

## DERECHO, HISTORIA Y CIENCIAS SOCIALES

DIÁLOGO ENTRE CARLOS RAMOS NÚÑEZ\*  
Y ARMANDO GUEVARA GIL\*\*

Foro Académico convocó a los profesores Carlos Ramos Núñez (a quien le debemos la feliz idea y la estructura del temario) y Armando Guevara Gil para que desarrollaran una conversación acerca de las ciencias jurídicas, a propósito de su relación, tan indelible como necesaria, con otras disciplinas del saber humano. El resultado no pudo ser mejor: nuestros distinguidos especialistas discurrieron por el Derecho, para volver sobre él desde la visión amplia, y por ende más enriquecedora, de la Historia y las Ciencias Sociales. Los lazos entre lo jurídico y lo histórico fueron desplegados por el profesor Carlos Ramos; mientras que el profesor Armando Guevara nos dio cuenta de más de un vínculo que une al Derecho con la Antropología.

Reunidos en la Sala de Profesores del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la pregunta a modo de pretexto para que se inicie este delicioso diálogo, que es a la par un lúcido ejercicio de develamiento, fue la siguiente: ¿Por qué vincular Derecho e Historia y Derecho y Ciencias Sociales?

**CRN (Carlos Ramos Núñez):** La idea es poner en el tapete una conexión que, en nuestros días, resulta, a mi modo de ver, urgente; porque por lo común suele ser desestimada por Historiadores, en general, y por abogados, que más bien insisten en la perspectiva positivista del Derecho. Creo que esta vinculación entre Derecho e Historia puede entenderse en dos planos: en uno que podríamos llamar "formativo", es decir, la necesidad de que el abogado o estudiante de Derecho tenga bases teóricas y metodológicas sobre esa disciplina, esenciales, que le permitan entender al mundo normativo y al mundo institucional como una entidad histórica, y que le posibilite incluso operar a nivel profesional con el uso de un sistema legal al que juzgue histórico. Pero también, por otro lado, digamos en un nivel superior, está la idea de que la Historia del Derecho no sea sólo formativa, sino que más bien se imponga como una disciplina que deje en manos de los estudiantes y de los propios abogados e Historiadores también un manejo más bien técnico de esta materia. Entonces, estoy hablando de un nivel que ya no tiene que ver propiamente con lo formativo, sino más bien con la investigación, es decir, crear Historiadores del Derecho que se ocupen de la reconstrucción, de la crítica, de la comprensión de las normas, de las instituciones, de los principios, de la cultura jurídica en general, del pasado. Entonces, yo vería esas dos diferencias: una formativa y una que podríamos llamar "técnica".

**AGG (Armando Guevara Gil):** Para el caso del Derecho y las Ciencias Sociales, específicamente la Antropología, puedo traer a co-

lación un artículo<sup>1</sup> que publiqué hace un tiempo y que acaba de ser reimpresso por el Instituto Riva Agüero. Allí intento hacer un balance, un estado de la cuestión de la Antropología del Derecho en el Perú, caracterizándola como marginal por un lado y como periférica por el otro. Este diagnóstico coincide con el que Carlos [Ramos Núñez] está planteando sobre la posición estructural de una disciplina como la Antropología o la Historia del Derecho frente a las facultades de Derecho y las de Antropología. Al ser interdisciplinarios, estamos en el intersticio y eso obstruye nuestro desarrollo como especialidades institucionales y profesionales. En el caso de las facultades de Antropología, para ellas el Derecho no existe. Creo que allí la concepción positivista del Derecho es todavía más marcada que en nuestra propia facultad. Cuando uno ve su plan de estudios o las propias investigaciones que hacen los sociólogos y antropólogos se nota que no valoran la dimensión jurídica de la vida social. Y en el caso de las facultades de Derecho, cada vez hay menos facultades que ofrecen el curso o una perspectiva antropológica del Derecho. Aquí, en la Católica, felizmente se mantiene, es una materia opcional pero todavía navega y tiene un buen número de alumnos matriculados. En cambio, en la Universidad de Lima el registro de alumnos es cada vez menor, según me decía Connie Gálvez, la profesora del curso. En otras facultades, sencillamente no existe. Sé que no existe en la Universidad Villarreal ni en San Marcos –hay Sociología del Derecho, pero no hay Antropología como tal–. Entonces, creo que en ambos casos, Derecho e Historia y Derecho y Ciencias Sociales, tenemos ese problema: por un lado, institucional y, por otro, estructural. Cómo hacer que este conocimiento no sólo se cultive sino que tenga una audiencia. Porque al estar al medio entre dos grandes facultades, dos grandes disciplinas, nos encontramos en una posición marginal. Ahí la clave sería, como dice Carlos, incidir en el aspecto formativo para generar una audiencia, un público –me resisto a usar la palabra "mercado" porque me parece inapropiada para el ámbito académico–, pero creo que si sería necesario insistir en la necesidad de la investigación *per se*. Quizá podemos plantear una precisión instrumental: tratemos de fomentar el cultivo de la Historia del Derecho concentrándonos en el aspecto educativo formativo para que eso genere la necesidad de la investigación superior. Ahora, lo que puede obtener un estudiante de la Antropología y de la Historia del Derecho es clarísimo: vencer ese positivismo iluso, desterrar la idea de que el Derecho es un sistema autónomo y todas esas nociones idealistas que les enseñan y que acaban sustrayéndolo de su matriz histórica y cultural. Desgraciadamente ahora eso es nadar contra la corriente, pero cuando uno adquiere esa perspectiva hasta el típico abogado sale obviamente beneficiado porque puede argumentar, razonar e interpretar de una forma muchísimo más lúcida, más cabal que un abogado positivista.

\* Miembro Ordinario del Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Catedrático del Seminario de Teoría General del Derecho en la misma casa de estudios.

\*\* Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Miembro Ordinario del Instituto Riva-Agüero, PUCP.

<sup>1</sup> *La Antropología del Derecho en el Perú: Una Disciplina Marginal y Periférica*. En: América Indígena, LVII (1-2). México D.F., Instituto Indigenista Interamericano, 1998, pp. 341-373.

**CRN:** Yo quería dar sobre eso un ejemplo concreto. En los últimos años, está muy de moda cursos como Derecho Concursal o reestructuración patrimonial, Derecho de Propiedad Intelectual. Pero si, por poner un caso, tomamos una institución, un tópico contemporáneo que tiene que ver además con la política económica y la política de desarrollo que emprende el Estado y buscamos la palabra, por ejemplo, “concesión” en el diccionario de García Calderón, que es del año 1860, increíblemente ésta es una categoría espléndidamente desarrollada por este autor y que podría ser fácilmente entendida hoy desde una perspectiva contemporánea. Y es que el tendido de ferrocarriles, que se hizo en el siglo XIX, se hizo sobre la base de una política de concesiones, de tal modo que se puede aprender de la legislación y de la doctrina del pasado con fines estrictamente profesionales, más allá de las inquietudes históricas que una materia como esta pueda despertar. Por otro lado, discusiones sobre Derecho marítimo que fueron las mismas en el momento en el que se elaboró la Ley de Patentes Industriales en el siglo XIX. Cualquier figura que parezca moderna, en realidad no lo es. La conciliación, por ejemplo, que aparece como un mecanismo muy moderno, alternativo a la administración de justicia, tenía un desarrollo en la legislación indiana, en el Código de Enjuiciamientos Civiles del año 1852; y se originó un rico debate con motivo de la elaboración del Código de Procedimientos Civiles de 1912. En ese entonces, existía una revista que se llamaba la Revista Jurídica que era el órgano del comité de reforma del Código Procesal donde se veían los pros y los contras de la conciliación. Parece increíble que los mismos problemas que se presentan hoy sobre la conciliación –por ejemplo, que las notificaciones no se hagan, que los emplazamientos corran igual suerte–, los tenían en esa época. De modo tal que juzgo indispensable, aun con fines estrictamente pragmáticos, el conocimiento de la Historia jurídica.

Bueno, ahora ya tenemos otro aspecto que es la necesidad de un conocimiento profesional de la Historia del Derecho. Éste no se logra, como bien señalaba Armando [Guevara Gil], sin una formación previa. Resulta también necesario que haya nuevas generaciones de historiadores del Derecho que pongan el estado de la cuestión de la materia tanto en nuestro país como fuera, de acuerdo con pautas que podríamos calificar de internacionales. Es decir, esta es una disciplina, me refiero a la Historia del Derecho, que ha tenido un impresionante desarrollo en países como España, México, Argentina y Chile, (incluso curiosamente el virreinato del Río de la Plata es un producto del siglo XVIII, y Chile, que nunca llegó a constituirse en un virreinato, pero allí, por ejemplo, el estudio del Derecho indiano colonial es bastante grande). Y es curioso porque se produce como una especie de compensación teórica historiográfica ante una especie de ausencia o casi vacío de Historia colonial.

**AGG:** A partir del último punto que menciona Carlos también se puede trazar un paralelo respecto del carácter periférico de la Antropología del Derecho en el Perú. Lo que ocurre es que todavía estamos rezagados en relación con las elaboraciones teóricas, las propuestas metodológicas y los propios estudios de campo que se desarrollan a partir de ambas. Efectivamente la Antropología del Derecho y la Sociología del Derecho en el Perú andan a la saga de la producción de otros países, incluso de América Latina. Colombia, México y Brasil nos demuestran que sí se puede cultivar estas disciplinas en países como los nuestros, pero estando muy al tanto de los desarrollos teóricos y metodológicos que se producen en los centros académicos que marcan la pauta en la investigación contemporánea.

Con respecto al segundo punto que tocó, a mí también me parece interesante apostar por usar la Historia y las Ciencias Sociales para enseñar Derecho. En clase siempre pongo –para el cansancio de los alumnos que ya hicieron el ejercicio– el ejemplo sobre la procedencia y forma de clasificar los bienes, sobre todo inmuebles, en el Perú. Y cuando leemos ese famoso artículo 885 del Código Civil vigente que dice “son bienes inmuebles: el mar, los ríos, los lagos, los ferrocarriles, los aviones y los barcos”, la primera reacción que yo siento es que les parece natural, porque han sido adoctrinados en que ésa es una clasificación coherente. Pero cuando se les propone que esa clasificación viola las leyes de la física y del sentido común porque un lago o el mar no son inmuebles y un avión tampoco lo es, y que esa categorización está atada a una evolución histórica y contingente de la doctrina y al sistema de garantías, ven que todas las explicaciones que nos dan los juristas son cuestionables y sólo en ese momento reaccionan. Ahí es donde uno puede aprovechar para plantear preguntas claves: ¿cuál es la naturaleza del Derecho? ¿es un sistema o no?, ¿es un producto histórico?, ¿es un producto social?, ¿cuáles son las variables culturales implícitas en lo que llamamos “sistema”? Creo que es muy útil hacerlo para generar investigaciones. Por ejemplo, sería espléndido hacer un estudio sobre la evolución del sistema de clasificación de las personas en el Derecho peruano. Me parece un proyecto importante en donde se conjugaría la Historia del Derecho colonial y republicano con una perspectiva necesariamente antropológica para poder comprender los fundamentos y las consecuencias de las diversas clasificaciones vigentes a lo largo de nuestra Historia legal.

**CRN:** El Código Napoleónico, por ejemplo, empieza el artículo primero sin distinguir a las personas por el estado natural o por el estado civil. Y no distingue, precisamente, porque se propone establecer la igualdad ante la ley. Pero, en cambio, en la legislación del siglo XIX, el Código Civil Peruano de 1852, y sobre todo en su proyecto de 1847, hay una minuciosa distinción de las personas por el estado natural y particularmente por el estado civil. Y es que es eso es congruente con una sociedad jerarquizada donde la actividad económica en general se encontraba perfectamente dividida. Por otro lado, me parece bastante interesante trabajar la Historia del Derecho como disciplina porque en el Perú disponemos de las fuentes para eso, es decir, existen registros, como los archivos, el archivo general de la nación, los archivos provinciales, las bibliotecas públicas, bibliotecas del estado como privadas, el Fondo Editorial de la Universidad Católica, del Instituto Riva Agüero, de la Universidad San Marcos donde hay un material impresionante. Puedo dar testimonio de la riqueza de esta información porque había pensado hacer una Historia del Derecho Civil originalmente en tres ó cuatro tomos, pero en la medida que encontraba información eso me hacía recordar a una especie de huaca precolombina, es decir, escarbaba y encontraba cerámicos, encontraba tejidos, en fin una serie de aspectos, digamos las tesis universitarias sustentadas en San Marcos o aquí en la universidad desde 1934 en adelante. Y la información era cada vez más cuantiosa, de tal manera que hubo necesidad de ir aumentando cada vez más los volúmenes de esta Historia del Derecho Civil, yendo incluso contra el propio plan que originalmente me había propuesto. Y es que las fuentes rebasaban cualquier trabajo planificado. Entonces, si hay tantas áreas por escudriñar, pensemos, por ejemplo, que en el Perú no tenemos un trabajo serio sobre Historia del Derecho Mercantil a pesar de que hemos tenido un Código de Comercio de 1852 o leyes comerciales en la época de Santa Cruz, un Código de Comercio que está vigente, un Neofrankenstein del año 1901. Es decir, tenemos parches, porque tenemos una Ley General de Sociedades o una Ley de Títu-

los Valores, pero tenemos un código vigente de 1901, y además hay normas que están vigentes. Por ejemplo, no sabía que una Ley General de Depósitos, de almacenes, todavía esta vigente a pesar de que se dictó a fines del siglo XIX, es decir, creo que la necesidad de trabajar una serie de temas desde una perspectiva histórica es indudable. Pensemos en el caso de la Criminología, o del Derecho penal, o incluso la del desarrollo del Derecho Procesal, Penal y Civil, la Historia del jurado, Historia del juicio oral, la recepción, por ejemplo, de la audiencia pública, o la Historia constitucional del Perú que, en realidad, todavía está por hacerse. Temas como la bicameralidad, el voto de censura, en fin, reclaman un tratamiento histórico.

**AGG:** Lo que dice Carlos sobre cómo las fuentes lo “empujan” a seguir expandiendo su obra –y ojalá se mantenga en el esfuerzo unos veinte años para tener una Historia del Derecho peruano realmente cabal–, me lleva al punto de la interdisciplinariedad entre Historia y Antropología del Derecho. Este encuentro es importante sobre todo en un país como el nuestro porque no sólo hay una gran riqueza de fuentes históricas sino también etnohistóricas y culturales. El Perú es y ha sido un gran laboratorio social y cultural para el investigador. La heterogeneidad cultural, social y política ha sido de tal magnitud que habría que hablar de *Historias del Derecho* en lugar de Historia del Derecho. Así podríamos plantear varias preguntas: ¿estuvo vigente el Derecho oficial?, ¿en qué ámbitos?, ¿cómo colisionaba con otros ordenamientos normativos? En otras palabras, llegamos a la interrogante de la pluralidad jurídica. Eso llevaría a formular un fascinante proyecto de investigación sobre qué Historia o cuántas Historias del Derecho tenemos. Es evidente que ante esta heterogeneidad, el Derecho ha tenido diversas vidas sociales y en cada región, en cada espacio social, se han producido una serie de constelaciones normativas realmente vastas y riquísimas. Creo que allí, al final, Antropología e Historia social del Derecho van a tener que conjugar esfuerzos. Además, un proyecto de esa naturaleza tendría que integrar los aportes de la Historia institucional para tener claridad sobre los aspectos formales e institucionales del Derecho estatal. Así, un estudio de Historia y Antropología del Derecho enfocaría las dimensiones sociales y culturales de los fenómenos jurídicos y eso sería una propuesta renovadora frente a la Historia del Derecho tradicional que más se cultiva. En el último Congreso Internacional de Historia del Derecho Indio que celebramos en el Instituto Riva-Agüero (setiembre 2003), por ejemplo, no he visto muchas ponencias que hayan intentado conjugar Ciencias Sociales e Historia del Derecho. La mayoría tenía enfoques de Historia institucional. Precisamente nosotros, por el mandato de nuestra realidad histórica y cultural, podríamos plantear este tipo de propuestas y proyectos innovadores.

**CRN:** Estaba pensando en un caso bastante interesante en conexión con Historia y Ciencias Sociales, particularmente con la Antropología, en el debate sobre el indio al comienzo del siglo XX. Por ejemplo, en las actas de debates del Código de 1936 hubo una propuesta de parte Juan José Calle, un jurista puneño, para declarar la incapacidad relativa de los indios que no supieran hablar el español y fueran analfabetos. En realidad, Juan José Calle, que era un indigenista, planteaba estos temas desde una perspectiva proteccionista, volviendo a la política tuitiva del indio que se manejaba en el Derecho indiano colonial. Al final, hubo todo un debate a nivel nacional sobre si se declaraba a los indígenas incapaces o no. Se llegó a la conclusión de que no. No aparece en el Código Civil de 1936 en la lista de los incapaces relativos, pero en el Código Penal de 1924, en sus artículos 44 y 45, se hacía una distinción curiosa de los indios: salvajes, semi-

salvajes y degradados por el alcohol. Dentro de las categorías modernas, esto no sólo nos ocasiona risa, sino que nos parece lamentable. Incluso una historiadora publicó hace algún tiempo un artículo donde criticando al legislador peruano por haber establecido esa división. Pero también, en este trabajo se decía que en manos de los jueces estas normas más bien facilitaban que los indígenas pudieran alcanzar su libertad. Salvajes eran los amazónicos y semisalvajes eran los andinos, entonces en un caso obtenían la libertad y en otro caso se les restringía la pena. Entonces, estas categorías insensatas y políticamente incorrectas a la larga en manos de los jueces resultaban siendo útiles. Pensemos en un caso terrible como la violación presunta, es decir, hasta el gobierno de Velasco este delito se cometía en agravio de menores de dieciséis años. Entonces, las cárceles peruanas estaban atestadas de indígenas que sin saber por qué, considerando que en su horizonte cultural las relaciones sexuales no dependían de una partida de nacimiento y de una edad más o menos arbitraria, sino sobre la base de datos fisiológicos: aparición del vello púbico, la aparición de la regla, es decir, que marcaban el inicio de la aptitud sexual de las mujeres, y de los hombres, por ejemplo, la aparición del vello púbico, eran datos que aparecían antes de los dieciséis años establecidos como límite por el legislador. Velasco bajó la edad de dieciséis a catorce años, pero el problema todavía persiste, a pesar de que el Código Penal habla del error culturalmente condicionado. Si nosotros hacemos una encuesta y preguntamos a los jueces penales o a los magistrados de otras instancias que ejercen en materia penal qué es el error culturalmente condicionado, estoy seguro de que no tienen la menor idea de lo que es eso. Más aún, creo que no aplican esta categoría en sus resoluciones judiciales. No tenemos en el Perú, como sí sucede en Colombia o en otras latitudes, la figura del perito antropológico que, en el caso de indígenas que están sometidos a la justicia oficial, se necesitaría este peritaje para considerar si culturalmente se juzga determinada figura como una infracción de Derecho penal y si hay la conciencia de que se está violando una norma.

**AGG:** Lo que ha dicho Carlos sobre el Código Penal de 1924 y el aporte que hizo Víctor M. Maurtua –un gran internacionalista dicho sea de paso– al relativizar a los sujetos punibles y configurar esa clasificación de la población peruana en civilizados e indígenas semicivilizados y salvajes<sup>2</sup> es muy interesante para apreciar el uso judicial y la vida social de la norma. Ahora nosotros vemos esas normas como discriminatorias pero creo que es crítico entender cómo algunas que hoy nos parecen descabelladas pueden tener una vida, un efecto social más bien positivo en términos de la libertad de los indígenas, por ejemplo, que de la noche a la mañana se vieron arrastrados a padecer juicios que, por supuesto, no entendieron. Ahora, también es claro que en términos políticos y culturales ampliados, esa clasificación y su vida social y judicial expresaban la vigencia de un sistema hegemónico en el cual uno era penalizado por su condición cultural, por las prácticas culturales y sociales que realizaba. En otro ámbito cultural, por ejemplo, la medicina tradicional también llegó a estar penalizada.

<sup>2</sup> Código Penal de 1924, artículos 44 y 45. El primero señala que “tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta si condición especial (...) Cumplidos dos tercios del tiempo que según ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse. El artículo 45 prescribía que “tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo. los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres y procederán a reprimirlos prudencialmente (...)”

Los curanderos eran perseguidos pero felizmente eso ha cambiado y ahora hay propuestas para revalorizar sus conocimientos e integrar los a la medicina occidental o clínica que ofrece el estado en sus servicios de salud. Por otro lado, la cuestión de la vida social de la norma nos lleva al punto de los peritajes judiciales mencionado por Carlos. El año pasado hice una consultoría para la Defensoría del Pueblo de Iquitos y, precisamente, pude analizar una serie de diez peritajes antropológicos practicados a indígenas que estaban siendo juzgados por la Corte Superior de Loreto. Encontré que ninguno de los operadores judiciales, incluidos los peritos, saben cómo debe ser empleado y valorado el peritaje cultural. Los peritos antropológicos, por ejemplo, asumen que ellos tienen que hacer un alegato de defensa no sólo del indígena sino también de los pueblos indígenas y por supuesto esa no es la finalidad de un peritaje judicial. Los jueces instructores no los ordenan en la etapa probatoria y dudo que sepan de su existencia. Es la Corte Superior de Loreto la que ordena que se practiquen en la etapa del juicio oral cuando, procesalmente, no se deberían actuar pruebas salvo cuestiones excepcionales. Así uno va examinando cuál es la percepción que los operadores legales tienen sobre esta institución y es evidente que no la emplean adecuadamente. Es más, la usan mal. El perito cree que tiene que hacer un alegato y la corte cree que debe usarlo para favorecer al indígena aplicando el famoso artículo 15<sup>3</sup> del Código Penal vigente que, dicho sea de paso, por lo que pude leer para esa consultoría, está mal concebido y redactado. Aquí también resulta importante enfatizar la vida social y el uso judicial de las normas e instituciones oficiales.

**CRN:** Estaba pensando acerca del peritaje antropológico y eso me llevaba al papel del juez. De acuerdo a nuestra legislación procesal, el juez es considerado perito de peritos, es decir, puede si gusta adoptar el peritaje o apartarse de él. Pero tengo la impresión de que en el Derecho moderno y en el que viene después, el papel del perito va ser central en la administración de justicia, siempre y cuando naturalmente entienda sus alcances. Pensemos, por ejemplo, en cualquier clase de incidente, en un colapso de una red de *Internet* o de un sistema digital, en la caída de un puente, un edificio, por problemas de construcción o un fraude financiero multimillonario que abarque varios consorcios, o un problema de carácter médico que dé lugar a una probable negligencia y una consecuente responsabilidad. Creo que en todos estos casos el juez no está en aptitud de entender la causalidad de estos fenómenos por sí mismo, sin el auxilio de peritos, ingenieros de sistemas, contadores, médicos, ingenieros civiles, arquitectos. Creo que, en ese sentido, el papel del perito en la sociedad moderna se incrementa considerablemente. Esto me parece interesante verlo también desde una perspectiva histórica. El papel del juez en la Historia y el de otros operadores del Derecho resulta esencial para entender la naturaleza de la administración de justicia contemporánea y sus propias limitaciones. Vean ustedes que en el tiempo que están en la facultad de Derecho seguramente han oído hablar siempre de la reforma judicial. Yo recuerdo que desde que ingresé a la facultad de Derecho – ya van a ser más de veinte años– escuchaba hablar de la reforma judicial y, seguramente, abogados mayores, jubilados o ya fallecidos han escuchado hablar de la reforma judicial. Precisamente, Armando Guevara, en la introducción de su libro, decía una frase que después se ha ido reproduciendo en otros ámbitos: que la Historia del poder judicial es la Historia de sus reformas. Este es

un hecho cierto y creo que para entender esto resulta importante ver el perfil histórico del juez y su modificación a lo largo del tiempo. Si ustedes ingresan a un corte superior donde existen retratos de los presidentes de las cortes, pueden ver una serie de diferencias hasta en el aspecto físico de los jueces. Si vemos jueces del siglo XIX, casi todos los presidentes de las cortes supremas y superiores, son de raza blanca. De 1924 en adelante son de raza mestiza, en tiempo de la reformas de Leguía. Y después, desde Fujimori en adelante, o tal vez desde Velasco, son más bien de tez cobriza. Cambian la indumentaria, la ropa que llevan, de pronto cambian también los rituales. Por ejemplo, la Corte Suprema tenía un reglamento que era de comienzos de la República. Creo que además la composición social de la magistratura ha variado notablemente. Acá hay una serie de temas que pueden considerarse positivamente, por ejemplo, la democratización del poder judicial. Pero negativamente también: el hecho de que de pronto los jueces no se sientan con la misma independencia que podían haber sentido en el siglo XIX cuando intervenían en casos famosos (el caso Dreyfus, por ejemplo). En fin, probablemente, a pesar de las presiones, se sientan moral y socialmente solventes para mantener cierta independencia. Negativamente también porque el juez de esa época tenía las posibilidades de una mayor formación. A la larga formaba parte de una tradición familiar –en casa no faltarían los libros de Derecho que habrían sido de sus padres, de sus abuelos y así sucesivamente–. El juez moderno creo que tiene mayores limitaciones y sus desafíos probablemente sean, en ese sentido, mayores. Creo que cuando se habla de la reforma judicial en el Perú se atiende más a los aspectos de carácter normativo o legal –que ciertamente son importantes–, pero creo que se desatiende la parte propiamente individual o colectiva, es decir, que el protagonista de la reforma es el juez. Y creo que allí no hay una conciencia clara de la figura judicial que se está buscando.

**AGG:** Permíteme preguntarte si alguna vez hubo una reforma judicial exitosa.

**CRN:** Podemos decir que pueden haber reformas parcialmente exitosas. Por ejemplo, me parece que la reforma de Leguía incorporó elementos del sector de la clase media y dio un paso importante. La administración de justicia dejó de ser aristocrática para convertirse en una justicia que podríamos llamar socialmente más abierta. Dejó de ser una justicia cuya composición fuera fundamentalmente limeña para abrirse a sectores provincianos. Creo que en ese sentido se trató de una reforma en tal punto exitosa, pero en lo demás no, pues se trataba también de controlar al Poder Judicial. Creo que la reforma de Velasco fue exitosa en la medida que creó un sistema privativo realmente eficiente, creó un fuero privativo agrario, un fuero privativo laboral, con jueces altamente capacitados y con una conciencia social muy arraigada. Por último, la reforma de Fujimori fue buena en el sentido de incorporación de la tecnología en la administración de justicia, pero nefasta desde el punto de vista del control político de la magistratura.

**AGG:** Sobre el asunto de la extracción social y costumbres de los vocales supremos, el doctor Luis Felipe Almenara –que también llegó a serlo– me contaba el año pasado que él ingresó al Poder Judicial como practicante a los 16 años. Recordaba que en esa época, cuando los vocales conversaban o bromeaban entre sí, el personal subalterno no podía inmutarse. Era, sencillamente, invisible, no existía. En general, además, había una marcada prelación jerárquica para todo tipo de actividades, desde la ingestión de alimentos hasta el acto de sentarse en las audiencias o el caminar por los pasillos del palacio: primero los vocales, luego los relatores, después el personal adminis-

<sup>3</sup> “El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad.”

trativo y al final los practicantes. Esto da una idea de la jerarquización de los estamentos sociales y profesionales que conforman el poder judicial. Y, sobre todo, de la verticalidad que también se refleja en las decisiones judiciales. La verdad judicial es eminentemente jerárquica. Al respecto, conectando estas observaciones con el papel de los peritajes, y ahora que se habla de la necesidad de la participación ciudadana en la reforma judicial, sería interesante institucionalizar el papel de los peritos culturales o sociales en las decisiones judiciales. De ese modo, los jueces podrían resolver con un criterio enriquecido por la pericia cultural. Como decía Carlos, esta figura se usa poco, pero creo que si se difunde podría abrir formas de participación ciudadana y democratización de la administración de justicia muy interesantes para mejorar la calidad de las resoluciones judiciales en realidades socio-culturales tan complejas como Loreto, Cuzco o Puno. Creo que eso podría ser una de las grandes lecciones y aportes provenientes de una visión más sociológica y antropológica del Derecho.

**CRN:** La idea de los jueces con una formación sociológica también me lleva al terreno de los jueces con una cultura general más amplia. Leí un texto que me pareció fascinante de un profesor chilcano, Raúl Cumplá. Es una especie de experto y estudioso del lenguaje y tiene como diez libros publicados. Entre sus objetivos risibles están los jueces y los locutores. Se refiere Cumplá al mal uso que hacen los locutores y los jueces del lenguaje. Es más, se ha tomado la molestia de incorporar en sus libros como apéndices sentencias de las cortes de diferentes lugares del Perú, o discursos, uno de ellos de Marcos Izabeta. Expresiones como “el inferior”, “el colegiado”, “apertura instrucción”. Creo que en la Academia de la Magistratura se han dictado cursos de etiqueta, donde a los jueces se les decía qué clase de calcetines debe usarse, qué color —no se debía usar medias blancas, por ejemplo—, pero no se ha dictado cursos sobre cultura general. Sería interesante que se dictaran cursos sobre gramática española, sobre el buen uso del lenguaje, o que se dictaran cursos de Filosofía general o de Historia general. Tengo la impresión de que en la formación del magistrado hay dos grandes vacíos: por un lado, una formación general de cultura y, por otro lado, una gran deficiencia técnica que, según el Presidente de la Corte Suprema, se ha superado, lo cual me parece un gran paso. Es decir, formar jueces que entiendan Derecho de la Competencia, Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho Tributario, y que no se produzca esa especie de desajuste o de quiebre entre las resoluciones más técnicas aunque polémicas del INDECOP, del Tribunal Fiscal, de los Registros Públicos, en fin. Y luego sentencias judiciales que, contrastadas con estas resoluciones expedidas por organismos técnicos, son francamente deplorables y que solamente se refieren a aspectos de carácter procesal antes que atender a cuestiones de fondo. Creo que hay una tarea inmensa en ese sentido en instituciones como el propio Poder Judicial, la Academia de la Magistratura, el Consejo Nacional de la Magistratura y también las mismas universidades. Es decir, la universidad creo que necesita abrirse más hacia otros operadores del Derecho como la profesión forense o como la orden judicial. Creo que la labor que se desarrolla en las universidades —que debe graduarse de acuerdo a la calidad de cada universidad porque hay bastantes diferencias entre unas y otras— debe pasar también por la necesidad de volcarse más hacia la formación de jueces y abogados que, aun cuando ya hayan egresado y se encuentren en posesión del título, tienen su formación tan deficiente. Se necesita que la universidad participe en la capacitación de los jueces y los propios abogados. Y esto también enriquece al mundo académico, porque, de pronto, el académico está como en una torre de marfil y viendo lo que sucede en

la práctica forense o judicial enriquece enormemente su perspectiva.

**AGG:** El lenguaje judicial siempre me ha parecido confuso y me he preguntado si es factible reformarlo. Puede ser que sí, pero creo que cuando uno piensa en la tensión estructural que existe entre el conocimiento popular que circula en la sociedad, al que todo el mundo tiene acceso, y el conocimiento especializado propio de una pirámide de especialistas se llega a la conclusión de que esa jerga profesional sirve para delimitar un espacio simbólico que confiere autoridad e identidad. Además, el lenguaje judicial es performativo, es decir, no es un lenguaje descriptivo, es más bien productivo, la acción está implícita en la palabra. Eso ocurre cuando un juez condena o absuelve, por ejemplo. Así operan y administran una esfera simbólica definida por un lenguaje especializado, una jerga profesional, manejada por un cuerpo de expertos que elabora verdades procesadas con sabe Dios qué tipos de razonamiento. En sociedades como las nuestras esta mediación simbólica supone una cuota de poder muy importante para los jueces y operadores legales. La posición que ocupan y el tipo de discurso especializado que manejan están divorciados de la sociedad. Ante esos conocimientos y rituales de carácter esotérico, iniciático, surge la demanda por un conocimiento y un tipo de decisiones judiciales más bien accesibles, democráticas y consonantes con las necesidades de la sociedad. El problema es que estamos ante un distanciamiento estructural y no sólo episódico pues es parte de la especialización y división de funciones en los estados modernos. Esto me lleva al punto que Carlos mencionaba sobre la necesidad de cultivar académicamente y no sólo profesionalmente a los alumnos de Derecho y a los postulantes a la judicatura. Al respecto, quisiera traer a colación lo que decía el doctor De Trazegnies en su artículo sobre el caso Huayanay a fines de los años setenta. Ahí enfatizaba la necesidad de sociologizar, antropologizar, el propio razonamiento jurídico<sup>4</sup>. Es decir, no se trata de incluir a la sociología o a la Antropología del Derecho como una variable más en la vida del Derecho. Lo que había que hacer, para Trazegnies, era transformar el seno mismo del razonamiento jurídico, la forma de pensar del abogado, particularmente en el Perú. Una propuesta análoga se practicó en los años noventa con respecto al análisis económico del Derecho y los proyectos de ley que presentaban los legisladores. La idea era que debían hacer un análisis de costo-beneficio sobre el impacto económico de las normas que proponían. No sé si al principio tomaron en serio esta tarea pero ahora una ve los proyectos de ley que se presentan y la iniciativa está totalmente desnaturalizada. En todo caso la pregunta cae por su propio peso: ¿por qué no hacer lo mismo, por qué no incorporar un análisis cultural y social sobre el impacto de los proyectos de ley? Así se podría legislar con responsabilidad y conocimiento. Me parece que es absolutamente indispensable hacer lo que planteaba Trazegnies: sociologizar, antropologizar el propio razonamiento jurídico, no sólo en el ámbito de creación del Derecho sino también en el judicial.

**Abraham García Chávarri (Foro Académico):** Yo quisiera plantear una inquietud. La Constitución señala que las autoridades de las

<sup>4</sup> “Consideramos que un verdadero restablecimiento de la unidad de las Ciencias sociales —quebrada por la tendencia a la especialización— en la que el Derecho vuelva a ocupar su puesto dentro de ellas, sólo es posible si introducimos elementos antropológicos, sociológicos, psicológicos, económicos, etc., en el seno del razonamiento jurídico mismo, en la creación e interpretación de la ley”. DE TRAZEGNIES, Fernando, *Huayanay: el ocaso de los héroes*, Cuadernos Agrarios II, 2, 1978, pp. 47-65.

comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. Entonces, la duda que tengo es cuál sería la naturaleza o los alcances de esta "función jurisdiccional" de las comunidades campesinas, y si este límite de los derechos fundamentales de las personas no es sino también una imposición necesariamente occidental. Porque, si la idea es que se respeten las decisiones de estas comunidades campesinas en la medida en que no se violen estos derechos fundamentales; este mandato o límite que se impone no significa acaso también una visión occidental y restrictiva de tales decisiones? Una decisión que para estos grupos es normal, quizá para nuestra corriente más circunscrita a lo occidental es atentatoria o violatoria de los derechos fundamentales. Entonces, ¿cómo se compatibiliza esta llamada "función jurisdiccional" con el límite de los derechos fundamentales?

**CRN:** Antes de responder esa pregunta, quisiera recordar algo que tiene que ver con la vinculación entre los jueces y la cultura andina o la costumbres. Cuando existían los juzgados de paz no letrados —que todavía existen, cada vez con menos importancia—, tenían una gran respetabilidad social, y hubo una serie de estudios que convalidaban esta postura. Eran instituciones que, a despecho de la administración de justicia profesional que ha tenido siempre un gran desprestigio, tenían, por el contrario, una alta estima social. Cuando la justicia de paz no letrada empieza a profesionalizarse, sobre todo cuando los estudiantes de Derecho ahora con la creación de tantas universidades empiezan a ingresar a un terreno en el que simplemente no habían necesidad de tener ninguna formación universitaria para ejercer el cargo, se ve de pronto que esta actividad empieza a recibir la participación de estudiantes de Derecho, de abogados jóvenes. De pronto, estas instituciones empiezan a perder prestigio y dejan de tener la misma respetabilidad social. Por otro lado, al formalizarse, acaban con la parte más interesante y más valiosa que tenía la administración de justicia de paz, a pesar de que tenían atribuciones muy restringidas (no podían atender delitos, sino faltas; la cuantía estaba también limitada para el conocimiento de los juicios; no podían declarar divorcios, muchas veces lo hacían en la práctica a pesar de que iban contra la ley). Tengo la impresión de que esta idea de justicia de paz letrado debía rescatarse y articularse adecuadamente con tu reflexión que parte de la lectura del texto constitucional donde se establece una jurisdicción privativa, especial, para los pueblos indígenas. Han pasado ya diez años desde la vigencia de esta norma y hasta la fecha no ha recibido ninguna clase de desarrollo legislativo, lo cual es preocupante. Tal vez una de las cosas más valiosas que tenga el texto constitucional sea esta norma. Por otro lado, ya en el artículo segundo me parece, la incorporación, por primera vez en el Perú, de la costumbre como fuente formal del Derecho. Además, en un nivel constitucional, porque no estaba ni siquiera en un plano legislativo: nuestro código de 1936, 1852, no otorgaron nunca a la costumbre la condición de fuente formal. Esta vez sí. Pero aquí también sucede lo mismo, es decir, los jueces, ¿cuántas veces invocan a la costumbre como fuente formal del Derecho, a pesar de que tiene una vigencia constitucional?. Pocas veces. Esta norma me parece que debe ser desarrollada. No sé qué criterios tendrían que manejarse —si tienen que ser territoriales o si tienen que ser culturales, o si tienen que combinarse estos dos aspectos—, de modo tal que pueda considerarse también la situación de indígenas que vivan en las ciudades, pero que en realidad no hayan roto con su tradición cultural.

**AGG:** Allí es donde podríamos afirmar la necesidad de popularizar el uso del peritaje, para que un perito —que no necesariamente tiene que ser un profesional del Derecho, sino cualquier persona, según el Código de Procedimientos Penales— informe, ilustre, al juez sobre cuáles son las costumbres de determinado lugar. Esa es una forma de democratizar, de plantear la participación ciudadana en las decisiones judiciales y de abrir las perspectivas de la judicatura.

**CRN:** Por otro lado, a mí me llama la atención esa norma en el sentido de si haya sido considerada como una norma de remisión cuando está vigente. En realidad, creo que su vigencia no depende de su reglamentación, sino que ya los jueces tranquilamente podrían estar utilizando esa norma, sin esperar que haya una ley reglamentaria.

**AGG:** De hecho, esa norma del artículo 149 de la constitución consagra Derechos constitucionales<sup>5</sup>. Tiene, además, amparo en el Derecho Internacional indígena con la aprobación y vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los pueblos indígenas. La pregunta que Abraham [García Chávarri] plantea permitiría, desde el punto de vista de la reivindicación de la Antropología y la Historia del Derecho como disciplinas académicas, formular un proyecto de investigación conjunto. Allí se haría patente que tendríamos que hablar de *las Historias del Derecho* en el Perú, porque la investigación sobre cómo se administra justicia en las comunidades campesinas y nativas conduce a la cuestión de la pluralidad legal. Cómo, en los sesenta y cuatro grupos étnicos amazónicos o en las cerca de 4 500 mil comunidades campesinas, se procesa el conflicto social. Cómo se rearticulan sus propias costumbres y normatividades con el Derecho estatal; cuáles son las presiones que reciben; cómo las procesan; de qué manera se han producido préstamos entre el Derecho oficial estatal y las legalidades locales; de qué manera el Derecho oficial abrogado para nosotros es hoy o ha sido Derecho vigente para las comunidades. El formalismo, el legalismo campesino es muy marcado y creo que allí hay una impronta típica del Derecho colonial que se refuerza con las prácticas del Derecho republicano oficial y que pasa a ser una característica del Derecho consuetudinario. Eso se ve en los mandamientos de posesión. La forma de tomar posesión de las casas o tierras proviene del Derecho colonial y eso se practicó en los Andes hasta mediados del siglo XX porque en la mentalidad campesina la forma de tomar posesión tenía que ser pública, física y material y no bastaba con las abstracciones posesorias del código de 1936. Creo también que la relación entre Derecho oficial y Derecho consuetudinario o indígena, en materia de lo que llamamos los límites de los Derechos fundamentales, revive el viejo problema que se planteó en el Derecho colonial sobre los fueros y su articulación. En el siglo XVI Polo de Ondegardo planteaba, por ejemplo, "que se respeten a los indios sus fueros" siempre y cuando no atenten contra la religión y lo que dictaba la metrópoli. Eso es típico de cualquier Derecho colonial pues establece lo que se denomina la "cláusula de la repugnancia", mediante la cual el poder colonial permite la vigencia de normas, usos y costumbres autóctonas pero impone un límite en función de sus intereses, valores y creencias religiosas.

<sup>5</sup> El artículo 149 de la Constitución 1993 señala que "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".

Allí se ve claramente la articulación entre Derecho, hegemonía y poder porque se faculta pero dentro de ciertos límites impuestos. Desde un punto de vista crítico a esas cláusulas de repugnancia modernizadas, ese artículo 149 no es ningún avance. Pero, como dice Carlos, sí supone un avance legal y político en las circunstancias actuales. No solamente hay que mantenerlo sino que hay que difundirlo y usarlo como una herramienta política y legal para ampliar la sustentación de los Derechos indígenas. Los jueces, sin embargo, se rehúsan a aplicarlo porque dicen que necesitan una ley que explicita la forma de coordinación judicial pero ese es un problema que está más allá de la norma constitucional y remite más bien a las deficiencias en la formación de los magistrados.

Ese artículo constitucional lleva también al problema de la interpretación de los Derechos Fundamentales en contextos culturales y sociales heterogéneos. Hay una serie de propuestas: la hermenéutica diatópica; las formas de interpretación relativizadas de los Derechos humanos o una restricción de los Derechos considerados realmente fundamentales—creo que la corte colombiana ha hecho un trabajo muy ilustrativo al respecto—. Estos planteamientos expanden el ámbito de aplicación y vigencia del Derecho consuetudinario o indígena y elevan el grado de reconocimiento que les confiere el Derecho oficial. Claro que al final marcan límites: que no se puede atentar contra la vida o que la tortura y la crueldad no son tolerables, pero esos límites son más restringidos. Ahora, al final, yo pienso que los problemas jurídicos son siempre problemas políticos y se requiere que la propia gente reivindique sus Derechos consuetudinarios o locales y que los mantenga vigentes en determinados espacios sociales y culturales para frenar el avance del Derecho estatal. Si hay una formulación política y social adecuada para que las comunidades y pueblos indígenas transformen “el Derecho al Derecho” en una demanda colectiva entonces el estado va a tener que reconocer esos Derechos. El centralismo estatal no va a poder imponerse tan fácilmente y allí es donde se producirá el diálogo. Lo ideal por supuesto es que sea un diálogo abierto, democrático, intercultural, y en donde tengamos autoridades estatales muchísimo más sensibles y capaces de manejarse frente a esa diversidad social, cultural y legal.

**CRN:** Recordaba con las palabras de Armando sobre el uso histórico de las normas y las instituciones, una anécdota que relataba el doctor Max Arias-Schreiber cuando como abogado visitó Cerro de Paco en la década de 1950. Entonces ya estaba vigente el Código Civil de 1936, pero sorprendía que los justiciables defendieran sus Derechos con el Código Civil de 1852. Es decir, ellos creían que aún ese cuerpo legal se encontraba vigente. Tengo la impresión de que en el mundo amazónico hay también una utilización, un conocimiento “defectuoso” de la legislación occidental, pero que es una herramienta en manos de los campesinos, de los indígenas, que saben en qué momento se sirven de la legislación positiva. Creo que una frase de Pedro Oliveira, en los debates del Código de 1836, decía “los indios amazónicos están a espaldas de la civilización”. Esa frase en nuestros días es totalmente anacrónica. Ya no creo que existan pueblos indígenas que estén al margen de la “civilización occidental”, sino que hay una mixtura de tradiciones culturales propias y también la recepción cultural de otras costumbres. Podemos ver, en los andes, el baile de las tijeras, donde bailan con zapatillas Nike; o de pronto los Uros—que como raza han desaparecido— que desde las seis de la mañana se

trasladan a la isla de Taquile y a las tres o cuatro de la tarde están trabajando en la ciudad de Puno manejando combis. Esto no significa negar la existencia de estas comunidades, sino que es un modo sencillamente de percibir un cambio y su adecuación incluso a los mecanismos de vida contemporáneos.

**AGG:** Creo que también sería interesantísimo incluir en ese proyecto sobre *las Historias del Derecho* en el Perú, las diversas interpretaciones que las propias autoridades y las burocracias provincianas hacen de las normas que se emiten en la capital. Porque, ciertamente, una propiedad de la interpretación es que conforme se va produciendo una cadena de emisores y receptores de la norma al final se produce el fenómeno del teléfono malogrado. Entonces, lo que aplican los operadores judiciales o lo que interpretan los abogados—y aquí hay que incorporar a esa vastísima constelación de abogados informales y tinterillos que tiene un papel trascendental en la historia del Perú— puede resultar diametralmente opuesto a la voluntad del legislador o al contenido positivo de la norma. Eso refuerza la necesidad de estudiar la vigencia social de las normas en términos de las diferentes interpretaciones que se producen en determinado momento histórico. Creo que eso sería estupendo para relativizar la idea de que el sistema jurídico es uno solo y que el comando normativo estatal tiene una vigencia plena en todos los agentes y espacios sociales. Porque una cosa es que el campesino o el comunero haga una interpretación para nosotros “distorcionada” y otra cosa es que las propias autoridades lo hagan. Eso abona la necesidad de plantear un proyecto que estudie esas diferentes *Historias del Derecho*.

**CRN:** A muchos jueces del Perú, por ejemplo, no les llega el Diario Oficial El Peruano. Es decir, un fiscal, un juez en Madre de Dios, o no recibe el diario El Peruano o lo recibe tardíamente. Y es más, es una lástima que la Constitución de 1993 haya reformado en ese punto la de 1979, porque la *vacatio legis* de quince días era finalmente un mecanismo interesante para enterarse a tiempo de la vigencia de las normas, porque veinticuatro horas puede funcionar en Lima—y todavía con dudas—, pero no sé si en Amazonas o en Madre de Dios.

**AGC:** Como hemos podido apreciar tras este interesante diálogo, son varios los temas pendientes, los retos a plantearse y ser desarrollados. A grandes rasgos, podemos distinguir tres de ellos. En primer lugar, el reconocimiento de nuestro país como una realidad pluricultural vasta y múltiple, imposible de ser constreñida o agotada en lo que la globalización (o la occidentalización) quisiera circunscribir y abstraer. En segundo término, y como consecuencia del primer punto, la necesidad de que las universidades y diferentes centros de estudios superiores incluyan en sus currícula cursos de Historia (o Historias) del Derecho, de Antropología Jurídica, de Sociología del Derecho, de todas aquellas materias que el profesor Armando Guevara Gil ha caracterizado como marginales y periféricas. Finalmente, queda expuesta también la interdisciplinariedad del Derecho, es decir, plantearse el reto y la posibilidad de entender y repensar lo jurídico desde una perspectiva más amplia, y por ende más completa, estos es, desde las visiones de otras disciplinas que lo complementen y enriquezcan, como pueden ser la Historia o las Ciencias Sociales.

Foro Académico agradece muy sinceramente la valiosa participación de los profesores Carlos Ramos Núñez y Armando Guevara Gil, y su importante contribución a la reflexión nacional.