

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

29

(2000)



giuffrè editore milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

CÓDIGO ENTRE INDÍGENAS

(a propósito de *La codificación del siglo XIX* de Carlos Ramos) (*)

No podéis menos de apreciar el más clásico documento de la civilización en la más joven de las repúblicas (2-IV-1832).

La promulgación de los Códigos ha señalado una nueva época en la existencia moral y civil de la Nación peruana (4-I-1837).

A mediados de los años treinta del siglo XIX, un viajero procedente de Europa atravesaba los Andes por las alturas del Titicaca amenizando la travesía del lago con lecturas. Entre ellas figuraba el Código Civil de Bolivia que también se extendiera al Perú. Repasaba sus páginas con admiración y escepticismo. “Vi claramente establecidos los derechos civiles y políticos de cada ciudadano de la República y cada acción de su vida sabiamente vigilada por las leyes”, pero esta diligencia legislativa se le antojaba tan sólida en la concepción como vana en el objetivo: “Mi barquero masticaba su coca antes de tomar la pértiga para remar. Su vista me recordó que, sobre un millón de habitantes, la República Boliviana cuenta con novecientos mil ciudadanos semejantes a mi barquero. Cerré el libro y me puse a admirar el valor de algunos hombres que, conociendo los beneficios de la civilización, intentaron imponerla a la masa inerte de sus conciudadanos incapaces de com-

(*) Anticipo el prólogo a CARLOS RAMOS NÚÑEZ, *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*, volumen II, *La codificación del siglo XIX: Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, en prensa para el año 2001 por el Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. Otras referencias o alusiones historiográficas son a FERNANDO DE TRAZEGNIES, *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1980), Lima 1992; ABELARDO LEVAGGI (ed.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación americana*, Buenos Aires 1992; el mismo C. RAMOS NÚÑEZ, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima 1997; BERNARDINO BRAVO LIRA y SERGIO CONCHA (eds.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, Santiago de Chile 1998; ROSSANA BARRAGÁN, *Indios, mujeres y ciudadanos. Legislación y ejercicio de la ciudadanía en Bolivia (siglo XIX)*, La Paz 1999; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile 2000. Mis aseveraciones se producen ahora en base a B. CLAVERO, *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid 2000.

prenderla”. El piloto era indígena, no preguntemos al aventurero, pues no sabría, si uru, aymara, quechua o de otro pueblo andino. Eran en cambio congéneres suyos de origen europea los valerosos paladines de la civilización en singular, la que se identificaba ahora con el Código y se entendía siempre ajena a la humanidad indígena a no ser que asumiera esa cultura extraña de un derecho establecido por la ley de una palmaria minoría. “Algunos hombres” se propusieron “imponerla” a dicha “masa inerte” para visión con tanto prejuicio.

Con esta escena arranca la presente historia de la codificación andina, la que se planteara entre los flamantes e informes Estados de Bolivia y Perú durante aquellos años treinta. Prosigue con los derroteros ya tan sólo peruanos durante el resto largo del siglo XIX y comienzos también del XX. El arranque me parece espléndido por cuanto que nos ubica dramáticamente en el escenario. Una minoría tan iluminada como interesada se propone la importación del modelo normativo representado por una codificación europea como si no hubiera otra posibilidad de ordenamiento. El Código Napoleón, el civil francés de 1804 que recibiera como nombre propio el del Emperador Bonaparte, va a ser en estos lares, desde su promulgación boliviana en 1831, Código Santa Cruz, por el patronímico a su vez de Andrés de Santa Cruz, Gran Mariscal del Gran Perú, esto es, de la propia República de Bolivia, el Alto Perú colonial, y de un doble Estado dicho peruano, el Estado Sud-Peruano y el Estado Nor-Peruano. No resulta una operación precipitada ni una copia mimética, como pudiera parecer a primera vista y se ha dado usualmente entonces y luego por supuesto restándosele así interés, sino que es una adaptación bien pensada para el designio de esa minoría importadora de fórmulas en busca no sólo de ordenamiento, sino también de identidad por encima de la presencia inquietante de una mayoría más arraigada. Si la experiencia fracasa de momento en Perú, se debe a resistencias corporativas y reacciones particularistas más que a inadecuación del modelo o a precocidad del intento. La propia derivación prácticamente inmediata, aspirándose y accediéndose a codificación, brinda buena prueba.

Toda esta es la evolución que, con tan dramática ubicación de entrada, nos narra Carlos Ramos, historiador del derecho que está situándose entre los mejores especialistas en esta materia de la codificación por Latinoamérica. Cuenta en su haber con una cuidadosa exploración casi continental tras la suerte del Código Napoleón por estas latitudes que le eran tan remotas. Continúa ahora centrando el enfoque en una extensión más controlable, aunque todavía visiblemente dilatada. El Código es producto de Estado y tal viene a ser el espacio. La notable diversidad de la sociedad a la que se dirige podría suministrar criterios valiosos para concentraciones sucesivas. A quienes hemos tenido la osadía de acometer el imposible intento de pergeñar panoramas más globales de la codificación americana, desde Quebec hasta

Chile, desde Louisiana hasta Argentina, Carlos Ramos con este libro nos imparte, parsimoniosa y ponderadamente, una lección de procedimiento. Y digo quienes en plural porque no soy el único que ha dado últimamente muestras de tremendo atrevimiento. Los Códigos deben mirarse siempre en su integridad y en detalle, con su localización y con lupa, pues la apariencia de similitud entre ellos suele encerrar verdaderas distancias de significados por sí mismos, por puro texto, y, más todavía, por el contexto propio de la sociedad que los experimenta. No hay Código clónico ni siquiera con la paternidad de Napoleón. Lo advierte bien Carlos Ramos cuando niega que sus criaturas diseminadas por América formen y representen simplemente una camada de napoleónidos.

El Código Napoleón constituye en todo caso el referente del Código Santa Cruz y de una buena secuencia. Pues lo fue, como modelo, en aquella historia, lo es, como contrapunto, en este estudio. La confrontación sirve a la precisión sobre el alcance de un designio normativo tanto en lo que se conserva como en lo que se modifica. Que se detecten alteraciones bien reveladoras implica que las invariantes son también deliberadas y no menos significativas. No hay mera mimesis cuando se trata de leyes y además tan relevantes como los Códigos. Pues fue el progenitor, Napoleón ofrece un buen contraste de genes para las criaturas, para todas y cada una de su crecida progenie no sólo americana. Pero no es el único. No lo fue entonces y tampoco conviene que lo sea hoy para Europa ni para otras latitudes. Los Estados latinoamericanos, como Bolivia y como Perú, nacieron con más alternativas ante sí de modelación y asentamiento. La exposición de Carlos Ramos nos lo muestra. Quienes promovieron la codificación como cultura y no sólo como orden del derecho no se contrastaban únicamente con el modelo y asiento de matriz francesa.

Referencias españolas se tenían y tomaban a beneficio de inventario y con modos de entrada más bien además adversarios. Salvo un Código de Comercio de 1829, que se adoptaría por Perú en 1853, y una Constitución aún antecedente, la de Cádiz de 1812, que llegara a regir en su momento por estas latitudes andinas, la potencia colonial de unas vísperas, España, no ofrecía más materiales para las perspectivas de una programación codificatoria que los de tiempos todavía anteriores en trance ahora de desahucio. Como ordenamiento vigente que resiste por virtud de adaptación, su presencia se hará particularmente notar en la codificación peruana de mediados de siglo con la violencia de la integración que ello implica en nuevas formas constituyentes en realidad de fondos. Hasta con la esclavitud se hace el intento.

Pasa bastante desapercibido a historiografía peruana que no mira al precedente con la atención de Carlos Ramos, pero el reciclaje superior de orden previo de raíz colonial y así española caracteriza precisamente al Código Civil definitivo del Perú del XIX, que es de 1852, respecto a

Santa Cruz. Resulta el segundo peruano todo un precursor en una dirección en la que podrán venir a abundar, con esclavitud inclusive, algunas otras codificaciones latinoamericanas, tampoco todas. Aun con esto, no parece que quepa un contraste español a los efectos codificatorios mientras que no se concluya una codificación española, lo cual sucede y además un tanto relativamente, con un Código Civil de vigencia tan sólo supletoria por territorios no castellanos, en fecha tan tardía como la de 1889. Así, junto al francés o, dicho mejor, al napoleónico, habremos de mirar otros contrastes distintos al español más improbable, bien que también originarios de Europa o igualmente originados por las secuelas de la presencia europea en América.

Contraste primero cabe que sea desde luego el napoleónico. Carlos Ramos lo aplica para situar unos textos americanos. El Código Santa Cruz, aquel Código Civil pionero en latitudes andinas y aledaños, puede singularizarse frente al modelo que adopta por motivos tan sustanciales como el de una configuración diferente tanto de la familia como del mercado, particularmente del inmobiliario. La una, la familia, se funda mediante religión: “Estando en el Estado elevado el matrimonio a la dignidad de sacramento, las formalidades necesarias para su celebración serán las mismas que el Concilio de Trento y la Iglesia tiene asignadas”, lo cual tampoco es que resulte cuestión meramente formal, como testimonio de inmediato la condición rebajada de la mujer y del menor. El otro, el mercado, se encuentra “sabiamente vigilado por la ley”, como diría nuestro viajero, por consideraciones a propiedad familiar o también comunal y con otros criterios tradicionales de justicia material resultando una buena batería pertrechada y operativa de interferencias en materia de contratos, como las posibilidades de rescisión por retroventa, por retracto y a causa de lesión. Por sí mismo y por la compañía de un Código de Comercio que en cambio no se presenta en el conjunto santacruzino aunque la previsión se planteara, era otro ciertamente el panorama que ofrecía el Código Napoleón. Tampoco es que es éste fuese un dechado de libertades familiares ni de mercados irrestrictos, pero ahora estamos por otras latitudes.

El contraste sirve para detectar no sólo diferencias, sino también semejanzas que pudieran resultar no menos o incluso más significativas. Unas y otras las hay desde la misma entrada, desde el título preliminar “de la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general”, versión telegráfica del correspondiente napoleónico “de la publication, des effets et de l’application des lois en général”. Carlos Ramos lo va destacando en su exposición. El modelo de ordenamiento parece uno mismo para Bolivia y Perú como para Francia. Derecho es la ley y punto. Ley es la fuente, esto es, el poder. El ordenamiento social es producto legislativo del Estado. Se dice pronto, pero no es tan fácil y menos por entonces. Pudiera parecer locura, aunque tuviese método. La codificación representa todo un programa de reducción del derecho

a ley como norma determinada por procedimiento político de carácter estatal. En esto hay sintonía de entrada con Francia. Pero tenemos un detalle de distinción en el mismísimo pórtico de este título inicial del Código Civil y de bastante más, pues éste pretende presidir la codificación toda o lo que intenta incluso es regir el ordenamiento entero. Con razón, un proyecto peruano de 1847 titula esta sección de arranque “Título Preliminar a los Códigos”, a todos ellos.

En el primer artículo de ese título preliminar que figura en el Código Civil y lo es de más, reza de esta guisa Santa Cruz: “Las leyes obligan en todo el territorio boliviano [“territorio del Estado” en Perú], y serán ejecutadas en cada parte de la República [“en cada lugar” para las ediciones peruanas] en virtud de su solemne promulgación”, mientras que Napoleón estipula casi lo propio: “Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français (...). Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue”. ¿Dónde se encierra la diferencia entre uno y otro comienzo si parecen coincidir poco menos que exactamente? Mas no es así. Según las respectivas expresiones, en Francia está presumiéndose el conocimiento de la ley a los efectos de obligatoriedad mientras que en Perú se contempla la promulgación local o la recepción así efectiva de la norma. Carlos Ramos nos hace advertir el decisivo matiz. Lo conecta con la práctica tradicional del juramento particularizado de las leyes implicando conocimiento previo al compromiso. Las normas se transportaban materialmente para ser formalmente recibidas. En todo caso, con unas u otras prácticas, de lo que se trata por Francia es de una centralización y por Perú de una localización del ordenamiento. Retengamos esta notable diferencia para lo que habremos de observar más tarde sobre un contraste de diverso tipo, uno de índole social. Aún tenemos otro de carácter normativo por ver con antelación.

He dicho que se tenían más contrastes y no sólo el napoleónico. Aparte la exclusión del español, no he identificado todavía ningún otro. Pudiéramos referirnos al capítulo bien variado de codificaciones que tampoco seguían siempre fielmente el patrón marcado por Napoleón. Eran textos que podían tenerse al alcance aunque en tiempos de Santa Cruz todavía no se contaba con el amplio menú ofrecido por las *Concordances entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* de Antoine de Saint Joseph. Es de 1840 con versión pronta y diligente al castellano: *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos Civiles extranjeros. Obra que contiene el texto de los Códigos Francés, de las Dos Sicilias, de la Luisiana, Sardo, del Cantón de Vaud, Holandés, Bávaro, Austriaco, Prusiano, Sueco, de Berna, de Baden, de Fribourgo, de Argovia, de Haití, y las Leyes Hipotecarias de Suecia, Wurtemberg, Génova* [por Ginebra], *Fribourgo, Saint Gall y Grecia*. Ahí se tiene el muestrario para unas persecuciones con otras iniciativas más o menos semejantes avanzando el siglo, como la serie de *Instituciones Políticas y*

Jurídicas de los Pueblos Modernos dirigida por Vicente Romero Girón y Alejo García Moreno, la colección más masiva de textos interesante a codificación entre el XIX y el XX, aunque ignoro si logró difusión fuera de España. Algo parece seguro. Santa Cruz sólo tuvo a Napoleón.

Guías de caminos o bancos de recetas podrán alimentarse y enriquecerse a lo largo de un par de siglos y particularmente durante el XIX porque mapa y menú siguieron espesándose y nutriéndose con nuevos Códigos europeos y americanos, como el civil más vecino y significado de Chile desde 1855, tarde también para el peruano de 1852 que, como Santa Cruz en Bolivia, entrará, mediante novelas y reformas, en el siglo XX. Pero no todo es codificación. A esto también voy con lo de los contrastes, con lo de uno normativo todavía por ver antes de llegar al de índole social. Había otro estilo de cocina, otra modalidad de paladeo y digestión en exposición y oferta además desde unos inicios. Porque no se degustase ni consumiera, no conviene olvidar que figura en el menú y está en el mapa. Lo mismo que las semejanzas y diferencias en el atiborramiento de Códigos, el ayuno de otras fórmulas entonces pensables por visibles también encierra su significación. Compartiéndose campo, en competencia así potencial con el modelo codificado, se tiene el contraste normativo de raigambre anglosajona. A esto me estoy refiriendo ahora.

Véase en el presente libro, en las páginas que se le dedican al gaditano José Joaquín de Mora, la carta que este publicista tan activo entre Chile, Bolivia y Perú le dirigiera en agosto de 1833 al mariscal Santa Cruz con referencia a su Código de Procedimientos tanto civil como penal: “Ya que no se han atrevido al gran paso del Juicio por Jurados, a lo menos hubieran debido establecer Tribunales Colegiados para juicios de primera instancia y criminales, renunciando para siempre al abuso español de los Tribunales unipersonales, verdaderos gérmenes de despotismo y arbitrariedad”; “se da al careo más latitud que en los Procedimientos españoles, sin embargo, en un país libre, toda declaración en plenario de juicio criminal, debe hacerse en presencia del reo y de su abogado, que es lo que los ingleses llaman *cross-examination*”; “también hubiera debido adoptarse la saludable precaución de dividir el sumario del plenario, de modo que no fuera el mismo juez el que presidiese en uno y otro”. Mora, el publicista gaditano, pudo entrar en contacto con este tipo de argumentaciones por la Constitución hispanoamericana de Cádiz, no tanto por ella misma como por el llamado Discurso Preliminar que usualmente la acompañaba, pero también tenía un conocimiento directo por su exilio inglés. Inglaterra no contaba con ese instrumento tan efectivo de propaganda jurídica que son los mismos Códigos, mas podía estar presente cual posibilidad sumada y contraste añadido a Napoleón. De los Estados Unidos, con textos constitucionales de fácil propagación que también

entraban en cuestiones como esas procesales, puede decirse lo propio. Eran contrastes que constaban.

El ayuno del menú anglosajón no resulta absoluto aunque sólo sea porque se le conoce y puede por entonces efectivamente contrastarse. Se tiene noticia. La cita de mi segundo encabezamiento es el comienzo de un artículo en un periódico limeño de aquellos años, *El Eco del Protectorado*, cuyo texto nos ofrece Carlos Ramos entre sus anexos y el cual contiene esta referencia a unas autoridades jurídicas donde no faltan británicas: “Bentham, Beccaria, Montesquieu, las Discusiones del Código de Napoleón, Blackstone y otros célebre oráculos del foro”. Ahí y por tantos testimonios similares que podrían colacionarse tenemos al menos la constancia. Las remisiones anglosajonas no son equiparables entre sí. A los efectos de contraste, Jeremy Bentham, convertido en mesías de la codificación por América como por Europa, no añade nada, salvo obstinación, a mi entender, pero otro resulta el caso de William Blackstone.

Blackstone es sin duda el exponente entonces más genuino de un ordenamiento británico que podía plantear competencia efectiva a los Códigos. Su nombre significa sus comentarios sobre el derecho de Inglaterra, los varios volúmenes de *Commentaries* que constituyen desde los años sesenta del XVIII una exposición virtualmente completa de dicho ordenamiento de origen inglés en buena parte vigente por latitudes de América, por Estados Unidos del norte y por colonias británicas supérstites. No parece que conocieran versiones íntegras al castellano, pues parciales las hubo, pero circulaban a través del continente tanto en su lengua como en traducción francesa. Ahí, compitiendo particularmente con la codificación, estaba a la vista como modelo o como contraste.

Queda todavía el contraste último, por verdaderamente primero, no otro que el social ya anunciado. Para el Código no lo representaba, porque lo suyo era designio de ley, este ejercicio de poder político, y no consideración de costumbre, esta admisión de autonomía social. Mas a la sociedad se dirige y la sociedad puede no dignarse en recibirlo. Recordemos donde estamos al inicio de esta historia, en un medio donde, por Bolivia y por Perú, apenas un diez por ciento de humanidad participaba de una cultura que, por su origen europeo, pudiera ser receptiva para con la codificación aunque abrigase y manifestara reticencias. Los codificadores de latitudes andinas no se llaman a engaño y vienen a ignorar de forma olímpica al restante noventa por ciento. Como en esta exposición cabe comprobar, la codificación primera, la santacrucina, sólo le dispensa un momento de atención expresa: “A los indios residentes a distancia de más de una legua de sus respectivos cantones, concede la ley el privilegio de hacer sus testamentos por palabra, o por escrito, con solos dos testigos vecinos”. Como bien apostilla Carlos Ramos, resulta, a la par que fórmula tradicional, transposición del Código Napoleón, el cual hacía previsiones

similares para el testamento rural, “dans les campagnes”, con requerimiento de legalización ulterior mediante notario del que para Bolivia y Perú se prescinde. Lo mismo la ley que sus oficiantes pudieran no alcanzar tanto por áreas andinas y sus aldeaños. ¿Eso es todo?

Sabemos que no. Ahí, en el mismo artículo primero del Código Santa Cruz y más claramente en la versión peruana, figura, pese al propio planteamiento de producción centralizada del derecho, su localización a la hora de la verdad de la efectividad. Y el efecto puede ser aún superior. El Código Napoleón en su título preliminar también contiene pronunciamientos que reforzaban la identificación entre derecho y ley de cara a la justicia: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”; en la primera traducción española, que fuera inmediata: “El juez que se niegue a juzgar, con pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como delinquirente de denegación de justicia. Se apercibe a los jueces de terminar, por vía de disposición general o reglamentaria, sobre las causas que conocen”. Pues bien, esta vuelta de tuerca judicial falta en la versión telegráfica del título preliminar del Código Santa Cruz.

Hubiera resultado de lo más irreal. En lo sustancial, la justicia era local, lo cual significaba, con sus más o con sus menos, en un noventa por ciento indígena y así bastante ajena a ley centralizada, cuando no por completo, ya que hay pueblos perfectamente independientes dentro de las fronteras teóricas de los Estados, como también prácticamente tales a los efectos de una autonomía interna a salvo y despecho de la dependencia política o eclesiástica. Con la constancia inicial del localismo del derecho, los codificadores pudiera pensarse que no estuviesen tan de espaldas a una realidad como aparentaran. La situación parece constarles. La tienen ante la vista. Estaríamos con la localización ante un indicio de realismo de cara a los propios medios de mayoría extrañada del ejercicio central de poder normativo, de este régimen legalista que la codificación representa. Y tal vez no fuese todo.

Según indica el propio Carlos Ramos, puede haber más, como quizás lo fuera, aun sin la referencia indígena explícita, el detalle de la inembargabilidad de los aperos de labranza que era tradicional y se mantiene por el Código Santa Cruz, otro signo de que su apuesta no resultaba precisamente por el mercado. También cabría añadirse los mecanismos referidos para reintegración de propiedad no individual, pues ésta pudiera ser indígena. No habría por qué descartarlo, entre otras razones porque lo primero tanto como lo segundo, el instrumental inembargable tanto como el retracto vecinal o comunal, puede que sirviera a conveniencias fiscales y políticas de Estado e Iglesia antes y

más que a intereses indígenas. ¿Proseguimos la búsqueda para esta prueba de contrastes de contexto entre líneas de texto?

Parece suficiente con lo dicho aunque tenga que ser por la sintomatología contenida, pues lo que no hallaremos por mucho que busquemos es reconocimiento franco de parte codificadora. El Código Civil peruano de 1852, como en general la codificación latinoamericana del XIX o prácticamente en toda ella hasta hoy, acusa una mayor cerrazón todavía, si esto cabe, que el Código Santa Cruz. Se arranca por esta zona con una evidencia tan aparente como la de localización del derecho, pero no se guarda luego consecuencia estricta alguna por todo lo extenso de su despliegue de Códigos y satélites, sumándose durante el siglo leyes incluso que vienen a advertir la presencia indígena sin alterar por ello planteamientos. Se comprueba no sólo por la impasibilidad de la codificación, sino también por la práctica de recopilarse aparte *legislación indigenista*, como legislación de excepción, hacia mediados del XX.

En Perú se tienen entonces la *Legislación indiana republicana de José Varallanos* y la *Legislación indigenista concordada* de Manuel Velasco testimoniando solapamientos con la codificación en materias tanto sustantivas como procedimentales. Entrado el siglo XX, los mismos Códigos podrán tener algún gesto con la presencia indígena. El Código Civil peruano de 1936, que sustituirá al de 1852, reconoce la existencia de sus comunidades como forma de propiedad. Paralelamente, el Código Penal tipificará como delito el trabajo indígena forzado a cuyas manifestaciones aparentemente contractuales hace referencia la exposición de Carlos Ramos. Ha sido la Constitución de 1933 la que ha dispuesto que se elabore “la legislación civil, penal, económica y administrativa que las peculiares condiciones de los indígenas exigen”. Sin embargo, todo el contexto constituido por estos textos sigue siendo el extraño e incluso adverso comenzándose por el título preliminar con su reserva de poder de ley, el que produce tanto Constituciones y Códigos como *legislación indigenista*.

Lo que nunca parece caber en cabeza codificadora es la posibilidad de que existiera ante ella, no un mundo anómico necesitado de ley y además centralizada, sino una sociedad como la indígena que puede estar formando comunidades porque cuenta con su propio derecho y su propia justicia. Aunque el ordenamiento a la vista siga de este modo siendo siempre criatura del mismo legislador que codifica, las leyes y otros gestos dichos *indigenistas* pueden ofrecer hoy una vía de acercamiento a la mayoría que no se deja codificar. No nos ensimismemos en la codificación y sus satélites si queremos entender.

En fin y con todo, no puede decirse que haya precisamente de parte codificadora ni conocimiento ni realismo pese a alguna que otra apariencia. Es difícil saber nada seguro sobre la conciencia en su doble acepción, tanto la cognoscitiva como la ética, de aquellos agentes de la

codificación, pero contamos con indicios más que elocuentes desde el propio Código Santa Cruz. Cuando parece que se fuera realmente local, se resulta mimético, como en el apartado del testamento indígena, el único con la referencia explícita. La mínima comparecencia real, ella misma, resulta signo de la máxima ausencia cierta, de esto mismísimo. ¿Cómo puede ocurrir? ¿En qué queda la apariencia de una entrada y la inconsecuencia de unas resultas? Con olfato clínico, Carlos Ramos habla gráficamente de esquizofrenia. Si hay patología, ¿qué están acusando en realidad los síntomas? ¿De qué enfermedad normativa se trata? ¿Cuál es?

Contamos con el historial médico de la sintomatología. Por parte codificadora se padece una morbilidad vergonzosa e inconfesa para ella, no necesariamente para el resto de la sociedad, para toda una mayoría entonces. Y de esto con exactitud se trata. Enferma la constancia reprimida de que una sociedad de cultura distinta, anterior y persistente, la indígena, ni posee ni contrata ni contrae relaciones ni hereda bienes ni plantea disensiones ni resuelve conflictos ni afronta transgresiones ni provee reparaciones ni acuerda ni dispone conforme a ordenamiento de procedencia europea y de que difícilmente iba a pasar a hacerlo de conformidad con la codificación del mismo origen. No es tanto el atractivo y ninguna, por lo que resulta, la necesidad. Tiene dicha humanidad indígena en efecto su propio derecho, su propio orden de jurisdicciones y ningún deseo palpable además de confiarse a otros. Cuenta con sus propias culturas, mejor así en plural, no menos vivas ni menos prácticas por no considerarse a sí mismas como la civilización en singular y sin más.

A los efectos normativos morbosos, el hecho de que la evidencia no se reconociera expresamente e incluso se reprimiera por parte codificadora resultaba un modo de reserva del ejercicio de la ley, de esta forma de poder, intentándose dejar así en precario la adversidad afrontada por la codificación misma, lo que es decir la presencia indígena con derecho propio, esta conveniencia probada para la parte que no codificaba ni lo planeaba ni se mostraba receptiva. Carlos Ramos subraya el interés de la codificación peruana por hacer explícita la regla de que la ley no se deroga por el desuso. La inaplicación podía ser en efecto su destino para la mayor parte de la sociedad. De esa forma se producía la salvaguarda del poder mismo de la ley incapaz. Flaqueándola, no sin cierta vergüenza propia para la agencia codificadora, intentaba todavía mantenerse en vigor de cara a la humanidad indígena el material colonial hispano de las llamadas Leyes de Indias que no tanto concurren normativamente como contrastan socialmente con la codificación misma.

Pasado el tiempo, lo que conviene no es sentir vergüenza ajena, sino multiplicar perspectivas propias. No basta la ensimismada de la codificación ni siquiera para la comparación entre codificaciones. Y

guardemos las proporciones. No era el andino un caso equiparable al de la sociedad rural refractaria en Francia. Ahí, a principios del XIX, el programa de la codificación está formulado y, a lo largo del siglo, su imposición culmina con éxito pasable, si no completo. Codificar es locura por doquiera que se intente, pero tiene método siempre. Hay historia europea y americana abundante para testimonio tanto del delirio como de la experiencia si no comenzamos presumiendo un reclamo y un éxito problemáticos hasta que se producen y consuman. Por latitudes andinas, ante la presencia indígena dotada de justicia y derecho propios, no se emprende en serio ni el intento. Pese a la figura más bien solitaria del testamento sin control ni registro notarial o a pesar también de otros supuestos que tal vez pudieran prestarle compañía, la constancia social no se tiene tan siquiera a la vista, salvo adversativa y acomplejadamente, cuando se programan codificaciones. El mismo empeño sería impensable con el panorama nítido de resolución y plausibilidad de resistencia por parte de una sociedad, la indígena que constituye mayoría.

Sin embargo, la actividad codificatoria no parece que resulte gratuita ni infructífera. En otro caso, lo que se hubiera producido por las continuas frustraciones no sería empecinamiento, sino melancolía. Se da ante todo el fruto de la posición legislativa como paradigma del ordenamiento. El apoderamiento propio mediante la reserva de ejercicio del poder normativo, esto que la codificación implica, queda en suspenso, mas no cancelado, aunque no tuviera muchos visos a corto ni largo plazo. El texto del Código dibuja un presente cierto frente a un futuro incierto, esta incertidumbre implícita en definitiva. La localización admitida a efectos receptivos esperaba tal vez doblegarse y vencerse por la centralización productiva del derecho sin mayores previsiones, sin otras posibilidades salvo la de poder desnudo o la de continuidad colonial. El silencio sobre el parámetro napoleónico de la justicia sujeta a ley puede que resulte testimonio clamoroso. La historia posterior también constituye prueba, si es que todavía se precisa. Hay aún historiografía más ciega que la misma justicia desarraigada, la del Código una y otra para el caso.

Como afirma Carlos Ramos, procediendo con buena vista a la introducción del libro, “en América, los códigos, a diferencia de lo que ocurrió en Europa, no serían instrumentos para lograr la unificación jurídica” pues “el universo de los derechos indígenas no constituía su fuente”. Puede entenderse que de otro modo no hay unidad o ni coordinación siquiera factible. ¿Para que servía entonces por estas latitudes americanas la codificación? Por Rossana Barragán sabemos de los festejos exultantes que se organizaran por Bolivia en 1832 para celebrarse la codificación santacrucina. Incluyeron la fiesta de cumpleaños de Francisca Cernadas con un obsequio encarecido en el acto de la entrega por las palabras de mi primer encabezamiento sobre

documento de civilización y juventud de república. El regalo son los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos que componen dicha codificación. La regalada es la mujer de Andrés de Santa Cruz cuyo apellido ya prestaba oficialmente nombre a la ofrenda. Se regalaba cimero de Estado y credencial de Nación o, quizás mejor dicho, conjuro de carencia. La codificación podía prestar cédula de identidad bien tangible a imágenes colectivas muy problemáticas. Para Perú, nuestro segundo encabezamiento, el del *Eco del Protectorado*, vincula directamente Código y Nación. Como aquí nos recuerda Carlos Ramos, José de la Riva Agüero diría con nostalgia cuando el Código Civil peruano de 1852 fuera reemplazado en 1936: “Había que respetar nuestras heredadas peculiaridades. Se nos van con ellas algunos de los escasos elementos constitutivos de la patria”. Tal cosa parecería entonces el Código decimonónico.

¿Pudo antojarse o incluso constituir puro símbolo igual que una bandera, un himno o cualquier otro tipo de monumento patrio? ¿No se trata de un cuerpo normativo y además de primer orden? ¿Por efecto del contexto podía reducirse a emblema independiente de su significado como texto? Tienta la conclusión al repasarse junto con Carlos Ramos el contenido de unas codificaciones por poco que se retenga la imagen de la humanidad a la que se dirigen con la mayoría que la compone socialmente y no la constituye jurídicamente. Pero sería precipitada cualquier deducción en tal sentido. Bien se guarda ni siquiera de insinuarlo el propio Carlos Ramos. La codificación no es solamente capital simbólico, sino también inversión normativa. Los Códigos no son tan sólo blasones porque ciertamente concurren a la identidad como Naciones de unos Estados y de aquellos en particular constituidos ellos mismos de ese modo tan en precario. Muy al contrario, resultan piezas tan fundamentales del derecho que llegan a superponerse a Constituciones. Son elementos vocacionalmente redondos del ordenamiento. ¿Qué papel es el suyo, el de los Códigos, por estas latitudes latinoamericanas? ¿Por qué y para qué madrugan en Bolivia y en Perú?

La propia codificación de Latinoamérica, toda ella, hace abstracción de sociedad sin que esto tenga por qué implicar inoperatividad. Se trata al fin y al cabo inicialmente, cuando no todavía hoy, de un dominio de minoría sobre mayoría y ésta, por indígena, es la abstraída. La resultante constituye una forma de *apartheid*, la resolución habida de lo que vengo denominando el *teorema de O'Reilly*, pues el jurista yucateco, antes que mexicano, Justo Sierra O'Reilly es, a aquellas alturas de mediados del XIX, el más lúcido exponente de la lógica colonial que en tiempo constitucional conduce a tal postergación de la mayoría, además de fautor práctico del primer Código Civil federal de México. Los Códigos, con todo lo imaginario que representan, no parece que se jueguen su futuro, sino que en cambio se lo aseguran, con abstracción

tan enorme, aunque no total por supuesto pues tienen su espacio efectivo, de cara a buena parte de la propia humanidad aparentemente destinataria.

Guardemos siempre distancias y proporciones. Igual que decía de Francia, digo de España a unos efectos comparativos. No estamos ante casos equiparables. El español puede permitirse lo que ya he indicado de no cerrar nunca, pues tampoco lo ha hecho tras 1889, ese núcleo duro de la codificación que es el título preliminar identificatorio del ordenamiento mediante su ecuación con ley. ¿Importa menos el Código como cédula de identidad de Nación y Estado? No me atrevo a asegurarlo pues me desmentirían las mismas Constituciones españolas del XIX reclamando codificación. En todo caso, el empeño parece mucho más perentorio por Latinoamérica, lo cual tiene probablemente que ver con una urgencia de identidad más que con una necesidad de ordenamiento. Con esto, la historia de unos Códigos, la de su potencia y su incapacidad, podrá ser especialmente torturada. Tienen de continuo ante sí una realidad social para cuya cancelación han nacido.

Desde su mismo arranque en las aguas plácidas del Titicaca, el recorrido presente forzosamente tortuoso en efecto por codificación boliviana y peruana del XIX y entrada del XX ofrece visión que permite la toma en consideración de su último, por primer, contraste, el de índole social, el principal una vez que así encuentran prosecución diversidades tamañas. Sale tocada, mas con vida. La codificación resulta clave, pero sólo una y parcial, del plural y complejo sistema de estas sociedades. Tiene un papel de minoría que cumplir y lo intenta temprano por latitudes andinas. Entre colonia y Estado, el Código procura identidad y poder por medio de ordenamiento reducido tan sólo teóricamente a ley.

Presas del prejuicio, nuestro viajero curioso, el que atravesaba las alturas del Titicaca con el Código Santa Cruz a mano, no parece que se encontrara de hecho capacitado por deficiencia de cultura propia para apreciar en lo más mínimo la significación del texto en el contexto. Ni siquiera se hallaba en condiciones de cobrar conciencia sobre la propia contradicción al entender el Código andino como proyecto de derecho que hubiera de ser objeto de imposición. Ni en lo primero, en lo jurídico, llegaba a detectar diferencias sustanciales con el Código Napoleón; ni en lo segundo, en lo despótico, se permitía sospechar que éste mismo, el modelo europeo, ofreciera resortes y mecanismos bien eficaces de dominación. Le parecería de lo más natural que esto comenzara ocurriendo en el régimen de familia con la degradación codificada de la mujer, un expediente napoleónico antes que santacrucino. ¿Qué perspicacia podríamos esperarse de quien recurre a la lectura porque le aburre la extrañeza circundante? En plena travesía del Titicaca nos cuenta que “cansado de mirar abrí mis alforjas, especie de

saco que contenía los objetos que deseaba siempre tener a la mano y tomé un libro al azar”, el Código Santa Cruz por suerte.

El aburrimiento personal resulta anécdota en esta historia. La incompreensión cultural constituye la categoría. He ahí el caldo de cultivo para que se produzcan y enquisten todos los bloqueos de entrada y los callejones sin salida. Nuestro peregrino es un verdadero pionero en dar pábulo a la racha que será larga de malentendidos y equivocaciones: “El gobierno boliviano ha hecho traducir y ha adoptado el Código de Napoleón”. No se trata de mero chauvinismo de parte suya, pues es francés, ni tampoco de falaz anacronismo de la nuestra, puesto que los contrastes son de la época. Estamos ante la carga seriada de prejuicios afincados que viene empañando la percepción tanto de historia como de presente, tanto de historiografía jurídica como de política del derecho. Ambos estrabismos concurren sosteniéndose recíprocamente.

Nuestro viajero navega por el lago Titicaca de noroeste a sureste, de Perú a Bolivia. Carlos Ramos emprende el itinerario inverso, desde Bolivia hacia Perú. *La codificación del siglo XIX* constituye unos de los volúmenes, el segundo, de su *Historia del Derecho Civil Peruano*. El primero, dedicado al *Orbe jurídico ilustrado*, lo prologa Paolo Grossi, quien nos ha enseñado a mirar de frente la manifestación primordial de despotismo del Código, la que comienza por identificar derecho y ley. Me honra Carlos Ramos al ofrecerme ocasión para que tome así un testigo. En este volumen segundo ya se adentra por la historia del derecho de nación peruana, esto es, del ordenamiento generado o adoptado por Perú como Estado quedando al margen los derechos de las comunidades cuya misma existencia se intenta en vano reducir normativamente y hasta cancelar jurídicamente por este mismo Estado, por sus Códigos. Y digo derechos en plural para la parte indígena por la doble aceptación de variedad de ordenamientos y de título de libertades.

Es también ésta por unos comienzos historia del derecho que asume o produce Perú como Estados igualmente en plural, puesto que se ensayó y frustró una Confederación, la del Gran Perú entre el doble Estado de este nombre peruano, el Nor-Peruano y el Sud-Peruano, junto además con Bolivia, el Alto Perú de época colonial, el Kollasuyu de tiempo ancestral, de antes, mucho antes, de recibir el nombre de Simón Bolívar. Un ordenamiento lo tiene de Andrés de Santa Cruz, aquel Gran Mariscal de ese Gran Perú. La codificación boliviana que comprende Código Civil, Código Penal y Código de Procedimientos, los Códigos del regalo a Francisca Cernadas, sin Código de Comercio como ya también sabemos, se comunica a los dos Estados peruanos, donde no cuaja formalmente como cuerpo normativo, pero por donde conoce una especie de supervivencia de ultratumba, pues no se olvida y hasta de hecho en casos se aplica, mediante todo lo cual y

también por la vecindad de Bolivia puede conectar con proyectos y consecuciones ulteriores de la secuencia codificatoria. Por la razón de participación confederal que deja así algún poso especialmente además apreciado por Carlos Ramos, esta otra comparecencia, la boliviana, se produce en el curso de una exposición histórica de derecho peruano.

Ahí, en tierras de la Bolivia estatal, del Alto Perú colonial, del Kollasuyu ancestral, empieza una codificación por la zona. Aquí arranca la presente historia. Confíemos en el firme pulso y experto pilotaje de Carlos Ramos para la nueva travesía del Titicaca con los Códigos bien a mano. Bajo las aguas de este mediterráneo andino, hay restos tihuanacotas; por las islas, ruinas incaicas; por las orillas y tierra adentro, tales mismos recordatorios y además los humanos vivos de culturas así no fenecidas; en la embarcación a flote, estamos nosotros con nuestros Códigos, quienes nos ocupamos de su historia porque nos identifican.