacantes no deben permanecer ociosas y, consecuentemente, pueden ser utilizadas por los demás miembros del grupo social; de donde se sigue que el ganadero español tiene a partir de ese momento el derecho de introducir su ganado en tales tierras durante todo el año.

La riqueza de esta problemática es evidente. Los notorios cambios en los resultados sociales de leyes que permanecen formalmente inalteradas con la transferencia, tienen mucho que enseñarnos sobre lo que sucede cuando se trasplanta un orden jurídico a un medio en el que los valores culturales se han

modificado y donde no imperan las mismas condiciones sociológicas que hacían relativamente viable la implementación jurídica de los antiguos valores. Sin embargo, por las razones antes expuestas, nos limitaremos inicialmente al estudio de la forma cómo el Derecho liberal, que se importa durante el S. XIX, resulta afectado por el nuevo contexto social dentro del cual se le hace funcionar.

II. LA RECEPCION DEL DERECHO "MODERNO" EN EL PERU REPUBLICANO DEL S. XIX.

1. Dificultades metodológicas.

Una vez precisado el tema, las dificultades metodológicas aparecieron desde el inicio. El propósito del estudio era determinar los cambios en la idea liberal o "moderna" (en sentido anglo-sajón) del Derecho que se derivan de su inserción dentro de una totalidad social diferente de aquella que le dió origen. Pero ello obligaba a establecer dos objetivos complejos: (a) determinar las características de una primera totalización de "lo jurídico" en el Perú del S. XIX, que nos permitiera comprender su sentido general; pero (b) tal totalización no podía ser obtenida independientemente sino como parte de una totalización mayor que incluyera los elementos más significativos de la *praxis* social. La adopción de esta perspectiva los enfrentaba con elementos heterogéneos de difícil manejo. De un lado nos encontrábamos con filosofías del Derecho, teorías jurídicas, disposiciones legales, ejecutorias, prácticas-normativas, etc. De otro lado, todo aquello no adquiría su sentido final sino al entrelazarse con estructuras económicas, con formas políticas, con dramas sociales.

¿Como encontrar un hilo conductor, un método a través de este mosaico de elementos, que nos permita recoger una idea general del Derecho y dar cuenta de las vicisitudes de su implantación en un medio diferente?

El marco estrecho del Derecho positivo y de sus métodos no era suficiente para tratar este tipo de interrogación. El Derecho es fundamentalmente un procedimiento de organización social, es una forma mediante la cual la sociedad impone a sus miembros cierto tipo de conductas sociales: respetar ciertos valores, impedir ciertos actos que se consideran nocivos, etc. Por consiguiente, la problemática del Derecho nace como una necesidad social y, luego del procesamiento que le otorga la técnica jurídica, se resuelve como una acción, una prohibición o un permiso social. Dentro de este orden de ideas, pretender captar lo que es el Derecho analizando solamente lo que son las normas legales es mantenerse todavía en un nivel de abstracción: equivale a intentar comprender lo que es un complejo edificio y las diferentes funciones de los espacios que alberga estudiando simplemente la forma como están hechos sus ladrillos. Es evidente que sin ladrillos no hay edificio; como sin normas legales (ya sea

expresadas como mandatos generales o como precedentes) no hay orden jurídico moderno. Pero el edificio o el Derecho del S. XIX son más que los simples ladrillos o que las simples normas.

Desechado el análisis únicamente positivo del Derecho para lograr el objetivo propuesto, la tentación era grande de entregarse en los brazos de la Sociología. En efecto, esta disciplina contribuye a aclarar el cuadro del Derecho al cuestionarse sobre el origen social y las consecuencias será siempre de las normas legales. Sin embargo, aún cuando la perspectiva sociologizante será siempre indispensable para comprender el fenómeno jurídico, la Sociología del Derecho parece también insuficiente para explicitar por sí sola la integridad del fenómeno jurídico. No cabe duda que, paralelamente a las normas positivas y sus concordancias lógicas y paralelamente también a los efectos sociales de ellas, hay todo un esfuerzo de conceptualización teórica del Derecho entendido como un todo que escapa a las ciencias jurídicas positivas y a la Sociología del Derecho como hasta ahora se la conoce. No basta interrogarse sobre cuál es la norma positiva válida y sobre cuáles son sus efectos sociales; también es preciso interrogarse que significa en su conjunto ese fenómeno que llamamos Derecho, cuales son los criterios que hacen moralmente válido ese Derecho en una determinada sociedad. Estos conceptos teóricos generales fueron dejados de lado o tratados muy tangencialmente por la Sociología del Derecho, ya sea porque han sido considerados como meras ideologías que no merecen mayor atención porque se limitan a encubrir o enmascarar los verdaderos problemas sociales, ya sea porque se trata de conceptos meta-empíricos que no surgen como resultado de la investigación propiamente sociológica o de campo sino que proceden de elucubraciones teóricas ajenas al llamado método científico.

Dentro de esta línea de preocupaciones, la Filosofía del Derecho tenía algo que aportar en este análisis: no sería posible comprender lo que realmente estaba pasando con el Derecho en una sociedad determinada si de alguna manera no se conjuga la perspectiva positiva y la sociológica con la filosófica. Pero la Filosofía del Derecho tampoco parecía ser la disciplina capaz de totalizar las tres perspectivas con unidad de método. La Filosofía del Derecho suele presentar los diferentes sistemas teóricos como originándose los unos a los otros en el vacío; los autores de tales sistemas, el medio social en el que vivieron y sobre el que reflexionaron, no aparece habitualmente sino como detalles anecdóticos sin mayor relación con la filosofía misma.

Es así como la clásica Filosofía del Derecho ha creado un mundo propio poblado de proposiciones "filosóficas" que se sustentan o se impugnan a sí mismas. Sin embargo, personalmente considero que la Filosofía del Derecho consiste en un esfuerzo por elucidar una *experiencia* jurídica persigue construir una explicación coherente de una *realidad* jurídica. En ese sentido, la Filosofía

del Derecho tiene necesariamente que estar referida a un Derecho realmente existente y no a otra filosofía. La mención a otras filosofías jurídicas tiene un sentido fundamentalmente comparativo, permite ayudar a comprender mejor la experiencia actual; pero el objeto de reflexión de la Filosofía del Derecho es el Derecho y no la Filosofía. Por eso, la historia de las filosofías del Derecho no pueden ser un mero recuento de proposiciones filosóficas sino la presentación de la forma como hombres reales y concretos, viviendo en sociedades perfectamente determinadas, han intentado conceptualizar la experiencia jurídica que vivían.

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. Por ese camino, es posible que la interrogación sobre la "Idea de Derecho" en una sociedad determinada nos entregue ese hilo conductor que solicitábamos a fin de reunir en una sola perspectiva los resultados de la Filosofía del Derecho, de las ciencias jurídicas positivas y de la Sociología del Derecho. En esta forma habremos llegado a una suerte de Teoría Social expansionada que supere las limitaciones empíricas de la Sociología del Derecho o a una Filosofía del Derecho sociologizada que relacione los conceptos teóricos con la realidad social del Derecho a fin de obtener una "Idea de Derecho" que explicita las bases teóricas efectivas de lo jurídico dentro de una sociedad determinada y su inserción dentro de la totalidad social concreta.

2. *El proceso de modernización tradicionalista.*

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. A su vez todos los elementos referidos requieren ser ubicados dentro de las grandes tendencias de la *praxis* social. Para ello se ha buscado un modelo explicativo global de la *praxis* social durante el período estudiado cuya verosimilitud permita que se le use como hipótesis de trabajo, como guía clasificatoria de hechos y opiniones. Tal modelo, dentro de los lineamientos antes indicados, no se puede limitar a explicar los modos de producción de bienes y servicios, sino también la producción de sentidos y valores. Este modelo dinámico ha sido denominado el "proceso de modernización tradicionalista".

Ante todo, es importante explicar lo que para estos efectos se entiende como "modernización". En pocas palabras puede decirse que se define como modernización a la suma de las transformaciones sociales asociadas con la intensificación del crecimiento económico y más particularmente con la

industrialización. Sin embargo, la industrialización ha sido entendida a su vez de una manera lata, como la aplicación de la ciencia y del espíritu científico a la explotación de los recursos naturales en general; por consiguiente, industrialización es así sinónimo de tecnificación racional de la producción en general, de modo que es posible hablar de una modernización o industrialización de la agricultura o de las industrias extractivas.

Esta concepción de la modernización, arbitraria como todas las concepciones pero útil para la descripción histórica, se presenta suficientemente diferenciada como para considerar este proceso como un hecho moderno. No todo cambio social que se haya dado en la Historia bajo la forma de un *aggiornamento* a nuevas estructuras sociales, es una modernización; solamente lo es el cambio con las características antes señaladas que se produce en los tres últimos siglos y más acentuadamente en los siglos XIX y XX. Pero, de otro lado, la modernización resulta así un concepto suficientemente abarcante como para comprender sus variedades capitalista, socialista, "tradicionalista", y quizá varias otras formas híbridas, intermedias o fronterizas. De esta manera, tal concepto de modernización sirve para distinguir la sociedad en vías de hacerse moderna, de la sociedad tradicional; pero el sentido de esta modernidad cubre todavía las diferentes formas de este proceso sin distinciones ideológicas.

Frente a la sociedad tradicional, la sociedad en proceso de modernización se distingue porque aporta la convicción de que es preciso controlar activamente la producción de bienes y servicios y someterla a patrones racionales. En otras palabras, frente a un mundo eminentemente repetitivo en donde la tradición pesa más que la razón, la modernización pretende sacudir los viejos hábitos y tomar consciencia de que es posible impulsar la sociedad hacia ciertos fines sociales más o menos libremente elegidos. Es por eso que la idea de modernización se asocia en el S. XIX a la idea de progreso, que se encontraba ausente en la sociedad tradicional. Este control de la producción y su orientación hacia ciertos fines conlleva cambios económicos importantes: la producción se tecnifica y se racionaliza, la organización de trabajo se hace colectiva asumiendo la forma de empresa, se incrementa la productividad, el volumen de la producción responde a un cálculo o previsión ya sea bajo la forma de la planificación privada que realiza todo actor económico de una sociedad de mercado, ya sea bajo la forma de planificación estatal dentro de los sistemas que han incorporado elementos socialistas; finalmente, los progresos de la técnica conducen al uso generalizado de máquinas, lo que a su vez acentúa todos los rasgos antes descritos.

La modernización no es un proceso unívoco; admite algunas variantes. El tipo de modernización que se cumple en el Perú del S. XIX es un pariente cercano del que Roberto Mangabeira Unger ha denominado la "modernización

tradicionalista". Dado que estos términos parecen antitéticos, considero importante aclarar lo que se entiende por ellos, ya que la visión o modelo de dinámica social que proporcionan es clave para entender el concepto y el rol del Derecho dentro de tal contexto histórico. La modernización tradicionalista es una verdadera modernización; lo que significa que introduce elementos nuevos dentro de la sociedad tradicional y la transforma. Pero, al mismo tiempo, esta sociedad no se desprende de ciertos elementos antiguos o "tradicionales" que permanecen como aspectos nucleares, en torno a los cuales se organiza la modernización. En todo proceso de modernización es evidente que subsisten muchos elementos del pasado. Pero en la modernización tradicionalista los elementos que subsisten no se mantienen en la periferia del proceso como rezagos de un pasado que desaparece gradualmente sino que se constituyen en los elementos centrales del proceso. Dado que la modernización tradicionalista coloca la modernidad en ciertos elementos liberal-capitalistas, quisiera brevemente contrastar ese proceso de modernización con el capitalista a fin de entenderlo mejor.

La modernización capitalista pretende básicamente liberar fuerzas productivas nuevas cuyo crecimiento se encuentra ahogado por el peso de la tradición y por los mecanismos de control social de las clases sociales que sostienen la tradición. El principio clave de esta modernización que constituye el centro de su racionalidad y que establece las bases para permitir un enjuiciamiento de la tradición y su eventual repudio si fuera necesario, ese elemento extraordinariamente subversivo que corroe el mundo tradicional, es el interés individual. A partir de su entronización como valor fundamental, cada sujeto se sentirá capaz de decidir su bien por sí mismo y de aceptar las formas sociales o las formas productivas tradicionales sólo si las estima compatibles con su propio interés. El bien común no será en adelante sino un subproducto del bien individual y se logra automáticamente si la sociedad facilita que todo individuo pueda realizar sus propios objetivos. De ahí que la forma política natural de una sociedad basada en el interés individual sea la democracia electoral, ya que a través de las elecciones se compulsan los intereses individuales. Por las mismas razones, la forma económica natural será la sociedad de mercado, ya que el mercado pretende ser un sistema de composición de los intereses individuales. Ahora bien, este nuevo principio social está representado por una clase social igualmente nueva que irrumpe en la Historia y que pretende asumir el liderato. Esta clase es la burguesa, es decir, los habitantes de los burgos o ciudades medievales, los artesanos y comerciantes libres, que logran poco a poco desanudarse de los lazos feudales que aún sujetan las actividades agrarias. Esa nueva clase social se propone y logra derrocar a la vieja aristocracia, reemplazándola como clase dominante.

Dentro de la modernización capitalista, el cambio de la aristocracia por la

burguesía como clase dominante no es una mera sustitución de personas: hay una modificación sustancial de modos de producción, un cambio de ideas y valores sociales. Una nueva mentalidad social presidida por el respeto al interés individual va a desarrollar un clima político más democrático y una organización económica que permita ejercitar de manera más segura el cálculo racional. Esto significa que para que aumente la predictibilidad individual se hace necesario eliminar o atenuar todas las viejas trabas legales, religiosas, morales y culturales en general, que obstaculizan la conducta utilitaria. Además, se hace necesario universalizar las formas sociales —desde las medidas de tamaño o capacidad hasta las leyes— de manera que el interés individual se desenvuelva dentro de un campo relativamente homogéneo que facilite la previsión. Políticamente, la modernización capitalista supone un fortalecimiento del Estado a fin de proveer las condiciones generales necesarias para la sociedad de mercado. De ahí que esa sociedad feudal localista, parroquial, desaparezca absorbida por los Estados nacionales que unifican los territorios. Este nuevo Estado nacional tiende a orientarse hacia la forma republicana que se concilia bastante bien con los planteamientos liberales; son embargo, en algunos casos como el de Inglaterra, el nuevo Estado liberal mantuvo sin dificultad la forma monárquica.

Quizá más importante que la diferencia entre república y monarquía ha sido la decidida vocación del nuevo Estado nacional, cualquiera que sea su forma política, para apoyar las nuevas fuerzas sociales capitalistas, aliándose con la clase burguesa y haciendo perder su poder a la aristocracia tradicional.

Pues bien, en razón de lo expuesto, es claro que la modernización capitalista representa una ruptura muy importante respecto del orden social anterior: sustituye una clase por otra y además subvierte las bases mismas de la estratificación social que ya no serán la pureza de sangre o el privilegio feudal sino la mayor o menor habilidad para manipular el mercado.

Frente a este panorama de la modernización capitalista, me es más fácil explicar lo que entiendo por *modernización tradicionalista*. Básicamente, la modernización tradicionalista pretende recibir elementos capitalistas, pero sin modificar la estratificación social. En otras palabras, en vez de que se constituya una clase burguesa con una conciencia social propia y que ésta asuma el liderato de la modernización, es la propia clase dominante tradicional la que se encarga de modernizar. Mientras que la modernización capitalista es promovida por una clase social insurgente, la modernización tradicionalista es promovida desde arriba por la clase social dominante. Por eso, a diferencia de la modernización capitalista que trae siempre un clima en mayor o menor grado popular, la modernización tradicionalista conserva un clima aristocratizante, generándose contradicciones complicadas entre esta percepción aristocrática de la sociedad y los ideales liberales que se importan en razón de la modernización.

La modernización tradicionalista se desarrolla, entonces, como una estrategia de adaptación que lleva a cabo una clase tradicional para absorber las mayores dosis de modernidad liberal —capitalista compatibles con su dominancia aristocrática.

Evidentemente, la modernización tradicionalista no es exclusiva del Perú y no presenta características idénticas en todos los países. Un claro ejemplo de modernización tradicionalista es el Japón de los Meiji. Sin embargo, lo que distingue la modernización japonesa de la peruana consiste, entre otros rasgos, en que ésta última presenta una discontinuidad en la clase dominante modernizadora. En el Japón fueron las antiguas familias aristocráticas quienes directamente asumieron lo “moderno”; al punto que los nombres de las grandes compañías japonesas actuales corresponden a los nombres de la vieja aristocracia. En cambio, en el Perú la aristocracia española colonial perdió posiciones y prácticamente desapareció para ser sustituida por una nueva aristocracia; pero, a pesar de estos cambios, lo que no se modificó fue el rol de la aristocracia como tal dentro de la sociedad.

La gran aristocracia peruana se vino a menos y casi desapareció en los primeros años de la República; otras personas provenientes de una pequeña aristocracia burocrática y provinciana y de una cierta burguesía incipiente, tomaron sus puestos. Primero fueron funcionarios coloniales, comerciantes y arrieros; más tarde especuladores del guano; luego fueron quienes habían comprado tierras a la vieja aristocracia en las épocas difíciles de la Guerra de la Independencia y que se encontraron económicamente promovidos hacia 1860 por la posibilidad de exportar algodón y azúcar en razón de la crisis de abastecimiento producida por la Guerra de Secesión norteamericana. En los últimos años del S. XIX se sumarán algunos extranjeros que compran tierras y se dedican a la agricultura comercial dentro de esquemas más modernos o a la banca y al comercio. Pero esta agricultura comercial no está destinada a un mercado interno que no existe sino a la exportación; este comercio es también de importación-exportación; y esta banca está fundamentalmente orientada a financiar la agricultura de exportación y el comercio con el exterior. En esta forma la actividad de la burguesía extranjera tampoco rompe los moldes tradicionales a través de un desarrollo propiamente capitalista, sino que se integra fácilmente dentro de las pautas de la modernización tradicionalista.

Al término del Siglo, son muy pocas las familias de la gran aristocracia colonial que conservan su poder económico y social. En realidad, la vieja aristocracia es aplastada en su mayor parte por varias capas de burguesía. Pero lo interesante del caso es que esta burguesía no aporta sino muy marginalmente valores burgueses; en lo sustancial, se asimila a los valores aristocráticos y desarrolla un estilo de vida y un modo de producción lo más cercano posible a la

aristocracia tradicional. Es así como no se produce un cambio significativamente capitalista que habría representado una ruptura grave del esquema social. No hay una sustitución de lo antiguo por lo nuevo, de los principios aristocráticos por los burgueses sino una ingestión de lo nuevo por lo antiguo: las nuevas generaciones burguesas que asumen el rol dominante resultan ingeridas y metabolizadas por la concepción aristocrática de la sociedad. Es por ello que estos burgueses que reemplazan a la aristocracia no se perciben a sí mismos como una clase nueva con valores propios sino una suerte de continuación remozada de la aristocracia tradicional; al punto que intentarán encontrar lazos de familia con la antigua aristocracia —aún cuando sean remotos— para reafirmar esta continuidad.

La clase dirigente modernizadora importa una buena dosis de filosofía liberal, elementos de la tecnología capitalista, algunos valores culturales burgueses, los bienes de consumo producidos por los países capitalistas, el Derecho moderno desarrollado en ellos. Pero estos elementos, en lugar de ser difundidos socialmente como sucede en la modernización capitalista, en la práctica son reservados para la clase dirigente. En consecuencia, estos elementos modernos contribuyen a acentuar la distancia entre la *élite* y una población autóctona arcaica. Lejos de tener un efecto universalizante de las formas sociales, la importación de lo “moderno” refuerza el particularismo de la clase dominante y estos elementos modernos juegan así un rol enteramente diferente del que les fue asignado en su origen. En lugar de que se promueva una sociedad con pretensiones igualitarias sustentada por una amplia clase media, se crea una división social aún más profunda al distanciar las clases sociales hacia los extremos en razón de su mayor o menor contacto con lo moderno importado.

Me parece importante destacar lo difícil de esta situación, porque el Derecho será uno de los medios que permitirá manejar las contradicciones. De un lado, la clase dominante importa ideas y formas sociales liberales que considera necesarias para colocarse al mismo nivel de los países más desarrollados en la vía capitalista. Pero, de otro lado, si estas ideas escapan al control de la clase dominante, si por ejemplo la idea de igualdad democrática realmente se generaliza en todos los estratos de la población, entonces será difícil que tales clases dirigentes conserven su poder tradicional. De aquí que estas clases estén interesadas en una penetración capitalista, pero muy dosificada tanto cualitativamente como cuantitativamente. Cualitativamente, porque no admitirán las ideas liberales sin un examen y una selección previa, combinándolas con las ideas filosóficas y jurídicas tradicionales dentro de un eclecticismo no exento de contradicciones. Cuantitativamente, porque la difusión de las nuevas ideas debe restringirse a solamente aquellos que pueden aceptarlas sin llevarlas hasta un radicalismo subversivo; es decir, al sector dirigente y su clientela.

En el plano económico, la modernización tradicionalista peruana no conlleva la introducción generalizada de la tecnología ni el desarrollo de la industria manufacturera. No hay en ella una verdadera revolución industrial, similar a la ocurrida en el S. XIX europeo. La industria manufacturera no logra asumir el primer rol en la dinámica de la modernización; de manera que este tipo de modernización aun privilegia a la agricultura, agregándole los negocios especulativos como el guano, la banca y el comercio de exportación e importación. En realidad, la modernización tradicionalista se desarrolla dentro del contexto de una economía de exportación. Esto permite obviar el problema de crear un mercado interno de consumo como sucede en la modernización capitalista, lo que hubiera requerido la formación de una amplia clase media que hubiera aportado valores diferentes y opuestos a los aristocráticos. Este hecho contribuye además a acentuar la separación de la *élite* y el resto de la población; al punto que, en un sentido limitado, podría decirse que existen dos economías paralelas: una que vende productos al exterior y que compra del exterior la mayor parte de lo que necesita; otra que vive todavía dentro del circuito cerrado de la autosubsistencia tradicional. Es interesante notar también que uno de los aspectos más importantes de este tipo de economía —el negocio del guano— no se desarrolló desde abajo, como el fruto de la iniciativa privada y la competencia capitalista, sino desde arriba, como concesiones otorgadas por el Estado en alguna forma similares a los privilegios y prebendas medievales ya que la inversión y el riesgo propios de la empresa capitalista son prácticamente inexistentes: así, en cierto sentido las consignaciones con su asignación de derechos exclusivos constituyen los feudos y las canonjías del S. XIX.

* * *

El énfasis que he otorgado dentro de este planteamiento al rol de la clase dominante permite ver que no adhiero a la “teoría de la dependencia”, al menos bajo la versión “*pop*” que circuló profusamente en Latinoamérica hace algunos años. Según ella, la relación entre países capitalistas y países subdesarrollados es vista con una acción en un solo sentido: su acento, su dinámica, se encuentra en forma prácticamente exclusiva en los países capitalistas. Estos manejan a los países pre-capitalistas —o subdesarrollados— como marionetas y les *imponen* desde fuera, sea por la vía violenta o por medios insidiosos, su propia economía liberal, sus valores culturales occidentales, su Derecho “moderno”. Las clases dominantes de los países subdesarrollados no cuentan para nada o a lo sumo son consideradas como meros vehículos de la penetración capitalista sin tener nada propio que decir: se limitan a bailar al son de la música que les toca el capitalismo internacional y a convertirse en diáfanos agentes de éste.

Esta perspectiva evoca demasiado la visión de los “vencedores” —aunque se sientan con mala conciencia— antes que la visión de los “vencidos”: es la relación “país desarrollado/país subdesarrollado” vista con la mentalidad de país desarrollado. En el fondo, refleja todavía —aunque esta vez inconscientemente y por caminos desusados— ese complejo de superioridad del mundo occidental que casa bien con ese complejo de inferioridad de los países subdesarrollados, insólitamente expresado esta vez en términos de izquierda. Es posible que esta teoría de la imposición absoluta de los países capitalistas en provecho exclusivo de ellos mismos, sea válida en el África colonial, en donde no existen clases dominantes locales o donde, si existen, tienen una cultura totalmente alienada porque no es sino un préstamo reciente del país capitalista. Por otra parte, en África la dependencia económica —en términos capitalistas— vino asociada a la dominación política; lo que evidentemente hizo que el europotopismo fuera más brutal: ahí toda la dirección política, económica y social correspondía a extranjeros.

En América Latina las cosas parecen diferentes. No debe olvidarse que el Perú ha vivido nada menos que tres siglos de influencia española y de mestizaje, lo que da origen a una clase dominante local bastante poderosa, todavía de carácter pre-capitalista; es esta clase dominante ya peruana —los criollos— la que promueve la Independencia. Y a estos 300 años de formación se agregan 150 años de consolidación de una cultura propiamente peruana, desde la Independencia hasta la fecha, en los que dicha clase dominante local se afirma y se moderniza. Es así como el Perú es un país joven, pero no al punto de carecer de una identidad propia y de estructuras locales que tamizan la penetración del capitalismo internacional. La clase dominante peruana tiene su propio proyecto político-económico y sus propios valores culturales, a los cuales no renuncia ni aún ante los valores, intereses y formas de vida capitalistas: a lo sumo pretende conjugar ambos.

Atraída por el supuesto progreso del mundo capitalista del S. XIX, la clase dominante local abre las puertas de su *castelletto* a las ideas y a la economía liberal. El *castelletto* tradicional no es tomado por asalto por el capitalismo; su propio castellano local decide hacer entrar a esos visitantes que se anuncian con las novedosas trompetas de la modernidad. Es así como la modernización no es el resultado de la imposición foránea sino de la seducción; lo que supone siempre un cierto acuerdo de voluntades entre el seductor y la seducida. Hay un nivel de complicidad entre el capitalismo internacional y la clase dominante tradicional que los acerca; y esta clase dominante local terminará aceptando parte de los planteamientos capitalistas en beneficio recíproco. Pero se trata siempre de un compromiso, sujeto a múltiples limitaciones y condiciones: no existe la transparencia que postula la versión “pop” de la teoría de la dependencia. Esta

clase dominante permitirá el acceso del capitalismo internacional al patio de honor del *castelletto*, ahí donde se hacen los grandes negocios. En cambio, no aceptará sino difícilmente la intromisión de los valores liberales en las habitaciones privadas, en el campo de la organización de la familia. Y decididamente rechazará cualquier intento de los valores capitalistas (igualdad, libertad, etc.) de aproximarse a las zonas del *castelletto* donde vive la servidumbre: las relaciones laborales internas deben continuar bajo patrones tradicionales.

Dicho de otra manera, la perspectiva latinoamericana de la dependencia lleva a sustituir la idea de una aplicación mecánica y translúcida del capitalismo internacional por la idea de una poderosa clase tradicional local que abre o cierra según sus intereses las posibilidades de contacto del capitalismo.

3. *El Derecho dentro de un proceso de modernización "tradicionalista".*

¿Cómo es concebido el Derecho dentro de este contexto? En el S. XIX peruano existen básicamente dos grandes concepciones del Derecho, aún cuando se producen múltiples variantes en el interior de ellas. De un lado, encontramos una concepción jusnaturalista que preside casi todo el Siglo; de otro lado, al fin del Siglo y a comienzos del S. XX se afirma una concepción positivista cuyos orígenes pueden rastrearse hasta ciertos autores de la década del 50.

El jusnaturalismo al cual nos referimos no es evidentemente el medieval, sino más bien una filosofía fuertemente teñida por el racionalismo y por el individualismo. Este jusnaturalismo asume diversos elementos "modernos" al postular la libertad individual como el principio fundamental del Derecho Natural, del cual se deducen racionalmente todos los demás principios: sobre todo, el respeto a la propiedad y a la palabra dada (contratos); de manera que es posible reconocer racionalmente un sistema de derechos naturales subjetivos cuya compatibilización construye y organiza la sociedad. Pero, almismo tiempo y con diversos niveles de éxito en el esfuerzo de conciliación, este jusnaturalismo "tradicionalista" preserva numerosos elementos tradicionales al postular que la libertad debe ser orientada por el Bien y no al contrario. Es decir, presupone la existencia de un Bien objetivo que no es determinado por la libertad sino que constituye el criterio de ejercicio lícito de los derechos naturales subjetivos. Además, este jusnaturalismo "tradicionalista" sostiene que, paralelamente a la razón y a la libertad individual, hay que considerar las formaciones sociales y los valores que la historia —la Tradición— ha generado.

En realidad, los elementos "modernos" despiertan anhelos que pueden resultar subversivos en una sociedad profundamente dividida social, económica y culturalmente. Los derechos subjetivos naturales son planteados por el liberalis-

mo como inherentes al individuo por ser tal y, en consecuencia, la propiedad y el poder político deberían ser compartidos por todos los individuos, sin distinción, que forman una comunidad. La razón avala estos planteamientos que incluso pueden llevar a condenar la estratificación tradicional, los resultados de la Historia. De ahí que, para contrarrestar el efecto disolvente de las ideas propiamente liberales, la modernización tradicionalista recurre a ciertos valores tradicionales que, moderando el alcance de la libertad, de la igualdad y de la razón, aseguren la legitimidad moral y económica de un mayor poder social para esa clase dirigente que está dispuesta a llevar adelante la modernización siempre que ésta no la afecte directamente.

Este jusnaturalismo ecléctico es bebido primero en autores alemanes como Heinecio y Ahrens que, si bien tuvieron sólo una importancia moderada en Europa en razón de su eclecticismo, alcanzaron un gran renombre en el Perú y en América Latina en general precisamente por ese mismo eclecticismo que, dentro de esta realidad social, cumplía un rol fundamental. Más tarde, autores peruanos utilizaron las ideas europeas para elaborar sus propias síntesis. Todos ellos, ya sea que se proclamaran políticamente liberales o conservadores, tomaron distancia frente al pensamiento de los más decididos teóricos de la nueva sociedad individualista: Hobbes, Locke, Rousseau, Bentham, Adam Smith, fueron criticados por todos los autores peruanos. No cabe duda que los pensadores peruanos del Derecho se diferencian notablemente entre sí; particularmente es posible distinguir entre conservadores como Bartolomé Herrera y liberales como José Silva Santisteban o como Luis Felipe Villarán. Sin embargo, los elementos filosóficos que componen estas variedades de síntesis jusnaturalistas no son distintos; son solamente las dosis de liberalismo y de pensamiento tradicional que cambian de unos a otros.

Esta nueva Filosofía del Derecho republicana introduce ideas liberales pero, al mismo tiempo, las encapsula dentro de valores tradicionales a fin de evitar una democratización demasiado acentuada que no hubiera correspondido a la estructura social y económica. Ahora bien, con vista a esta función de dique ideológico, el jusnaturalismo, por tratarse de una doctrina ético-jurídica que se impone sobre la misma ley positiva, tiene la ventaja sobre el positivismo de controlar no solamente una interpretación judicial o administrativa demasiado libre sino que también controla al propio legislador: éste debe legislar dentro de los límites y para la realización de los fines impuestos por el Derecho Natural, ésto es, puede propugnar la modernización pero se encuentra limitado por el respeto a la propiedad tradicional y a la estratificación establecida por la Historia. Por ese motivo, este jusnaturalismo resulta muy útil cuando la clase dominante tradicional no ejerce directamente el poder político sino que lo delega o permite que éste se ejerza por caudillos, abogados u otros representantes

de una cierta clase media incipiente o de las capas menores —provincianas— de la oligarquía. Estos gobernantes están así moralmente enmarcados por tales verdades jusnaturalistas, superiores a todo poder político y que no admiten un vuelco demasiado brusco de la sociedad en nombre de ideales nuevos tales como la libertad individual y la igualdad natural.

El positivismo en boga durante el S. XIX en el Perú es más bien del tipo denominado “positivismo filosófico” antes que “positivismo jurídico” es decir, pretende aportar una nueva actitud “científica” para el estudio de la sociedad en general y no limitarse simplemente a una afirmación formalista del Derecho. Las primeras manifestaciones de tal positivismo intentan replantear el Derecho Natural sustituyendo sus elementos racionalistas y metafísicos por verdades que, aunque tengan siempre carácter universal, puedan ser demostradas empíricamente y sean objeto de “ciencia” en vez de filosofía. La Filosofía del Derecho que resulta de ello coloca especial acento en la observación de los hechos sociales comunes a la humanidad para ensayar una generalización que constituya el fundamento de todo Derecho. De esta manera se piensa que, si es posible encontrar una noción “científica” de naturaleza humana que ampare la propiedad establecida y las bases de la división social, estos elementos tradicionales serán mucho mejor defendidos así que mediante el jusnaturalismo racionalista.

En el fondo, el positivismo peruano se revela prontamente como un “jusnaturalismo positivista”, con todas las dificultades de conciliación que ello implica. Un *Code Napoléon* al que se le ha debilitado su vigor liberal, hace las veces de Código de Derecho Natural. Sin embargo, cuando esta actitud “científica” es adoptada por los juristas, existe la tendencia restrictiva, propia de la deformación profesional que lleva a considerar como el “hecho social” ante la cual se coloca el Derecho solamente a la ley positiva. Y entonces, casi insensiblemente, el jusnaturalismo positivista se desplaza hacia un positivismo jurídico formalista que libera al Derecho de toda fundamentación ética y lo reduce a la expresión de la voluntad del gobernante, racionalmente articulada en sistemas de normas.

Resulta significativo que el positivismo sea más ampliamente acogido y adopte visos más formalistas precisamente hacia fines del siglo, cuando la clase dominante decide ocupar directamente el poder político y constituye lo que Basadre ha llamado la “República Aristocrática”. Podría pensarse que, llegado ese momento, la clase dominante no requiere más una limitación ética de la acción legislativa por cuanto ahora está más directamente bajo su control y, por consiguiente, puede esperarse que de manera espontánea se adapte a los valores e intereses de esa clase dominante. Paralelamente y por las mismas razones, una fundamentación teórica supra-legal ya no es conveniente porque limita la acción

de gobierno de la clase dominante, debilita los mandatos de esta clase convertidos en leyes e incluso puede hasta a ponerlo en peligro si se llegara a invocar contra ellos la existencia de derechos subjetivos naturales. En estas circunstancias, habiéndose asegurado políticamente una relativa identificación entre los intereses de la clase dominante y el ordenamiento jurídico, es más interesante exigir una sumisión absoluta a la ley por el sólo hecho de ser ley.

4. *Más allá del jusnaturalismo y del positivismo.*

Más allá del jusnaturalismo y del positivismo, es posible encontrar una concepción general del Derecho determinada por el rol que le corresponde dentro de este proceso de modernización "tradicionalista". Como he señalado, jusnaturalismo y positivismo son dos estrategias diferentes dentro de circunstancias políticas que han variado; pero los fines de ambas estrategias son similares y ello da lugar a una idea de Derecho que refleja los trazos comunes de las distintas filosofías jurídicas que han acompañado a la modernización "tradicionalista".

En su expresión más simple y al mismo tiempo más compleja, podríamos decir que esta idea de Derecho constituye un intento de manejar jurídicamente una verdadera esquizofrenia social: se trata de conciliar la tradición con la novedad, los privilegios establecidos con los principios capitalistas, las ideas de libertad e igualdad con la existencia de una sociedad con grandes diferencias sociales en la que los pocos son más libres que los muchos. La conciliación es necesariamente difícil y, en muchos casos, resulta precaria y superficial: la característica general de este tipo de filosofías jurídicas es un eclecticismo altamente insatisfactorio. Los conceptos claves del pensamiento liberal son entendidos de manera distinta dentro de este contexto de la modernización "tradicionalista", atenuándoles su carga de subversión frente al antiguo régimen social tradicional: la libertad es fácilmente concebida como libertinaje cuando amenaza escapar al control tradicional; la igualdad adquiere un contenido meramente formal y la propia teoría se encarga de alejarla de la realidad social; la propiedad es garantizada no en tanto que mercancía negociable y piedra angular de la sociedad de mercado sino como fundamento inamovible de las diferencias sociales y alejada de toda idea de intercambio.

La diferencia sustancial entre la filosofía jurídico-política del liberalismo y aquellas filosofías que sustentan la modernización "tradicionalista", radica en una concepción diferente del valor. Para el liberalismo, cada persona determina lo que más le conviene, lo que tiene "valor" para ella; no hay valores objetivos que se impongan por sí mismos al individuo; salvo la existencia misma de esa sociedad liberal. El valor se identifica así con el interés individual que, a su vez, es la expresión social del deseo racionalmente tratado; este tratamiento del deseo

por la razón no tiene por objeto determinar el contenido de dicho deseo sino simplemente compatibilizarlo con los deseos de los demás individuos a fin de permitir la vida en sociedad. De ahí que los mecanismos políticos y económicos naturales de una sociedad concebida en esta forma son las elecciones y el mercado. En cambio, para el pensamiento pre-liberal, existen valores objetivos que obligan a todo individuo más allá de sus deseos o intereses y constituyen criterios para distinguir entre los deseos que deben ser acogidos por el individuo y los que deben ser rechazados: estos valores no están determinados por la voluntad individual ni popular sino que son descubiertos por la razón —o mostrados por la Revelación— y se imponen incluso sobre la voluntad popular constituyendo las orientaciones morales que debe guiar dicha voluntad. Las filosofías jurídicas de la modernización “tradicionalista” conservan la noción de valor objetivo, culturalmente determinado, previo e independiente de la decisión popular, con el objeto de fundamentar la existencia de una “aristocracia natural” cuyas bases culturales y económicas quedan preservadas de todo eventual cuestionamiento por las mayorías políticamente activadas o por el mercado.

El Derecho dentro de este contexto ideológico a diferencia del Derecho propiamente liberal, no tiene como objeto principal promover y garantizar la iniciativa privada sin más restricciones que las derivadas de la compatibilización de los diferentes e igualmente válidos intereses individuales: no es prioritariamente un marco y un elemento facilitador de las transacciones privadas regidas exclusivamente por el interés de las partes, bajo el amparo de un Estado compatibilizador. El Derecho de la modernización “tradicionalista” es básicamente un medio de organizar políticamente la sociedad con el objeto de: (a) garantizar la conservación de los valores tradicionales a través de los vaivenes de la modernización; (b) establecer un campo formalmente neutro de acomodo de los diferentes y contradictorios grupos de intereses en el interior de la clase dominante; y (c) asociar a estos intereses dominantes —pero discrepantes entre sí— en la realización de proyectos cuyo volumen supera la capacidad aislada de las personas y grupos de esa clase dominante y que además no presentan la rentabilidad necesaria para producir la asociación espontánea entre tales grupos (infraestructura educacional, vial, servicio de salud, etc.). El Derecho se encarga de diseñar un Estado antes que un mercado. De ahí la mayor preocupación durante la primera mitad del S. XIX por la redacción de Constituciones antes que por la redacción de los Códigos básicos.

La situación del Derecho resulta así muy complicada porque tiene por misión equilibrar fuerzas francamente contradictorias. De un lado, el Derecho debe asegurar el respeto por ciertos valores y formas sociales tradicionales. De otro lado, la importación de elementos liberales o “modernos” exige que el Derecho se modernice, es decir, que asuma las características y cumpla los

requisitos que supone una sociedad que de alguna manera cree en la libertad y en la igualdad y subordina todo valor a la libre realización y al libre intercambio de intereses individuales. Para decirlo en los términos de Max Weber, el Derecho de la modernización "tradicionalista" debe conservar un núcleo central de racionalidad sustantiva a pesar de que se organiza y se expresa en términos de una racionalidad lógico-formal. Esta tensión interna de exigencias que soporta el Derecho debilita y distorsiona tanto los valores sustantivos que vehicula el Derecho como también la solidez lógica del formalismo a través del cual pretenden expresarse; de manera que a lo largo del Siglo vemos al Derecho avanzar con paso vacilante y perder muchas veces el rumbo ya sea del lado de un instrumentalismo casi impúdico o del lado de un formalismo patológico. Frecuentemente la clase dominante tropieza con la tentación de aplicar directa y brutalmente sus fines, sin preocuparse del rigor de los tecnicismos jurídicos y de la coherencia formal. Este es el caso, por ejemplo, de la legislación que mantiene pseudolegalmente la esclavitud después de que ésta había sido abolida o de la que consolida las ventas ilegales de tierras del Estado o la aplicación de leyes en el campo destinadas directamente a reforzar la sumisión y dependencia de los trabajadores agrícolas y feudatarios a los terratenientes. Sin embargo, este instrumentalismo erosiona el Derecho y puede en algunos casos ser utilizado contra la clase dominante por un caudillo audaz o por autoridades locales que pudieran excepcionalmente identificarse más con las necesidades de las clases populares. En estos últimos casos la clase dominante opone un formalismo hipertrofiado a ese instrumentalismo que amenaza escaparse de su control; y el formalismo se convierte fácilmente en el hábito mental de una profesión, con resonancias sociales insospechadas. Por otra parte, no debe olvidarse que la clase dominante ha decidido asumir una ideología en mayor o menor grado liberal que presenta exigencias teóricas que en alguna forma tienen que ser respetadas. Además, he señalado anteriormente que el Derecho en este tipo de sociedad proporciona un lenguaje de aparente neutralidad política y una metodología para resolver conflictos en el interior de la misma clase dominante. Esta función exige a su vez que el orden jurídico no presente un carácter instrumental tan obvio que sea fácilmente desenmascarable, ya que la deseada neutralidad se encontraría afectada y el conflicto se plantearía simplemente en términos políticos.

Todo ello hace que, aún cuando la tentación de aplicar directamente una racionalidad sustantiva sea grande, el Derecho de la modernización "tradicionalista" se orienta a una estructura lógico-formal. El interés inmediato del grupo en el poder tiene que someterse relativamente a la necesidad de coherencia teórica y a las exigencias lógicas de unas reglas de juego formalizadas. En esta forma, entre todas las contradicciones que genera este tipo de modernización, encontramos

una más que se manifiesta en el plano propiamente jurídico entre la pretensión de utilizar el Derecho para realizar los fines del grupo en el poder y los postulados de generalidad y neutralidad que plantea el Derecho “importado”.

Finalmente, un elemento característico del Derecho de la modernización tradicionalista consiste en que, mientras el Derecho liberal se propone someter íntegramente el país a su imperio para homogeneizar las conductas jurídicas y centralizar las fuentes de normatividad y de aplicación de las normas, el Derecho que venimos estudiando crea “islas de poder informal” en donde el Derecho estatal se desvanece ya sea por su ausencia de capacidad de respuesta frente a los problemas efectivos que plantea la realidad o por su falta de penetración nacional que no le permite controlar todas las esferas de la vida social o por la habilitación directa que otorga en favor de “Estados” dentro del Estado. Es así como la hacienda, la mina, el hogar, se convierten en territorios jurídicos casi independientes en lo que se refiere a la regulación de sus relaciones internas, con su propia normatividad informal, sus propias autoridades (en las que no existe obviamente la división de poderes que es característica de la organización político-jurídica liberal) y con sus propios sistemas de coerción.

III. LAS CONDICIONES DE TRANSFERENCIA

El Derecho liberal que el Perú importa en el S. XIX no queda indemne después de su implantación dentro del nuevo contexto; por el contrario, contrae las enfermedades de su nuevo ambiente, queda inmunizado respecto de alguna de ellas pero se encuentra a su vez afectado en forma permanente por otras. Hemos visto que la teoría del Derecho liberal no queda pura; se contamina con las realidades del contexto en el que se introduce y asume formas especiales.

El Derecho liberal resultaba demasiado subversivo dentro de un medio en el que se procura conservar un núcleo tradicional: generaba expectativas, postulaba igualdades, que podían comprometer el orden existente. Por ese motivo, los juristas peruanos del S. XIX se aproximan al Derecho liberal en forma cauta, tímida, con la misma fascinación y las mismas precauciones con que podrían acercarse a un león: es digno de verse de cerca, pero hay que tener cuidado porque muerde. Por consiguiente, todo el esfuerzo teórico estará orientado a limarle los dientes al león a fin de acercarse a él sin peligro.

1. La transformación del Derecho importado

Esta tarea de domesticación del Derecho liberal se cumple cuando menos por dos vías.

Una primera adaptación se produce en forma casi automática, es decir, sin

necesidad de un esfuerzo teórico consciente de los juristas peruanos de su
sistema tradicionalista. En realidad, los sistemas ideológicos de los
que "obstruían" dicha tarea en una cierta medida son esquemas abstractos que
no asimismo, en el ámbito de las ciencias sociales donde se actualizan. Las
palabras, los conceptos teóricos, solo tienen un sentido concreto cuando son
referidas a situaciones sociales particulares. Es así como la igualdad o la libertad
o la propiedad eran entendidas de manera bastante diferente en la Francia del S.
XVIII bajo la sombra de la guillotina que en los Estados Unidos descritos por
Tocqueville o en el Perú donde las diferencias sociales eran abismales y donde los
caudillos militares zamaqueaban periódicamente las más firmes instituciones
liberales.

Las ideas liberales y democráticas y los *topoi* jurídicos que tales ideas
arrastran eran recibidos en el Perú en una sociedad profundamente escindida y
jerarquizada, en la que los pobres y los ricos eran una realidad inamovible, en
donde existían diferencias desgarradoras de cultura y de educación "modernas"
que distinguen una minoría "culto" de una masa de analfabetos. En estas
condiciones, resulta difícil pensar que los oídos peruanos entendían la misma
cosa que los forjadores del liberalismo cuando se hablaba de igualdad.
Parfraseando la conocida frase de Orwell, podríamos decir que en el Perú todos
los hombres eran iguales, en concordancia con la doctrina liberal; pero unos eran
más iguales que otros. Es decir, la igualdad no se la entiende asociada a una
noción de generalidad sino particularizada por niveles: hay esferas de igualdad.
De manera que, sin necesidad de mayor construcción teórica, el hacendado
republicano que proclamaba la igualdad como uno de los principios de la
organización del Perú independiente, en ningún caso se sentía igual al peón
analfabeto o al indio de las alturas que no hablaba siquiera el castellano; y, sin
embargo, no vivía tampoco esta situación como una contradicción. No existía la
comunidad de fortuna, de educación e incluso de simple actitud frente a la vida
que están en la base de la noción social de igualdad. Ese hacendado se sentía
igual a los otros hacendados y en esa medida creía en la igualdad política; y a su
vez admitía que en el interior de otras esferas sociales — la de los campesinos, por
ejemplo — los individuos eran iguales entre sí. Pero en ningún momento ese
hacendado se cuestionaba la consecuencia teórica de una igualdad por esferas ni
suponía que la doctrina liberal de la igualdad llevara hasta la destrucción de ese
sistema de niveles para alcanzar una igualdad generalizada: la realidad de las
enormes diferencias sociales era demasiado vivida como para permitirle
sospechar la existencia de otras posibilidades de interpretación de la noción de
igualdad que la hicieran más general. La doctrina liberal cae dentro de una
realidad aristocrática que la modela, la tinte de un colorido distinto al que podría
tener en otros países de realidad social más homogénea.

Una similitud con producciones es posible con relación a una serie de ideas y nociones muy importantes de la doctrina liberal de los libertarios, que a su valor fundamental, pero en el contexto de la desigualdad, somos libres pero desiguales. La propiedad debe ser privada, pero por razones de facilitar el mercado, la defensa liberal de la propiedad es automáticamente entendida como una defensa de la propiedad tradicional que se mantiene al margen del llamado poder social, esto es, el poder político a través de la tenencia de la tierra que se hereda por generaciones. En todos estos casos, el proceso de limitar los libertarios al liberalismo ha requerido un esfuerzo teórico demasiado complicado; sucede, simplemente, que las mismas palabras se aplican a realidades jurídicas y sociales diferentes; de manera que la doctrina liberal termina siendo una doctrina tradicional.

Una segunda atenuación del pensamiento liberal se produce a través de un esfuerzo teórico que pretende conciliar una posición teórica liberal con una posición teórica aristocrática. Es así como se desarrollan filosofías que intentan un compromiso entre los valores modernos y los valores tradicionales.

Cada autor trata de formular de una manera nueva o con dosis distintas el mismo tipo de solución: el eclecticismo. Pero esto no es fácil. Los valores liberales y los valores tradicionales — la sociedad de mercado y la sociedad aristocrática — se enfrentan en muchos aspectos, haciendo difícil todo esfuerzo de conciliación.

De ahí que las filosofías del Derecho de la modernización "tradicionalista" no sean muy consistentes. La salida al dilema ha sido por regla general un eclecticismo superficial en el que los elementos tradicionales y liberales están precariamente combinados. En última instancia, se trata de ocultar jurídicamente lo que existe una esquizofrenia social irresoluble. Las filosofías del Derecho peruano del S. XIX no son precisamente un modelo de coherencia. Más de rigor, muchas veces la ampulosa verbalidad ha pretendido cubrir las deficiencias de razonamiento.

Este esfuerzo teórico conciliatorio da lugar a una filosofía del Derecho distinta, que recibe la influencia liberal, pero que la procesa dentro de un esquema de valores tradicionales. La necesidad de manejar teóricamente la esquizofrenia cultural hasta hacerla pasar, como una muestra de salud social, obliga a aceptar todo aquello del liberalismo que sea compatible con una sociedad socialmente jerarquizada; pero, al mismo tiempo, es preciso rechazar todo lo que pueda provocar un sentimiento de generalidad que lleve a cualquier persona a intentar romper la camisa de fuerza de lo establecido. Todas las ideas liberales son asimilables en la medida que puedan ser dissociadas de una idea de generalidad e interpretadas dentro de esferas o niveles de jerarquía. Dentro de esta línea, los modernizadores del Perú del S. XIX condenan muy severamente a

los principales autores liberales acusándolos de egoísmo. Asimismo, hay un esfuerzo grande por redefinir conceptos como el de Bien, Razón, etc.

2. Mitos teóricos y prácticas jurídicas.

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. Ambos niveles resultan afectados con la importación de un pensamiento y de un sistema jurídico.

El "mito" está constituido por la conceptualización teórica del Derecho por los juristas (en sentido amplio) tal como ellos perciben su propia actividad. El mito usualmente mezcla una pretendida descripción de ser con una postulación de deber ser, al punto que ambos planos resultan muchas veces confundidos. El mito corresponde a aquello que Lenoble y Ost, utilizando la terminología de Bachelard, han denominado la "filosofía espontánea de los juristas". El término "espontánea" expresa bien el hecho de que los juristas recurren sin mayor cuestionamiento a este tipo de racionalizaciones cuando requieren describir o justificar su actividad. Sin embargo, cuando nos referimos a la transferencia de pensamientos y sistemas jurídicos, ese término puede llevar a una cierta desorientación: puede entenderse referido a la producción del pensamiento jurídico antes que a su utilización; y ello no es exacto. Los mitos o filosofías espontáneas de los juristas peruanos del S. XIX no constituyen en manera alguna una producción espontánea del medio histórico; en ningún caso puede decirse que son conceptualizaciones que surgen espontáneamente como elaboraciones teóricas propias de la formación social peruana. Por el contrario, estos mitos o filosofías espontáneas son precisamente las concepciones importadas.

De acuerdo a lo expuesto en las páginas precedentes, el jurista peruano del XIX acoge sucesivamente dos sistemas de mitos: primero, el jusnaturalismo; más tarde, el positivismo. Cada uno de esos sistemas de mitos aporta su propio equipaje conceptual cargado de *topoi* que se presentan como evidentes para quienes se adhieren al mito. El jusnaturalismo postula la primacía de la justicia, la dignidad de la persona humana, la identidad entre propiedad y libertad, el valor de la equidad. El positivismo, particularmente cuando tiende a formalizarse, sostiene la primacía absoluta de la ley, la distinción entre Derecho y justicia, la necesidad de la seguridad jurídica, la autonomía de la voluntad como soporte fundamental del sistema contractual, etc. Es interesante advertir que algunos de los conceptos positivistas tienen su origen en el mito jusnaturalista

—particularmente en su versión individualista— aún cuando no reconocen esta vinculación ideológica debido a que son utilizados por el positivismo con el sentido de apoyar o reforzar el Derecho positivo vigente y no como criterios de evaluación externa de ese orden positivo. En algunos casos, encontramos un doble sistema mítico de manera que el jurista se adhiere a un cierto mito cuando teoriza, utiliza los *topoi* de otro mito cuando manipula el orden positivo y, por último, todo ello resulta distinto del sentido efectivo de su práctica al que nos referiremos en seguida. Un ejemplo de este doble soporte mítico —que evidentemente no es exclusivo del caso peruano— se encuentra en el tipo de jurista que se declara jusnaturalista “por principio” y teoriza abundantemente dentro de esta línea. Sin embargo, cuando debe operar con un contrato de compra venta rechaza toda referencia al justo precio y lo interpreta exclusivamente en términos de la autonomía de la voluntad; o cuando se encuentra que las circunstancias o premisas de realidad en base a las cuales se formó la voluntad de las partes han variado, no acepta ningún argumento en base a la equidad y enarbola la necesidad por sobre toda otra consideración de la seguridad jurídica.

Ahora bien, hemos creído encontrar más allá del jusnaturalismo y del positivismo, una concepción general del Derecho que persiste a través de las diferentes racionalizaciones. Esto significa que frente a la percepción mítica del Derecho existe otro nivel de percepción que no se encuentra formulado teóricamente, pero que subyace a esas filosofías espontáneas o mitos. Esta concepción de fondo no es explícita, pero de alguna forma es comprendida por los actores jurídicos. En otras palabras, frente a los mitos del jusnaturalismo y del positivismo a los que se adhiere el jurista peruano —o mejor aún, debajo de ellos— nos encontramos con otra “idea” del Derecho que aparece del sentido de la práctica jurídica efectiva y que tiene por finalidad el asegurar las bases de la modernización tradicionalista. Esto significaría que 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.

La existencia de esta estructura profunda permite explicar el hecho de que las violaciones gravísimas y frecuentes de los principios de las estructuras de superficie, ya sea el jusnaturalismo o el positivismo, sean perfectamente asimiladas sin repercusiones sociales catastróficas. El jusnaturalismo liberal proclama una libertad que es de hecho ilusoria para la mayor parte de los peruanos; pretende proteger la propiedad como algo esencial a la dignidad humana, cuando esta propiedad tan esencial no alcanza a las mayorías

nacionales. El positivismo afirma el respeto absoluto de la ley y, sin embargo, los individuos y el Estado la infringen continuamente como parte "natural" de la práctica social: los hitos que separan las tierras de hacienda de las tierras de comunidad son desplazados en la noche hacia el interior de la propiedad de indígenas y luego el hacendado defiende con la ayuda de todo el aparato formal del Derecho esas conquistas nocturnas; los gobiernos derogan y sustituyen Constituciones al compás de los golpes de Estado. Sin embargo, a pesar de que las estructuras de superficie se encuentran seriamente afectadas con estos hechos, todo ello puede enmarcarse dentro de la protección de las condiciones de la modernización "tradicionalista": la estructura profunda estabiliza este temporal teórico y es posible continuar proclamándose jusnaturalista o positivista luego de una tibia protesta, a pesar de que se tiene la seguridad de que este tipo de hechos continuará en el futuro.

Sin embargo, las relaciones entre los sistemas míticos y la concepción profunda del Derecho no son simples. Estamos muy lejos de una relación causal, mecánica, en la que los mitos no son sino ideologías de ocultamiento de los intereses económicos. No hay duda que los intereses económicos están presentes tanto en la producción de la "estructura profunda" como en la de los mitos. Sin embargo, resulta difícil explicar íntegramente estas cristalizaciones teóricas a través de un análisis puramente económico; aparentemente existen también "intereses" de otro orden, tales como valores culturales, aspiraciones sociales, que contribuyen a formarlas. Es evidente que la adopción de los ideales liberales y del Derecho "moderno" estuvo fundada en buena parte en el interés de integrarse por este medio al capitalismo internacional. Pero cabe imaginar tal integración desde la perspectiva de países productores de materias primas que se rigen por una economía de exportación, sin la necesidad de adoptar el liberalismo como mito interno. Por ello debemos suponer que existen otras causas adicionales que han llevado a tal importación cultural. Es probable que el liberalismo fuera percibido como un soporte más adecuado para defender la aspiración a la independencia política; y, a pesar de todo lo que puede decirse sobre la influencia del capitalismo internacional en los movimientos independentistas, parecería que existe también en su raíz un anhelo no económico que es percibido como necesidad apremiante. El criollo de comienzos del S. XIX vive la dominación española como una ofensa; protesta contra ella con la misma vehemencia y por razones tan lejanas a lo económico como puede protestar contra un padre excesivamente rígido aquel adolescente que ya se siente capaz de pensar y de decidir por sí mismo. En la base de las ideas independentistas encontramos un auténtico anhelo de libertad política, que es fruto de una toma de conciencia de haber adquirido un estado de madurez nacional: el Perú ha dejado de ser un niño que debe ser gobernado por la Madre Patria y quiere

asumir directamente sus responsabilidades.

Por otra parte, entre la estructura profunda y las estructuras de superficie existe una acción en ambos sentidos. Es cierto que la concepción profunda del Derecho controla los desarrollos jusnaturalista o positivista, los atenúa o incluso suspende su vigencia teórica cuando considera necesario. La práctica jurídica de acuerdo a los principios de la concepción profunda no coincide necesariamente con la práctica de acuerdo a alguno de los mitos de racionalización. Es así como los jusnaturalistas liberales defienden la idea de la propiedad absoluta y, sin embargo, se encuentran obligados a restringirla en lo que se refiere a los arrendamientos rústicos para favorecer la modernización; y, al mismo tiempo, uno de los juristas más partidarios del liberalismo señala la necesidad de controlar los precios para evitar que la nueva clase media empresarial pudiera, por la vía del mercado, llevar a la clase aristocrática rentista a perder su poder económico. Igualmente, los positivistas se convierten en asesores de gobiernos golpistas y regresan al jusnaturalismo cada vez que el gobernante de turno atenta contra la propiedad o el poder social de la clase dominante.

Sin embargo, paralelamente a esos casos en los que la dinámica de la modernización "tradicionalista" resquebraja sus propias racionalizaciones, existen otros casos en los que la racionalización obliga a un replanteamiento de la concepción profunda. Este es el caso, por ejemplo, de la esclavitud que era un sistema de explotación perfectamente compatible e incluso necesario dentro de las condiciones de la modernización tradicionalista. Pero, a pesar de ello, el jusnaturalismo liberal —es decir, el mito— no permitía la subsistencia de la esclavitud debido a que su defensa hubiera afectado demasiado gravemente su coherencia teórica. Es así como después de muchas vacilaciones y subterfugios para mantener la esclavitud aún después de su abolición legal, ésta queda definitivamente abolida. Sin embargo, se procede de inmediato a la importación de chinos *coolies* en condiciones prácticamente de esclavitud pero bajo la forma legal de contratos a largo plazo que son vendidos entre los propietarios de tierras dando lugar a un verdadero mercado de chinos. En consecuencia, una exigencia cultural obliga a replantear las formas de satisfacción de un interés económico —la mano de obra gratuita— aún cuando la nueva forma es más costosa e ineficiente desde el punto de vista de la clase dominante que detenta el interés. Las pulsiones económicas no encuentran, en este caso, dificultad a nivel de la estructura profunda; pero las estructuras de superficie ofrecen resistencias a la satisfacción directa del interés económico porque son colocadas en el límite de su elasticidad teórica.

3.La “*idea de Derecho*” como *obstáculo epistemológico*

La situación expuesta en este trabajo nos lleva a la necesidad de analizar los sistemas jurídicos y el impacto que produce su transferencia, a dos niveles. En el primero, que hemos denominado estructuras de superficie o filosofías espontáneas de los juristas, encontramos que la importación del Derecho moderno dentro de las condiciones sociales del Perú produce teorías muy débiles, contradictorias, teñidas de un eclecticismo carente de rigor. Un sociólogo peruano del S. XIX decía que “el liberalismo de esos gobiernos no ha sido ni es más que una transacción temporal entre los principios de la Revolución Francesa maleados por Napoleón y las viejas tradiciones monárquicas que se reaccionaron con su caída”. Y un agudo observador político de la época —don Manuel González Prada— sostenía que los “doctrinarios” peruanos eran capaces de poner la música de “Salve, salve, cantaba María” a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Sin embargo, debajo de estas racionalizaciones encontramos un segundo nivel más profundo —los grandes marcos de la modernización “tradicionalista”— que explica las marejadas de la superficie y les otorga una coherencia de significación social bajo cuya luz las contradicciones de la superficie resultan poco relevantes.

Ahora bien, en ambos niveles la “*idea de Derecho*” se erige como obstáculo epistemológico para conocer la verdadera función del Derecho y sus posibilidades dentro de las circunstancias materiales en que tiene lugar.

El jusnaturalismo y posteriormente el positivismo —las estructuras de superficie— se presentan en forma tan demandante que exigen una adhesión incondicionada e intensa: de ahí las aparentes contradicciones. La agitación de la superficie, el rizado del mar por el viento de las corrientes jusfilosóficas, la espuma de las olas ideológicas, impide comprender la unidad tranquila de las aguas profundas de la modernización tradicionalista que subyacen a toda esa actividad teorizante. Por eso los jusnaturalistas y los positivistas, los liberales y los conservadores, discuten acremente y viven sus concepciones teóricas bajo la forma de oposiciones tajantes, de polémicas vivamente coloreadas. En realidad, la intensidad del compromiso intelectual, las olas jusfilosóficas y lo pintoresco del debate actúan como opacidades que no permiten percibir que se trata de manifestaciones diferentes de un mismo proceso social: la polémica enturbia la percepción de la unidad de perspectiva que sustenta según las circunstancias una u otra corriente y que establece los límites del movimiento de superficie.

Sin embargo, ese marco de la modernización tradicionalista es en cierta forma intuído. Pero no es objeto de un conocimiento científico sino que su percepción es una mezcla confusa, no explicitada, con muchos elementos

latentes, de medias comprobaciones, evaluaciones y proyecciones: frente a ciertas realidades medianamente comprendidas, se asumen ciertos valores y se proyectan los anhelos y los temores de una clase social que tradicionalmente ha ejercido el liderato. En consecuencia, la “intuición” de la idea de Derecho dentro del proceso de modernización “tradicionalista”, al igual que las “teorías” de superficie, adquiere también el carácter de obstáculo epistemológico a un nivel todavía más profundo: la realidad es comprendida selectivamente de modo de acentuar, por ejemplo, la percepción de la distancia cultural entre los grupos sociales; las diferencias culturales son enjuiciadas valorativamente desde una óptica “moderna”, sin comprender las posibilidades y valores de las culturas nativas en aquellos aspectos que no fueron transformados por el mestizaje; el pensamiento liberal es recogido a través del tamiz intelectual “tradicionalista” sin que los propios elementos “modernizadores” sean capaces de entenderlo y aceptarlo en toda su potencialidad.

4. La Filosofía del Derecho: una nueva mirada

Frente a la investigación positivista que encuentra placer en sí misma y se aleja de la realidad social bajo el pretexto de una estéril pureza del Derecho y frente a las aspiraciones igualmente masturbatorias de una Filosofía metafísica del Derecho que se despegaba de tierra en su ascenso hacia conceptos jurídicos universales y que pretende convertir en irrelevante la Historia eliminando el peso de sus determinaciones en el esfuerzo de conceptualización teórica de lo jurídico, la Sociología del Derecho parecía ofrecer el único camino genital de comprensión de la realidad. Sin embargo, en el presente trabajo he pretendido demostrar que, a partir de una perspectiva sociologizante, hemos tropezado nuevamente con la necesidad de rescatar una reflexión teórica que, si bien se integra dialécticamente con el campo de lo empírico, tiene una estructuración propia y desarrolla una relativa consistencia interna que obliga a que su estudio se realice en forma específica. Hemos reencontrado así la Filosofía del Derecho, aun cuando esta vez la vemos plenamente consciente de haber perdido su virginidad metafísica y convencida de su necesidad de explicarse en razón de su fecundación histórica.

Esta nueva Filosofía del Derecho es ante todo una teoría crítica: se niega a aceptarse espontáneamente a sí misma y se niega a aceptar o a rechazar toda explicación teórica en abstracto: una de sus dimensiones fundamentales será la de formular y entender los conceptos confrontando la reflexión con la acción. Es así como descubre diversos niveles de conceptualización teórica que van desde las racionalizaciones más externas hasta las estructuras más profundas e irracionales del inconsciente jurídico: todas ellas se articulan de manera compleja

en el seno de las formaciones sociales, interaccionando en formas insospechadas, generando consecuencias insólitas. 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.