



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

**Universidad del Perú. Decana de América**  
**Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**Escuela Profesional de Derecho**

**El jacobinismo filosófico como una de las causas  
principales de la informalidad legal**

**TESIS**

Para optar el Título Profesional de Abogado

**AUTOR**

Víctor Andrés PONCE PÉREZ

**ASESOR**

Dr. José Antonio ÑIQUE DE LA PUENTE

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Ponce, V. (2023). *El jacobinismo filosófico como una de las causas principales de la informalidad legal*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

---

## Metadatos complementarios

<b>Datos de autor</b>	
Nombres y apellidos	Víctor Andrés Ponce Pérez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	09200102
URL de ORCID	<a href="https://orcid.org/0000-0003-0527-8506">https://orcid.org/0000-0003-0527-8506</a>
<b>Datos de asesor</b>	
Nombres y apellidos	José Antonio Ñique De La Puente
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06267280
URL de ORCID	<a href="https://orcid.org/0000-0002-8278-7155">https://orcid.org/0000-0002-8278-7155</a>
<b>Datos del jurado</b>	
<b>Presidente del jurado</b>	
Nombres y apellidos	Chedorlaomer Rubén Gonzales Espinoza
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08697908
<b>Miembro del jurado 1</b>	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08162135
<b>Miembro del jurado 2</b>	
Nombres y apellidos	Juan Antonio Bazan Chavez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08687355
<b>Miembro del jurado 3</b>	
Nombres y apellidos	José Antonio Ñique De La Puente
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	06267280
<b>Datos de investigación</b>	
Línea de investigación	<b>E.1.1.5. Derechos Reales</b> <b>E.1.2.1. Registros Públicos</b> <b>E.1.2.5. Derecho Constitucional</b> <b>E.1.2.6. Derecho Laboral</b>
Grupo de investigación	NO APLICA
Agencia de financiamiento	SIN FINANCIAMIENTO
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Dirección: Ciudad Universitaria UNMSM. Calle Germán Amézaga N. 375, Lima 1  Coordenadas geográficas: Latitud: -12.058294173036 Longitud: -77.080653416971
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2021 -2023
URL de disciplinas OCDE	Derecho <a href="https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01">https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01</a>  Ciencias Políticas <a href="https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.06.00">https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.06.00</a>  Economía <a href="https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.02.01">https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.02.01</a>



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS**

N° 036

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTE: Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA
- 2.- Dr. JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE (ASESOR)
- 3.- Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ
- 4.- Abg. JUAN ANTONIO BAZAN CHAVEZ

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado, don:

***Víctor Andrés Ponce Pérez***

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

**El jacobinismo filosófico como una de las causas principales de la informalidad legal**

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de:

DIECISEIS (16)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

*APROBADO POR UNANIMIDAD CON NOTA DIECISEISE (17)*

Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los VEINTE días del mes de DICIEMBRE del año 2023.

Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

Presidente del Jurado  
Dr. CHEDORLAOMER RUBÉN GONZALES ESPINOZA

Dr. JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE (ASESOR)

Abg. JUAN ANTONIO BAZAN CHAVEZ



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
Universidad del Perú. Decana de América

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

## CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo **JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE**, en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Decanal N° 001920-2023-D-FDCP/UNMSM de la tesis de investigación académico, cuyo título es **“El jacobinismo filosófico como una de las causas principales de la informalidad legal”**, presentado por el bachiller, Víctor Andrés Ponce Pérez, para optar el título Profesional de Abogado.

**CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 6 % de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado/ título/ especialidad correspondiente.

Firma del Asesor:

DNI: 06267280

Nombres y apellidos del asesor: **JOSÉ ANTONIO ÑIQUE DE LA PUENTE**



Huella digital

Resumen: En la siguiente investigación se analiza y reflexiona sobre las causas de la extendida informalidad en la sociedad peruana desde el punto de vista de la filosofía del derecho y se señala que el fenómeno se explica por la naturaleza del derecho positivo desde la fundación republicana hasta la actualidad. Se sostiene que el jacobinismo filosófico fue determinante en la refundación republicana y continuó siendo preponderante en la redacción de las constituciones, códigos y leyes hasta la actualidad. En la presente Tesis se sostiene que el jacobinismo filosófico debe entenderse como la voluntad de elaborar el derecho positivo únicamente desde el punto de vista de la razón o de la especulación racional ignorando la historia, las tradiciones y la evolución social de una determinada sociedad concreta.

Palabras claves: jacobinismo, derecho positivo, informalidad, razón, y evolución social

Abstract: The following investigation analyzes and reflects on the causes of the widespread informality in Peruvian society from the point of view of the philosophy of law and it is pointed out that the phenomenon is explained by the nature of positive law from the republican foundation to the present. It is argued that philosophical Jacobinism was decisive in the republican refoundation and continued to be predominant in the drafting of constitutions, codes and laws up to the present. In this Thesis it is argued that philosophical Jacobinism should be understood as the desire to develop positive law solely from the point of view of reason or rational speculation, ignoring the history, traditions and social evolution of a certain specific society.

Keywords: Jacobinism, positive law, informality, reason, and social evolution

## Índice

Introducción .....	1
Planteamiento del problema .....	4
Hipótesis.....	9
CAPÍTULO I .....	12
1.1 Marco teórico.....	12
1.2 La historia, la evolución del pueblo y la costumbre como fuente del derecho positivo ..	23
1.3 El jacobinismo como una de las causas principales de la informalidad legal .....	30
CAPÍTULO II .....	39
2.1 La refundación jacobina del Perú y el derecho positivo .....	39
2.2 El proyecto republicano, la inestabilidad política y la informalidad legal.....	43
2.3 La nueva arquitectura institucional del poder político .....	47
2.4 El derecho positivo y la destrucción de la República de Indios.....	52
CAPÍTULO III .....	59
3.1 La informalidad que se apodera de todo .....	59
3.2 La propiedad en el universo de la informalidad legal .....	67
CAPÍTULO IV .....	76
CONCLUSIONES .....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	79

## **Introducción**

En la presente Tesis, “El jacobinismo filosófico como una de las causas principales de la informalidad legal”, pretendemos demostrar que el jacobinismo racionalista ha sido una tradición filosófica preponderante -desde la Independencia hasta nuestros días- en la formación del derecho positivo, una tendencia que considera que es posible redactar constituciones y legislar en general en base a criterios estrictamente racionales, sin considerar la historia, las tradiciones y las instituciones que una sociedad ha forjado durante siglos y décadas.

Esta tendencia jacobina racionalista que desdeña las condiciones reales de una sociedad considera que es posible desarrollar la reingeniería o la refundación de una sociedad desde el laboratorio puro de la razón y que las instituciones se pueden derribar y levantar de acuerdo a la voluntad humana, como si se tratara de simples objetos físicos. Bajo este criterio jacobino racionalista o también llamado “racionalismo metafísico” se considera que, detrás de las instituciones y la normatividad vigente de una sociedad, no existen siglos ni décadas de evolución mediante largos procesos de ensayo y error (Burke, 1993). Planteadas las cosas de esta manera, en resumen, se podría definir el jacobinismo racionalista en relación con el Derecho como aquella tendencia en la filosofía del derecho que considera que las constituciones, los códigos, las leyes y la normatividad en general de una sociedad, pueden desarrollarse en base a criterios y especulaciones racionales al margen de la evolución social.

Desarrollado el tema en estos términos, vale preguntarse sobre cuáles son las consecuencias de esta influencia determinante del jacobinismo racionalista en la producción del Derecho. En la presente Tesis trataremos de demostrar que los resultados naturales de estas tendencias se expresarán en la permanente inestabilidad política y la informalidad legal extendida de una determinada sociedad. Legislar al margen y en contra

de la evolución social, las instituciones realmente existentes y las tradiciones, entonces, tiene consecuencias de extrema gravedad para cualquier experiencia republicana.

En la presente investigación, pues, pretendemos demostrar que las tradiciones políticas y filosóficas que se impusieron luego de la Independencia determinaron una manera de producir el Derecho que explica la extendida informalidad legal. De otro lado, en el presente trabajo, igualmente, demostraremos que, en el Perú, el otro rostro de la informalidad legal en la sociedad es la permanente inestabilidad política que ha caracterizado al proceso republicano desde la Independencia

De alguna manera la falta de continuidad institucional en el país y la abrumadora informalidad legal son las caras de una misma moneda. Uno de los ejemplos más impactantes que presentamos en la presente investigación tiene que ver con las consecuencias económicas, sociales e históricas, que produjeron las primeras constituciones luego de la Independencia, que pretendían construir una república de ciudadanos libres e iguales ante la ley, según las marcadas influencias ilustradas de los fundadores republicanos. La apuesta republicana igualitarista llevó a cancelar los fueros especiales de la llamada República de Indios y a eliminar las noblezas indígenas, siguiendo con fidelidad la propuesta ilustrada. No podían existir noblezas, los hombres tenían que ser iguales ante la ley.

Sin embargo, el resultado del experimento republicano fue extremadamente traumático para el mundo andino y las comunidades campesinas. La eliminación de las noblezas y los estatutos especiales de la República de Indios que prosperaron durante tres siglos de Virreinato dejó al mundo andino inerme y desprotegido ante la naciente república que era controlada por los criollos. Cuando se produjo la independencia, la mayoría de las tierras del Perú le pertenecían las comunidades campesinas (Del Águila, 2010). Sin embargo, luego de varias décadas de experiencia republicana se produjo un masivo despojo de

tierras que arrinconó a las comunidades campesinas a las partes más altas de los Andes y se configuró una sociedad elitista y excluyente de las grandes mayorías andinas.

Desde esa época en el Perú se comenzó a hablar de la sociedad descrita en las constituciones, en el derecho positivo, a la que se calificó como el Perú oficial y, de otro lado, de una sociedad que se rebelaba en contra de los cánones republicanos (Basadre, 1987). En términos generales se empezó a hablar de dos sociedades dentro del sistema republicano: una sociedad formal, oficial, y otra real, que expresaba el Perú profundo, tal como lo registran José Matos Mar (1986) y Hernando de Soto (1989). En ese contexto es que ubicamos la definición de lo que entendemos como informalidad legal, es decir, como el desarrollo o situación económico, social, político y cultural de la sociedad, al margen y a veces en contra del derecho positivo.

El concepto de informalidad, entonces, que utilizamos en la presente investigación, si bien tiene muchas causales (económicas, sociales, culturales) se define principalmente en relación con el derecho positivo y de allí el reconocimiento de una informalidad legal que se ha extendido de tal manera que la sociedad que comienza a ser un monstruo incontrolable. Al respecto, vale precisar que el concepto de informalidad legal está vinculado a la desobediencia civil, que suele ser pacífica y silenciosa, en contra las normas injustas, en contra del mal derecho positivo, que es incapaz de normar y regular la evolución de la sociedad (Thoreau, 2017). En este sentido, es necesario precisar que el concepto de informalidad legal, pues, se diferencia claramente de las economías ilegales que son conductas delictivas perseguidas y sancionadas por la legislación penal.

## **Planteamiento del problema**

Cualquiera sea el enfoque de análisis sobre el proceso de construcción republicana, las diferentes aproximaciones concluirán que se trata de un fracaso que, desde el punto de vista de la presente investigación, se expresa en la extendida informalidad legal de la sociedad peruana. Cualquiera sea el espacio o el área del país, de la economía y de la sociedad, que se pretenda analizar siempre se hallará una galopante informalidad legal que se ha convertido en un fenómeno incontrolable para el sistema político. No obstante, los fracasos del derecho positivo en pretender encauzar estas realidades adversas, los políticos, los poderes del Estado y los actores públicos, siguen repitiendo los yerros presentes en la fundación republicana: intentar legislar al margen de la evolución de la sociedad e ignorar las instituciones y tradiciones de la realidad concreta.

La informalidad legal entonces se convierte en un monstruo que pretende ser combatido por un derecho positivo alejado de la evolución de la sociedad y el resultado natural de la nueva legislación solo es engordar y alimentar el monstruo de la informalidad legal. A más legislación, más informalidad legal, parece ser el resultado. De allí la enorme importancia de la problematización que planteamos en la presente investigación: la influencia de una filosofía en la formación del derecho positivo, la predominancia de una aproximación filosófica en la elaboración de constituciones y leyes en nuestra experiencia republicana. En ese sentido nos planteamos la interrogante sobre si el fracaso del derecho positivo que se expresa en una extendida informalidad legal de la sociedad tiene entre sus causas una aproximación filosófica que otorga a la razón un papel preponderante en el conocimiento de la realidad y, por lo tanto, también le reconoce importantes prerrogativas para elaborar constituciones y leyes, sin considerar la evolución, la historia y las tradiciones de una determinada sociedad.

Otra de las consecuencias de esta forma de entender la creación del derecho positivo ha sido la extrema inestabilidad institucional y política del país. El hecho de que, en dos siglos de experiencia republicana, se hayan promulgado 12 constituciones revela la extrema fragilidad institucional del país (Ramos, 2018). Igualmente, el hecho de que los periodos de estabilidad democrática no sobrepasen las dos décadas seguidas de gobiernos autoritarios, no democráticos, es otro dato que confirma el fracaso republicano. ¿Cuáles son las raíces de la inestabilidad política permanente?, es otra de las preguntas centrales que se problematiza en esta investigación.

Y si nos trasladamos al presente y analizamos la floresta institucional y legal que se ha organizado para mediar entre la sociedad y el Estado, igualmente, toda la legislación produce informalidad legal. Por ejemplo, las leyes laborales formales establecen y consagran la estabilidad laboral de los trabajadores. Sin embargo, si analizamos las estadísticas sobre informalidad casi todas ellas señalan que la informalidad en el empleo sobrepasa los dos tercios de la fuerza laboral. ¿Cuál es la razón de semejante informalidad laboral?

Considerando que el 90% del empleo es atendido por pequeñas y medianas empresas (pymes) vale preguntarse si los problemas están entre los actores del proceso económico o vienen desde la ley y de las instituciones. Una primera respuesta nos indica que los problemas vienen desde la institucionalidad y la legalidad. No obstante, si reparamos que el problema surge y sigue complicándose desde la Independencia llegaremos a la conclusión que, detrás del derecho republicano, siempre hubo una tradición filosófica que llevó a desconocer la realidad y a legislar de acuerdo con criterios estrictamente racionales o, según los parámetros, del llamado jacobinismo racionalista.

## **La hermenéutica como método**

Para validar las hipótesis planteadas en la presente investigación utilizaremos la hermenéutica como el método de análisis y camino epistemológico. Como se sabe la hermenéutica jurídica es una rama extremadamente importante de la hermenéutica filosófica, la cual es una disciplina que -sin lugar a duda -nace y se desarrolla con la evolución de la filosofía desde los tiempos de la tradición griega y clásica. Gadamer (2003) es considerado como uno de los exponentes más elaborados de la hermenéutica filosófica, sobre todo a través de su obra monumental *Verdad y Método*.

Desarrollando los aportes de Dilthey, Husserl y Heidegger, Gadamer plantea que la hermenéutica es el territorio de la interpretación a través de lo que él denomina “la lingüisticidad” del acto hermenéutico (Gadamer, 2003). Es decir, es el intento de interpretar textos, acontecimientos históricos y expresiones sociales a través del lenguaje de los documentos y de los procesos.

Sin embargo, ¿cómo se puede interpretar un texto de varios siglos atrás desde el presente? Al respecto, Gadamer propone que el proceso hermenéutico debe establecer un diálogo entre el intérprete y el documento. Semejante conversación entre el pasado y el presente solo se puede establecer si el intérprete acepta y reconoce los prejuicios contemporáneos con los que pretende analizar determinado texto o acontecimiento histórico. Semejante actitud es una manera de reconocer nuestra finitud ante el proceso hermenéutico y nos permite comprender las tradiciones y los procesos sociales que atraviesan a determinado documento, acontecimiento o hecho social, que se pretende interpretar.

Planteadas las cosas así, el acto hermenéutico busca adentrarse en el universo de la lingüisticidad, es decir, en el universo de los lenguajes, tradiciones y contextos

históricos del presente y del pasado, porque es la única manera de interpretar y entender. Otra manera de proponer el tema es señalar que la hermenéutica filosófica demanda el diálogo de las tradiciones del intérprete del documento con las tradiciones presentes en la época en que el texto fue redactado. Es decir, el diálogo de dos tradiciones (Gadamer, 2003)

En este contexto, la hermenéutica jurídica entonces es una disciplina que se desprende de las grandes corrientes de la hermenéutica filosófica que, en términos generales, busca interpretar el espíritu de la ley y la relación que las normas escritas, el llamado derecho positivo, tienen con los hechos y procesos sociales (Ramis, 1985)

Al respecto Ramis señala que las ciencias políticas y morales tienen una enorme carga ideológica y, por lo tanto, necesitan de la interpretación para ser correctamente aplicadas a la realidad. Agrega que el Derecho es una disciplina fundamental de este tipo de ciencias y forma parte de la ética o de la llamada ciencia de las conductas y comportamientos de los hombres (Ramis, 1985, 100).

Luego de plantear estas premisas, Ramis propone que el objeto de la hermenéutica no solo es hallar el llamado espíritu de la ley, sino establecer la relación que se establecen entre las normas y las consecuencias y procesos sociales. Menciona que los sofistas griegos solían creer que existía una antinomia insalvable entre las normas y los hechos que ningún Derecho podía salvar (Ramis, 1985, 101).

Si las cosas fuesen tal como lo sostenían los sofistas griegos, entonces, la informalidad legal como fenómeno jurídico y económico sería parte del estado natural de las cosas. Hoy todos sabemos que la informalidad es parte de un fenómeno histórico en el que algunos países triunfan en erradicarla, mientras que otros -como nuestro país- fracasan estrepitosamente.

Es incuestionable entonces que la interpretación del espíritu de una ley o de cualquier documento normativo no puede desentenderse de la relación entre las normas y los hechos. Las preguntas acerca de si la ley crea formalidad, estado de Derecho, o informalidad o desintegración social, pasan a ser determinantes para el acto de la hermenéutica jurídica. En otras palabras, las interrogantes acerca de si las leyes expresan procesos sociales, tradiciones o realidades sociales o, por el contrario, pretenden normar o crear realidades desde puntos de vista estrictamente “racionales”, sin nexos con la realidad social, pasan a ser fundamentales en el ejercicio de la hermenéutica jurídica.

Como lo hemos sostenido líneas arriba la aproximación principal de la presente investigación sostiene que el llamado jacobinismo racionalista es una de las causas de la creciente informalidad legal en el Perú en la medida que impulsa a legislar en base a criterios “de razón”, al margen de los procesos históricos reales y las tradiciones que presentes en la sociedad. De alguna manera esta corriente de la filosofía lleva a considerar a las instituciones y las creencias y valores de los actores sociales como simples objetos físicos que se pueden descartar y construir a voluntad del legislador. En otras palabras, el legislador puede estar de espaldas o ignorar las tradiciones y la historia de una determinada sociedad si es que ellas no calzan en el nuevo universo legal que crea y propone la especulación racional.

Por estas consideraciones en la presente investigación también emplearemos los métodos de análisis y las propuestas de la Escuela Histórica del Derecho, que tiene a F. K. Von Savigny, como uno de sus principales exponentes, sobre todo en cuanto a su teoría sobre las fuentes del Derecho. Al respecto Salinas (2017) cita a Savigny señalando que el gran jurista alemán sostenía que se debía imaginar a todo hombre como integrante de una familia, de un pueblo, de un Estado, y que el tiempo presente de

un pueblo debía considerarse como la continuidad y la evolución del pasado. El autor agregaba que ninguna época producía una cultura y un sistema de instituciones y valores a su libre arbitrio, sino que lo hacía en comunión con el pasado (Salinas, 2017, 138).

El aporte de la Escuela Histórica del Derecho nos servirá para entender cuán lejos o cuán cerca de las tradiciones, la historia y la realidad social, ha estado la producción del Derecho en el Perú luego de la independencia de la metrópoli española, una cercanía o distancia que – a nuestro entender- explica la existencia de un Perú oficial y otro Perú profundo desde la fundación republicana. O para verbalizar las cosas con conceptos más contemporáneos, una cercanía o distancia que explica la existencia de un Perú formal de minorías y otro Perú informal de mayorías.

### **Hipótesis**

Sobre la base de estas aproximaciones es que, en la presente investigación, nos planteamos las siguientes hipótesis:

**Primera:** La influencia del jacobinismo racionalista es una de las causas principales de la extrema informalidad legal del país.

**Segunda:** El desarrollo de una informalidad legal extendida determina que los sectores informales organicen una normatividad extralegal que, en ocasiones, expresa un orden alternativo a la formalidad.

**Tercera:** Superar la extendida informalidad legal requiere construir un Derecho y una normatividad que posibiliten construir una sola idea de sociedad y de país, sin exclusiones.

Para el desarrollo de la presente investigación hemos considerado los siguientes capítulos luego de la introducción:

En Capítulo I desarrollamos el marco teórico en el que se analiza las corrientes del iusnaturalismo filosófico que proponen la primacía de los derechos naturales del hombre sobre el derecho positivo y la normatividad general del Estado. Asimismo, se reflexiona sobre cómo las corrientes iusnaturalistas se entrecruzan con el jacobinismo racionalista o el llamado racionalismo metafísico, que empodera a la razón en el conocimiento de la realidad y en la formulación de utopías o reingenierías institucionales, ignorando las instituciones existentes, la historia y las tradiciones de una sociedad concreta. En ese sentido, el marco teórico de la presente investigación nos permite proponer que la influencia preponderante del jacobinismo racionalista es una de las causas principales de la extendida informalidad legal presente en toda la historia republicana del Perú hasta nuestros días.

En el capítulo II se analiza la refundación jacobina del Perú en su etapa republicana. Es decir, se reflexiona sobre cómo el proyecto ilustrado basado el ideal de hombres iguales ante la ley acabó con la República de Indios y las noblezas indígenas que prosperaron durante el Virreinato, con la anuencia y protección de la monarquía española. Se describe cómo la idea de una república de iguales desamparó al mundo indígena – mediante la eliminación de los kurakazgos- y dejó las poblaciones indígenas inermes ante el avance de los criollos que se apoderaron de las tierras de las comunidades campesinas. Se subraya el hecho de que, antes de la Independencia, las comunidades campesinas eran las propietarias de las mayorías de tierras del Perú y, por lo tanto, las principales contribuyentes de la naciente república. Luego de unas décadas de experiencia republicana el despojo de las tierras indígenas se había consumado y las sociedades andinas fueron excluidas de los sistemas de derecho y propiedad.

En el capítulo III se analiza cómo la influencia del racionalismo jacobino en la formulación del derecho positivo siempre ha creado dos sociedades partidas por la naturaleza de la legislación: una sociedad formal y otra informal, una que representa el Perú oficial y otra que corresponde al Perú profundo. En este contexto, se reflexionan sobre diversas etapas de la historia nacional y cómo la naturaleza del derecho positivo – es decir, la voluntad de ignorar la evolución de la sociedad – generó informalidad en sectores como las viviendas y urbanizaciones populares, el mundo laboral y los sectores productivos. Se pone especial énfasis en analizar la legislación civil y describir como las instituciones de la propiedad, la posesión y la hipoteca, estaban distanciadas de los millones de pobladores y urbanizaciones que se habían desarrollado en las ciudades luego de las impresionantes migraciones de la sierra hacia la costa desde mediados del siglo XX.

En el capítulo IV se proponen algunas conclusiones preliminares que deberían servir para encontrar una explicación desde el punto de vista de la filosofía del derecho sobre cómo una manera se concebir el derecho positivo -desde la Independencia hasta la actualidad-, que ignora la evolución social, la historia y las tradiciones de una determina sociedad, se convierte en una de las causas principales de la informalidad legal.

# **CAPÍTULO I**

## **1.1 Marco teórico**

En el presente trabajo utilizaremos el concepto de jacobinismo filosófico o jacobinismo racionalista como la aproximación filosófica que le otorga a la razón un papel decisivo en el conocimiento y de la realidad y, por lo tanto, a partir de esas posibilidades racionales se derivan la capacidad de los hombres de refundar las sociedades al margen de las evoluciones sociales, la historia y las tradiciones. En realidad, el jacobinismo filosófico es el apellido que adquiere la tradición racionalista de la Ilustración por el papel que jugaron los jacobinos en la revolución en Francia, quienes se sintieron capaces de refundar la sociedad francesa desde sus cimientos y cancelar las instituciones históricas que habían surgido a lo largo de varios siglos de evolución monárquica (Burke, 1993). Cuando hablamos de racionalismo, igualmente, podríamos hablar del iusnaturalismo racionalista que estableció que los derechos naturales del hombre antecedían a la formación de toda sociedad política y, por lo tanto, ningún estado, ningún gobierno civil o monarca, podía expropiar esos derechos naturales del ciudadano al margen de los pactos o contratos sociales (Bobbio, 2017).

Para fundamentar nuestro punto de vista sobre cómo el racionalismo metafísico - según la definición de Burke (1993) – o jacobinismo filosófico, desarrolla la premisa acerca de que el conocimiento de la totalidad social es posible y, por lo tanto, igualmente es viable la refundación de la sociedad y del derecho positivo sobre bases enteramente racionales, es necesario desarrollar una mirada sobre las relaciones del Derecho con las corrientes iusnaturalistas que, a lo largo de la historia, influyeron decisivamente en la formación y el desarrollo del derecho positivo.

En términos generales, desde el punto de vista de la filosofía del Derecho se podría definir el iusnaturalismo como la aceptación de que existen principios superiores al derecho positivo que rigen en todo tiempo y en todo lugar. Obviamente estos principios tienen que ver con la definición de la naturaleza del hombre, con los derechos que provienen de esa naturaleza intrínseca del hombre y que, por lo tanto, son inalienables. Bobbio explica, con gran pedagogía, que la idea de naturaleza en la tradición griega - sobre todo en Aristóteles- se definía alrededor de las cosas que son independientes de la actividad humana, del proceso transformador del hombre. De esta manera lo natural entonces se podía definir como todo aquello en que no interviene la producción, el arte o la acción del hombre (Bobbio, 2017).

Sobre este criterio general el gran filósofo italiano nos explica que Aristóteles había establecido las diferencias entre el derecho natural y el derecho positivo en el libro *Ética Nicomaquea*. Bobbio señala que Aristóteles asevera que la característica principal del derecho natural es su vigencia en cualquier lugar, es decir, que tiene validez universal. Bobbio explica que esta es la característica que más se acomoda al concepto de naturaleza de los griegos. Citando al propio Aristóteles, Bobbio menciona el ejemplo del fuego que puede arder en Grecia como en Persia. En síntesis, el filósofo italiano nos señala que, en la definición aristotélica, el derecho natural es la norma con validez universal mientras que el derecho positivo es el que tiene vigencia particular. Asimismo, deja en claro que en la visión aristotélica existe una preeminencia del derecho natural sobre el positivo. (Bobbio, 2017, 29, 30)

Igualmente, Bobbio nos explica que la primacía de la ley natural sobre el derecho positivo se hizo evidente con el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. A partir de este momento, el derecho natural se convierte en una expresión de la voluntad divina, porque Dios establecía las reglas para el universo y para el hombre. El filósofo italiano,

desarrollando el pensamiento del autor de la *Suma teológica*, agrega que de la misma manera que Dios establece las reglas para los cuerpos físicos, igualmente, establece las reglas y los derechos para el hombre. En este contexto, añade, que si bien los hombres pueden violar las leyes naturales establecidas por la divinidad, semejantes infracciones de ninguna manera significan que el derecho natural pierda autoridad y vigencia, porque se trata de un derecho que está sobre todo lo contingente y temporal (Bobbio, 2017, 32)

Bobbio explica que la ley natural para Santos Tomás de Aquino es la expresión del orden cósmico creado por Dios y que se vincula a la única criatura de la creación con capacidad racional: el hombre. Sobre este contexto, el filósofo italiano nos explica las diferencias entre el iusnaturalismo clásico y el medieval. Bobbio señala que para Aristóteles el derecho natural y el derecho positivo se mueven en dos espacios diferentes: el campo de las acciones morales imprescindibles y el ámbito de las acciones morales indiferentes. Según el autor italiano, sobre la base de estas diferencias, Aristóteles establece que el derecho positivo cubre los vacíos dejados por la ley natural, es decir, cumple una función complementaria de la ley natural, casi como una adición legítima, complementaria. Bobbio asevera que, para Santo Tomás, por el contrario, la conducta de los hombres y de las sociedades está potencialmente regida por la ley natural y, por este motivo, el derecho positivo representa un derivado, una consecuencia de la ley natural en el proceso de adaptación a las situaciones concretas y particulares (Bobbio, 2017, 33).

Con respecto al criterio iuspositivista acerca de que cualquier derecho positivo vale no obstante su naturaleza injusta, Bobbio señala que el pensamiento de Santo Tomás es el paradigma de todas las corrientes iusnaturalistas porque establece que el derecho positivo es un añadido, un complemento de las leyes naturales, que han sido establecidas por la divinidad. Agrega que el tomismo representa el canon más seguro

para establecer que la correspondencia entre el derecho positivo y la ley natural es una condición impostergable de validez (Bobbio, 2017, 34, 35)

Asimismo, vale señalar la explicación que Bobbio desarrolla con respecto al pensamiento de Hobbes y el iusnaturalismo. El filósofo italiano sostiene que Hobbes tiene una relación contradictoria con el iusnaturalismo porque en sus obras *De cive* y *Leviatán* se dedica a analizar al derecho natural, pero con el objeto de establecer la primacía del derecho positivo, de la autoridad civil, del soberano. Bobbio precisa que Hobbes invoca el derecho natural, no para limitar el poder civil -como por ejemplo sucede con Locke- sino para empoderar al poder civil. El filósofo italiano agrega que Hobbes consideraba que las leyes naturales solo obligaban en conciencia. Es decir, tenían que ver con el fuero interno. Más adelante, explicando el sentido de las reflexiones de Hobbes, Bobbio explica que en la lógica hobbesiana los hombres buscan superar el estado de naturaleza -estado de guerra perpetua de uno contra todos y de todos contra uno- pasando al estado civil. Describiendo la teoría hobbesiana, el filósofo italiano sostiene que la superación del estado de naturaleza implica renunciar a los derechos que se tenía en el estado de naturaleza (excepto el de la vida), mediante un acuerdo entre los integrantes de la comunidad política, para transferirlos al soberano (Bobbio, 2017, 36).

Planteada las explicaciones de esta manera, la pregunta que emerge es, ¿cuál es la situación de los derechos naturales en el gobierno civil propuesto por Hobbes? Bobbio nos señala que, en la teoría hobbesiana, los civiles solo están obligados a obedecer las leyes civiles, es decir, el derecho positivo creado por la autoridad civil, por el soberano. Sin embargo, ¿acaso las leyes naturales sirven para limitar el poder del soberano? Bobbio señala que, según la teoría de Hobbes, los soberanos tienen el derecho de interpretar a su manera la ley natural.

De esta manera, el iusnaturalismo se ha racionalizado en extremo hasta tal punto de convertirse en la justificación del imperio del derecho positivo y del poder del soberano sobre los derechos naturales de los ciudadanos. En el libro *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (2015), Bobbio establece la tesis acerca de que el iusnaturalismo y el derecho positivo son excluyentes cuando se convierten en sistemas irreconciliables que reclaman el derecho de validez en una contraposición insalvable. Sin embargo, lo interesante de este texto es la crítica que Bobbio desarrolla de un error insalvable del iusnaturalismo racionalista: la teoría objetivista de la moral. El filósofo italiano agrega que el mismo papel que las teorías iusnaturalistas racionalistas -en cuanto a errores y aciertos- lo pueden cumplir las corrientes liberales, socialistas y pacifistas, que suelen tener una filosofía de la justicia propia (Bobbio, 2015). Semejantes aproximaciones e ideologías reclaman tal validez desde el ejercicio racional que la evolución institucional, la historia y las tradiciones de las sociedades casi no cuenta en la creación del derecho positivo.

En realidad, llegado a este punto se puede sostener que la evolución del iusnaturalismo clásico y medieval se ha racionalizado a tal punto que se confunde con el racionalismo de la Ilustración o el llamado racionalismo metafísico que describe Burke. Al respecto Bobbio se pregunta se pregunta sobre cuántos iusnaturalismo existen y señala que la superioridad del iusnaturalismo clásico con respecto al moderno consiste en que el primero nunca ha tenido la pretensión de establecer unos principios, deducidos de manera matemática y con el mismo valor para cualquier circunstancia. Precisa que el iusnaturalismo de los católicos, por ejemplo, se proponía establecer algunos principios muy generales que debían integrarse y concretarse a través del derecho secundario o derecho positivo. En otras palabras, el iusnaturalismo clásico tenía una idea general e integradora de los derechos naturales del hombre, pero que solo podían concretarse a

través del derecho positivo, es decir, a través de las experiencias concretas de las sociedades. Luego Bobbio sostiene que el iusnaturalismo moderno, influido por el racionalismo matematizante aplicado a las sociedades, desdeña el desarrollo histórico de las sociedades y se propone establecer un sistema ideal, perfecto y abstracto, de los derechos y deberes del hombre, creándose un sistema filosófico que prioriza la construcciones racionales y abstractas de las instituciones. (Bobbio, 2017, 39).

Sobre estas premisas es inevitable sostener que el iusnaturalismo moderno se entrecruza y mimetiza con el racionalismo ilustrado que otorgó un papel preponderante a la razón en el conocimiento de la realidad y se propuso refundar las sociedades en base a criterios estrictamente racionales.

Entre los principales antecedentes de este racionalismo metafísico evidentemente están las tesis de René Descartes, quien en el *Discurso del método* llega a sostener que el conocimiento de la realidad es absolutamente posible si empleamos la razón y el ingenio. Luego sostiene que la mente racional está en condiciones de conocer lo falso de la realidad aplicando el arte de razonar. En otras palabras, el conocimiento de la realidad es absolutamente posible, solo se necesita ejercer la razón de manera correcta (Descartes, 1998). De esta forma la racionalidad es empoderada de tal manera con su capacidad de conocer la realidad que es absolutamente posible el proponerse la refundación institucional, política y económica de cualquier sociedad, sobre criterios exclusivamente racionales. Más adelante, específicamente en la segunda parte del *Discurso*, Descartes sostiene que no existe comparación entre la obra desarrollada por una mente brillante, es decir, por un genio, y la obra compuesta por los aportes de diversos maestros (Descartes, 1998). De esta manera la genialidad de la razón es endiosada frente a la evolución social natural de millones de hombres que construyen

instituciones y procesos. A partir de estas reflexiones, la Ilustración subrayaría las características del racionalismo moderno que llevaron a construir un altar a la razón.

Otro de los grandes hitos del racionalismo moderno, inevitablemente, tienen que ver con las tesis formuladas por Jean Jacques Rousseau acerca de la soberanía del pueblo y la voluntad general (Rousseau, 2020). Rousseau, siguiendo las tradiciones filosóficas y políticas de su tiempo, convierte al concepto de soberanía como una idea fuerza tan poderosa y organizadora que cualquier referencia a la historia y las tradiciones de las sociedades concretas no tienen la menor importancia. Y cuando al concepto de soberanía, el filósofo ginebrino le adiciona la idea de la indivisibilidad de esa misma soberanía sobre la base de la voluntad general del pueblo, entonces, estamos frente a una conceptualización racional tan impecable que es posible y viable que las sociedades desarrollen la tábula rasa de las instituciones construidas en décadas y siglos de evolución social para ser refundadas sobre criterios estrictamente racionales. Es decir, para ser refundadas sobre la base de proyectos de sociedades perfectas como si fuese posible construir el Paraíso en la tierra.

El racionalismo entonces empoderó a la razón en el conocimiento de las realidades sociales y también en la posibilidad de refundar las sociedades sobre proyectos e ideas perfectas. Ese racionalismo se entrecruzó con el iusnaturalismo y el concepto acerca de que los derechos naturales del hombre anteceden a la formación del Estado, a las instituciones forjadas mediante un largo proceso de evolución, y se convirtió en el combustible del jacobinismo racionalista que luego se transformaría en una práctica política radical durante la revolución francesa (Burke, 1993)

La revolución en Francia y el protagonismo del ala de los jacobinos en el proceso fue el primer gran experimento social de la refundación de una sociedad. Las instituciones de la monarquía francesa forjadas a lo largo de varios siglos fueron demolidas para

instaurar una sociedad en base a la soberanía, la voluntad general del pueblo y la igualdad de los ciudadanos ante la ley. La revolución en Francia no desencadenó la estabilidad ni la paz de la sociedad. Muy por el contrario, el terror de los jacobinos y el Imperio napoleónico, de alguna forma, nos evocan la impotencia de la razón y del racionalismo en general para superar a la sabiduría de la historia y la evolución natural de las instituciones.

Sin embargo, lo relevante para la presente investigación es que, a partir de la razón ilustrada y la revolución en Francia, al parecer, la única fuente del derecho positivo provino del ejercicio racional. La razón se convirtió en el origen de las constituciones y del derecho positivo, sobre todo en los nacientes países en Hispanoamérica que se autoproclamaban repúblicas y declaraban sus independencias. Por ejemplo, Brewer-Carías (2011) asevera que la revolución de Estados Unidos de 1776 y la de Francia de 1789 y las revoluciones en Hispanoamérica (1810-1830), cambiaron radicalmente el constitucionalismo de la época creando instituciones y principios desconocidos en la evolución de las sociedades. Explicando su punto de vista llega a sostener que las influencias de las revoluciones modernas mencionadas influyeron decisivamente en la independencia promovida por Caracas, que se expresó en la confederación de provincias autónomas bajo instituciones que replicaban el naciente constitucionalismo de las revoluciones en Estados Unidos y Francia. Añade que la influencia del constitucionalismo moderno en Caracas, incluso, fue anterior a la de España. Si bien Brewer-Carías sostiene que la influencia del constitucionalismo moderno, sobre todo, se focalizó en Caracas en tanto que, en otras áreas hispanoamericanas, se percibió la impronta de la Constitución de Cádiz de 1812, es evidente que, luego de analizar el asunto, se puede concluir que los aportes constitucionales mencionados por el autor valen para toda la independencia hispanoamericana (Brewer-Carías, 2011).

Entre los aportes señalados por el indicado autor se menciona, por ejemplo, la idea de una constitución escrita que consagra algunos principios inmutables en el tiempo. Agrega que la idea de una constitución escrita incluía una parte orgánica relacionada con la organización del Estado y sus principales instituciones y una parte dogmática que declara los derechos del hombre y del ciudadano. El autor señala que, hasta ese momento, no existía la idea de una constitución escrita sino cartas otorgadas por los monarcas a sus súbditos. Igualmente, Brewer -Carías asevera que otro aporte del constitucionalismo moderno fue la idea del protagonismo del pueblo a través de la soberanía como fuente de poder en el Estado. Señala que en las colonias anglosajonas de América se asumió el principio de la soberanía del pueblo. Agrega que en la revolución en Francia la soberanía del monarca pasó a una asamblea con representantes de la nación y el pueblo (Brewer- Carías, 2011)

Otro de los aspectos que nos parece muy relevante para la presente investigación tiene que ver con la proclamación y reconocimiento formal de los derechos del hombre y el ciudadano, elevados a rango constitucional y, por lo tanto, estas declaraciones pasaron a formar parte de la naturaleza del Estado. A partir de estas proclamas, las teorías iusnaturalistas sobre los derechos naturales avanzaron en constitucionalizarse en las declaraciones de derechos que precedieron a las constituciones de las colonias norteamericanas y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución en Francia. Se establecieron límites y garantías que no podían ser contravenidas por el Estado (Brewer -Carías, 2011, 114)

Otro de los aportes de ambas revoluciones al constitucionalismo moderno, mencionados por el autor, tienen que ver con el concepto de la separación de poderes como una forma de limitar el poder. Una voluntad de controlar el poder que, igualmente, se expresaba en el reconocimiento de las declaraciones de los derechos

naturales del hombre. Otro de los aportes de estos acontecimientos revolucionarios, según el mencionado autor, se vincula con el sistema presidencial y el sistema parlamentario como sistemas políticos alternativos a los regímenes monárquicos. Brewer -Carías explica que luego de la revolución en Francia, el parlamentarismo fue un modelo de mucha influencia en Europa. Igualmente, otro de los aportes al constitucionalismo moderno, mencionado por el autor, es una nueva manera de organizar el Estado en base al protagonismo de las localidades. Frente al exacerbado centralismo de las monarquías surgió el gobierno local de la revolución estadounidense y el gobierno municipal derivado de la revolución francesa. Asimismo, Brewer -Carías también menciona el control de la constitucionalidad de parte de los jueces en la revolución de Estados Unidos como otro de los aportes de estos procesos a una nueva visión del derecho constitucional (Brewer-Carías, 2011)

Es a la luz de las reflexiones del señalado autor que se puede establecer que las revoluciones en Estados Unidos y en Francia pueden considerarse los mayores experimentos institucionales del mundo moderno en los que se produjo, sobre todo, un rediseño institucional del poder central. Si bien Brewer-Carías señala que la fundación de la república en Venezuela se desarrolló en base a estas nuevas teorías del derecho constitucional, sin embargo, estas innovaciones del derecho positivo valen para todas las experiencias hispanoamericanas.

No obstante, es necesario establecer algunas diferencias capitales entre la revolución en Estados Unidos y la revolución en Francia. Alexis de Tocqueville en *Democracia en américa* (2017) asevera que la independencia de los Estados Unidos canceló la relación con la corona británica y rediseñó el poder central de la unión americana. Sin embargo, sostiene que las instituciones locales forjadas en siglos de Colonia se preservaron intactas. De Tocqueville señala que la vida de la sociedad estadounidense estaba

focalizada en tres centros nerviosos que sustentaban toda la grandeza de la unión americana. El autor se refiere al municipio, luego al condado y, finalmente, al Estado. En el desarrollo del señalado texto, De Tocqueville compara las experiencias municipales en Francia y Estados Unidos y asevera que, en la experiencia francesa, el gobierno central prestaba sus funcionarios a los municipios mientras que, en América, los municipios prestaban sus funcionarios al gobierno central. (De Tocqueville, 2017)

A diferencia de la revolución en Estados Unidos, la revolución en Francia hizo tábula rasa de todas las instituciones, tradiciones e historia, forjados en siglos de experiencia monárquica. Más allá de algunos conceptos racionales asumidos y compartidos por las dos revoluciones modernas es evidente que la revolución de Estados Unidos preservó toda la evolución social histórica e institucional, fraguada en la experiencia histórica de las colonias. En ese sentido, se puede afirmar que, en la revolución estadounidense, de una u otra manera, se consideró que la evolución social era la principal fuente del derecho positivo.

Ahora bien, es necesario volver a subrayar que la importancia del resumen de Brewer- Carías sobre los aportes al constitucionalismo moderno de las revoluciones en Estados Unidos y Francia y la manera cómo estas nuevas teorías influyeron en la independencia en Venezuela, igualmente, valen para las independencias de los países en Hispanoamérica, la mayoría de los cuales se proclamaron repúblicas en base conceptos estrictamente racionales que muy poco tenían que ver con las evoluciones sociales que se desarrollaron durante la corona española.

## **1.2 La historia, la evolución del pueblo y la costumbre como fuente del derecho positivo**

Friedrich Carl von Savigny, en el extraordinario libro *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* (2015), analizando la pertinencia o no de codificar el derecho civil en los diferentes estados alemanes -iniciativa a la que se oponía en principio- sostuvo que ese tipo de iniciativas surgían porque se había perdido el respeto a los valores y aportes de otras épocas y a los procesos de evolución natural de los pueblos a través sus propias instituciones. Agrega que se había perdido el amor a todos los productos de la historia y en vez de esa lógica había surgido una confianza racionalista sin contrapesos en la época actual. Añade que esta tendencia también se expresó en la demanda de nuevos códigos que, de una u otra manera, buscaban quitarle al juez toda capacidad de discernimiento – capacidad que generalmente reposaba en las tradiciones- para obligarlo a actuar en base al cumplimiento estricto de lo prescrito en la ley. Luego Savigny agrega algo que nos parece capital para la presente investigación: asevera que los nuevos códigos debían ignorar las peculiaridades históricas de los pueblos y rendirse ante las abstracciones jurídicas que podían ser utilizadas por todas las sociedades. (Savigny, 2015, 16,17)

A nuestro entender en estas reflexiones de uno de los mayores exponentes de la Escuela Histórica del Derecho en Alemania está gran parte del programa alternativo a la tendencia racionalista y jacobina que se materializó en la revolución en Francia y llegó a considerar que la razón y sus posibilidades de conocer la realidad eran las fuentes más confiables del derecho positivo.

Desarrollando y precisando su punto de vista, Savigny sostiene que, en el buen derecho, existe una conexión orgánica con el alma y la identidad de un pueblo que se

confirma mediante un largo proceso de evolución a semejanza del lenguaje. Savigny agrega que el derecho sigue todas las tendencias evolutivas de las expresiones del pueblo, de la sociedad donde se desarrolla, y sostiene que el derecho se desarrolla y se perfecciona bajo el impulso del pueblo y, finalmente, desaparece cuando desaparece un pueblo. (Savigny, 2015, 20). Como se aprecia con absoluta claridad para el gran jurista alemán, el derecho era una de las expresiones del alma de un pueblo y tenía una conexión tan estrecha con el ser de un pueblo que cuando el pueblo se extinguía, igualmente, el derecho desaparecía.

Savigny resume su punto de vista considerando que todo derecho proviene del derecho consuetudinario. En otras palabras, el gran jurista alemán nos señala que todo derecho se origina en primer lugar en la costumbre y en las creencias de la sociedad (pueblo) y únicamente después en la jurisprudencia. Añade que de esta manera el derecho se gesta por tendencias silenciosas de la sociedad y no por el arbitrio de un legislador (Savigny, 2015)

Explicando su punto de vista, el gran filósofo del derecho alemán critica el criterio acerca de que todo derecho positivo necesariamente nace de las leyes, en otras palabras, de las normas promulgadas por el Estado. Agrega que, según estos criterios, la ciencia del derecho solo tendría cómo objeto el análisis de las leyes. Añade que este punto de vista lleva a considerar al derecho como una disciplina extremadamente cambiante, de modo que las leyes y procedimientos actuales no se parezcan en nada a las normas de ayer porque la normatividad está sujeta a la voluntad y a las racionalidades de los hombres. Savigny sostiene que estos criterios impulsan a organizar un código íntegro con el objeto de negar la trascendencia del derecho consuetudinario. Asimismo, añade algo que nos parece capital para la presente investigación: asevera que, a la base de

estas concepciones, está la idea de un derecho racional que produce una legislación perfecta para todos los pueblos y en todas las circunstancias (Savigny, 2015, 17,18)

Otro autor interesante con respecto a las relaciones entre la historia, las tradiciones y la evolución social en la formación del derecho positivo es Edmund Burke, quien debatió con extrema dureza con Thomas Paine sobre las consecuencias de la revolución en Francia. Si bien Burke no habla directamente del derecho positivo menciona el concepto de institución como tema medular del debate. El racionalismo moderno de la Ilustración, como ya lo hemos sostenido, considera que la razón tiene la capacidad de conocer la totalidad social y, por lo tanto, refundar las instituciones al margen de los condicionamientos históricos. Burke se opone frontalmente a este criterio y asevera que las instituciones son el resultado de la evolución histórica y social de una sociedad determinada y formula su clásica definición acerca de que una institución es un pacto entre los que están vivos con los que están muertos y los que están por nacer (Burke, 1993). En otras palabras, las instituciones son producto de la evolución histórica concreta de las sociedades. Con respecto a la pretensión del racionalismo ilustrado de derribar instituciones como si fueran paredes de cemento y construirlas en base al ejercicio racional -como si fuesen entidades físicas- llama a estas tendencias como “racionalismo metafísico”.

Muy, por el contrario, en su afán de justificar y defender la tábula rasa de las instituciones galas que desarrollaron los revolucionarios franceses, Paine asevera que, cada hombre o generación de determinada época, es absolutamente libre de desarrollar una reingeniería de las instituciones de acuerdo a las necesidades de su tiempo. Sostiene que las generaciones del presente deben ser absolutamente libres de actuar según la voluntad general de la sociedad, tal como sucedió con las generaciones anteriores. Luego lanza una sátira que revela la animadversión del racionalismo ilustrado con los

sectores que desconfiaban de la razón. Afirma que una de las peores tiranías de la humanidad era la pretensión de gobernar más allá de la tumba (Paine, 1885)

¿Por qué es extremadamente importante desarrollar una pequeña referencia al debate que protagonizaron Burke y Paine con respecto a la revolución en Francia? Porque ambos intelectuales británicos defendían con ardor los llamados derechos naturales del hombre con respecto a la Gloriosa Revolución en Inglaterra, igualmente respaldaban el derecho de las colonias americanas a preservar sus derechos naturales frente a la corona y también respaldaron los derechos de Irlanda y las colonias británicas en la India. Sin embargo, con respecto a la revolución en Francia las diferencias se convirtieron en un abismo insalvable.

Con respecto al debate entre Burke y Paine, Yuval Levin (2014) sostiene que reactualizó todos los debates clásicos alrededor del papel de la razón y la transformación social o el papel de la razón con respecto a la historia y las tradiciones de una sociedad. Levin sostiene que el debate fundó las derechas y las izquierdas anglosajonas antes de la publicación de *El Capital* de Carlos Marx (Levin, 2014). Una afirmación que nos revela que el jacobinismo filosófico no solo determina una manera de entender las relaciones de la razón con el derecho positivo, sino que, de una u otra manera, es el principio de todas las revoluciones modernas que estremecieron el siglo XIX y XX.

Finalmente, vale resumir las relaciones que establece Burke con las teorías iusnaturalistas y su visión acerca del papel de la evolución social, de la historia y las tradiciones en la formación de las instituciones. Cuando el autor anglosajón señala que las comunidades políticas no pueden fundarse sobre derechos abstractos formulados por el puro ejercicio racional, sino considerando la evolución institucional de una determinada sociedad concreta, en realidad, está reformulando el criterio jacobino

acerca de que la *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano* vale en cualquier lugar o realidad social al margen de los condicionamientos históricos. Si las cosas se presentan de esta manera, entonces, de alguna manera Burke parece ser contrario a cualquier idea de derechos naturales previos a la formación de la sociedad. Sin embargo, Burke no se opone a la definición de derechos inalienables del hombre, sino que señala que ellos existen como parte de un proceso social e histórico. Es decir, se expresan de acuerdo a las particularidades históricas de cada sociedad. En ese sentido, de alguna manera, está distante del iusnaturalismo moderno, pero algo cerca del iusnaturalismo medieval descrito por Bobbio líneas más arriba. Se trata del iusnaturalismo que acepta principios generales y derechos que derivan de la voluntad divina, expresadas en la naturaleza y la criatura racional, pero que, sin embargo, para existir, para concretarse, deben expresarse en realidades y sociedades históricamente determinadas.

Otra mirada para entender las particularidades del pensamiento de Burke con respecto y sus relaciones con el derecho positivo y las instituciones es su particular entendimiento del concepto del contrato social. El autor inglés sostiene que la idea del contrato social debe partir de la idea de un contrato entre quienes están vivos, con los que están muertos y aquellos que están por nacer. En ese sentido, agrega, el contrato social (léase instituciones) no está sujeto a la libre voluntad de los individuos, porque en la medida que el contrato social es el resultado de la evolución a través de las generaciones, los hombres no solamente nacen libres, sino que también contraen obligaciones. Los individuos nacen en una sociedad, en una ciudad, en una familia, y adquieren derechos, pero también obligaciones. El autor agrega que cada contrato de un estado particular está vinculado a un contrato de una sociedad eterna que establece relaciones entre los sectores altos y bajos, entre sectores diferentes (Burke, 1993, 97).

Como se aprecia la idea del contrato social de Burke no tiene nada que ver con la visión abstracta del jacobinismo racionalista que nos propone que los individuos, considerados como átomos y dotados de voluntad y derechos, deciden contratar y ceder derechos, para crear un soberano investido de plena autoridad a cambio de proteger a los contratantes.

Otro autor que debería analizarse para establecer las relaciones entre la razón, la historia y las tradiciones, en la formación del derecho positivo y las instituciones, evidentemente es Fredrick Hayek. Detrás de las investigaciones y tesis del autor, focalizadas sobre todo en el terreno económico, existe una filosofía del derecho y de las instituciones que es necesario analizar para enriquecer nuestro marco teórico.

Analizando las cosas desde el punto de vista económico, Hayek llega a sostener que Adam Smith fue el primero en darse cuenta de que los hombres actuaban en un entorno económico de permanente cooperación que excedía los límites de nuestro conocimiento y percepciones. Para explicar este punto de vista el autor asevera que el concepto de la mano invisible de Smith debería ser entendido como un modelo imposible de conocer o describir. ¿Por qué? Por ejemplo, nuestras actividades económicas producen efectos en el sistema de precios de las mercancías que nunca buscamos ni planificamos.

Igualmente, el intercambio de mercancías beneficia a personas que no conocemos y que nunca conoceremos cuando actuamos en los mercados extendidos. Semejante descripción le permite a Hayek sostener que todos estos hechos son posibles porque los hombres actúan en un entorno de instituciones y tradiciones económicas, legales y morales, que regulan la acción humana. Añade algo fundamental para la presente investigación: los hombres no participan conscientemente de la construcción del entorno de instituciones y tradiciones que regulan la vida social y tampoco comprenden la naturaleza de su existencia (Hayek, 1991, 14). En otras palabras, Hayek está

sosteniendo que las instituciones están allí por evolución social y que no dependen del ejercicio racional de los hombres.

Asimismo, Hayek señala que las conductas sobre cómo comportarse en la sociedad son más una fuente, un legado, que el resultado de la razón y el entendimiento. Agrega que el hombre no nace sabio ni bueno ni racional, sino que tiene que aprender a comportarse de esa manera. Añade que no es nuestro intelecto el que crea los valores morales de una sociedad, sino que la interacción de los hombres gobernada por determinadas reglas morales posibilita el crecimiento racional y las habilidades relacionadas con ese proceso. Añade algo que nos parece trascendente para el desarrollo de la presente investigación y para nuestra aproximación a la filosofía del derecho en general: el hombre se vuelve inteligente porque responde a una tradición, una tradición que no ha sido formada por nuestra capacidad de analizar hechos e interpretarlos, sino por hábitos y prácticas que reproducimos de la sociedad. (Hayek, 1991,21, 22)

Bajo este marco de análisis, Hayek señala que los orígenes de las instituciones, tales como la familia, la propiedad, los contratos, las diversas formas de intercambio comercial e, incluso, el lenguaje, corresponden a un orden espontáneo que ha evolucionado al margen de los diagnósticos y proyectos racionales y, sobre todo, enfila en contra de la llamada planificación central de la economía y la sociedad. Agrega que los elementos de este orden espontáneo son los diversos acuerdos económicos entre los individuos y las organizaciones que surgen en la actividad económica (Hayek, 1991, 37)

El orden espontáneo de Hayek es un concepto central que nos permite entender la manera cómo emergen el derecho positivo y las instituciones en una sociedad en donde se busca representar la evolución de la realidad social. Uno podría señalar, tal como se sostiene *El Misterio del capital* (De Soto, 2009), que las sociedades que han logrado representar en el derecho positivo el orden espontáneo o la evolución de la sociedad

expresada en una red de instituciones y tradiciones, de una u otra manera, han logrado alcanzar la estabilidad institucional y el desarrollo económico y social. Muy por el contrario, las sociedades que han ignorado la evolución social expresada en redes institucionales y tradiciones se han empantanado en la permanente crisis institucional, la inestabilidad política permanente y la informalidad legal. En estos casos, el derecho positivo ha fracasado en su objetivo de crear un orden.

### **1.3 El jacobinismo como una de las causas principales de la informalidad legal**

Para continuar con nuestra investigación es necesario desarrollar una aproximación hacia lo que pretendemos definir como informalidad legal, una de las consecuencias del desarrollo de un tipo de derecho positivo. En términos generales se puede sostener que la informalidad es el desarrollo de determinadas prácticas sociales, culturales, económicas y políticas, es decir, el desarrollo de un orden social al margen y, en algunas ocasiones, en contra del derecho positivo vigente en una determinada sociedad. Si el concepto del desarrollo de diversas prácticas sociales distantes del derecho positivo es posible, entonces, esa informalidad se explica en función de la legalidad y las normas existentes. En otras palabras, necesariamente la naturaleza de la informalidad tiene que definirse con respecto a la legalidad, con el orden establecido por el derecho positivo.

De allí lo apropiado de hablar de informalidad legal para expresar la parte de la sociedad que surge, se desarrolla al margen y en contra del derecho positivo realmente existente. Sin embargo, ¿en qué momento una sociedad puede llegar a desarrollar informalidad legal, es decir, al margen o en contra de un derecho positivo que no logra encauzar o representar el curso de la sociedad? La respuesta parece ser categórica: cuando el derecho positivo no logra representar legalmente lo mejor de las tradiciones, la historia y la evolución de una determinada sociedad. Dicho de otra manera, cuando el

derecho positivo no representa el alma del pueblo del que hablaba Savigny o el orden espontáneo de la sociedad y la economía a la que se refería Hayek. Cuando surge ese tipo de derecho positivo, de constitucionalidad y legalidad, el legislador ha ignorado la evolución y las instituciones forjadas en una sociedad a lo largo de siglos y décadas.

En el desarrollo de la presente investigación hemos explicado las características del iusnaturalismo moderno que pretende establecer los derechos naturales del hombre al margen de la evolución y tradiciones de la sociedad. Un iusnaturalismo que, en su afán de justificar racionalmente los derechos naturales del hombre, cae en el racionalismo exacerbado de la Ilustración que, en la práctica, siempre negó cualquier epistemología alternativa al ejercicio racional. Y, por otro lado, llega a considerar que la única fuente del derecho positivo es la acción legislativa que emana del Estado.

Cuando hablamos del iusnaturalismo moderno estamos hablando de la misma matriz filosófica del racionalismo metafísico, abstracto, geométrico y perfecto, que criticaba con firmeza Burke para oponerse al avance revolucionario en Francia. La crítica burkeana se oponía al avance revolucionario que derogaba instituciones fraguadas en siglos de monarquía francesa, ignorando la evolución y las tradiciones de la sociedad. (Burke, 1993).

Finalmente, ese racionalismo metafísico se convirtió en un proceso social, en revolución, en refundación social, a través del programa y las prácticas jacobinas de la revolución en Francia: las instituciones fueron derribadas como si fuesen paredes y las normas y leyes derogadas de acuerdo a criterios estrictamente racionales. En ese contexto, los derechos abstractos del hombre se convirtieron en principios organizadores del derecho positivo, la idea de una constitución escrita como la fuente directa de todo derecho positivo, la soberanía del pueblo y de la nación como fuentes de

cualquier representación del poder, y el principio de la división de poderes central como la materialización de la soberanía y el control del poder.

Con la irrupción de la razón como la principal fuente de todo derecho positivo, perdieron importancia la historia, las tradiciones y las instituciones, que se formaron en un largo proceso de evolución social. En ese contexto, había surgido un nuevo tipo de derecho positivo.

Ahora bien, la presente aproximación plantea una pregunta legítima: ¿Cómo en una sociedad pueden coexistir dos sociedades, una formal y otra informal? Para intentar absolver esta interrogante vale mencionar a la “Escuela de análisis económico del derecho” (Law and economics), que investiga las relaciones que se establecen entre el derecho y la economía y, de una u otra manera, sostiene que en el crecimiento y la prosperidad de un país tiene mucho que ver con el tipo de derecho positivo que facilita o obstaculiza la creatividad y las potencialidades de los agentes económicos. De Soto en *El otro sendero* (1989), un representante claro de esta corriente en el Perú, ha explicado las relaciones del derecho y la informalidad económica y social y ha llegado a señalar que, en una sociedad, pueden convivir una sociedad formal y otra informal, ya sea en permanente colisión o también con determinadas formas de colaboración. Igualmente, en *El misterio del capital*, De Soto señala que la mayoría de las sociedades occidentales antes de alcanzar el desarrollo debieron superar la coexistencia de dos sociedades: una formal e informal. Agrega que los países desarrollados son aquellos que han logrado expresar e incluir a las dos sociedades y economías en un solo sistema legal (De Soto, 2009).

La idea de dos sociedades, una formal y otra informal, partidas y determinadas por el tipo de derecho positivo entonces es parte de una reflexión que debe abarcar el presente y los análisis históricos. Hablar de dos sociedades partidas por la naturaleza del derecho,

pues, no es una arbitrariedad. De allí la importancia de mencionar a las corrientes neoinstitucionalistas -una variante de la escuela de Law and economics- que enfoca sus estudios en los aspectos sociológicos, culturales y económicos de las instituciones, es decir, las instituciones concebidas como las bisagras de todas las actividades de la sociedad: desde las empresas, pasando por los partidos políticos, las iglesias y todas las formas de redes sociales. Douglas North, un representante de esta corriente sostiene que las instituciones representan las reglas de juego de la sociedad o también pueden considerarse los sistemas de restricciones sociales que organizan la interacción entre los hombres. En ese sentido, North se pregunta si las instituciones son formales o informales y se responde que pueden ser de los dos tipos. Es decir, las instituciones pueden corresponder a las reglas formales que los seres humanos diseñan y pueden corresponder a las reglas informales, tales como prácticas y sociales y patrones de conducta. Agrega que las instituciones pueden ser creadas como sucedió con las de los Estados Unidos o pueden ser producto de la evolución como acaeció con el *common law* del Reino Unido (North, 1990).

North señala que las reglas formales pueden modificarse como resultado de decisiones judiciales o políticas, pero las restricciones y reglas informales vinculadas a las tradiciones, costumbres y prácticas sociales, son más impermeables a políticas y reformas deliberadas. Añade que las restricciones culturales en las sociedades no solo vinculan el pasado con el presente y el futuro, sino que pueden explicar una ruta histórica del cambio institucional (North, 1990)

La idea de dos sociedades organizadas en función del tipo de derecho positivo predominante en una sociedad forma parte de las investigaciones y reflexiones académicas de las principales corrientes que reflexionan sobre las relaciones del

derecho con la sociedad en general. Esta aproximación es fundamental para establecer el marco teórico en el que desarrollaremos el análisis de nuestra investigación.

De otro lado, es necesario señalar que la idea de dos sociedades que coexisten en una misma sociedad, de una u otra forma, siempre ha estado presente en las reflexiones de los principales intelectuales del país. Es decir, el fenómeno estaba tan presente en nuestra realidad que no era posible ignorar los contrastes.

Por ejemplo, en diversos escritos Jorge Basadre acuñó la frase “Perú profundo” para contraponerla a la idea de un “Perú oficial”. En el centenario de la Independencia el historiador tacneño sostuvo que la síntesis del Perú no se había realizado, que nuestra sociedad podía ser definida como una serie de compartimientos estancos que carecían de conexiones e identidades. De allí proviene sus críticas a los pasadistas que ignoraban que el Perú era un problema y también sus reproches a los pesimistas, a quienes caían en la amargura, e ignoraban que el Perú era una posibilidad. (Basadre, 1987) Luego Basadre describe las principales características de la fundación republicana y las consecuencias de ese proceso. Señala que los actores de la Independencia -como en los demás países de la región -dotaron al país de una constitución de tipo republicano, con un Presidente elegido por el soberano a través de sufragio indirecto, un Congreso dividido en cámaras y las garantías constitucionales (derechos naturales) reconocidas en el texto constitucional y preservadas ante cualquier amenaza. Sin embargo, el historiador tacneño señala que la realidad se rebeló contra tales cánones y menciona que la ausencia de instituciones determinó el protagonismo militar, el desborde de la sociedad a causa de una sujeción autoritaria de siglos y por la ignorancia de la mayoría sobre los principios de la ciudadanía (Basadre, 1987, 25). La idea de dos sociedades, pues, aparecen nítidas en las reflexiones del gran historiador.

Asimismo, a mediados de la década de los ochenta José Matos Mar publicó el seminal libro *Desborde popular y crisis del Estado* (1986), en el que describe cómo las migraciones andinas de los años cincuenta a Lima, a las ciudades, a la costa, habían creado una irrupción de la mayoría de la sociedad sobre el orden institucional, sobre el derecho positivo, predominante desde la fundación republicana. El autor describe que los migrantes andinos mezclaban las tradiciones solidarias de los Andes, con los nuevos valores que se creaban en las urbes, con el capitalismo y las tecnologías, pero es categórico al señalar que el orden oficial crujía, agonizaba, ante el desborde popular de las masas. Incluso llega a afirmar que una crisis de esa magnitud no se resuelve con medidas administrativas sino a través de la reformulación de los fundamentos culturales, sociales, económicos y jurídicos del Estado (Matos Mar, 1986). En el prólogo a la segunda edición del libro de Matos Mar se menciona que el Perú oficial en esta ocasión no impondrá sus criterios porque la única manera de enfrentar la crisis es con el diálogo con las masas en desborde (Matos Mar, 1986).

Más allá de algunos conceptos que revelan una opción ideológica en el riguroso científico social -tales como clases dominantes o minorías que marginan-, la investigación de Matos Mar actualiza en términos sociológicos y culturales lo que Basadre había observado analizando la historia nacional: las reveladoras imágenes de un Perú profundo y un Perú oficial.

Otro de los aportes significativos para establecer la imagen de dos sociedades en relación con el derecho positivo son las investigaciones de Hernando de Soto. En *El otro sendero* (1989), el concepto de informalidad reducido al ámbito estrictamente económico se amplía hacia un universo más amplio en el que el concepto de la informalidad legal se entrecruza con el papel de las instituciones y el poder político. En el capítulo VI del mencionado texto, titulado “La tradición redistributiva”, se sostiene

que una de las tradiciones entre las instituciones que formulan la ley en el Perú es la utilización del derecho como un instrumento para redistribuir la riqueza antes que establecer las condiciones legales para crearla (De Soto, 1989, 239).

Enseguida en el mencionado libro se explica que los diversos intereses, ya sea de empresarios de la ciudad, del agro, de los sindicatos de trabajadores, suelen formar coaliciones redistributivas para participar de la mejor manera en la distribución de una riqueza a la que se considera fija, como un stock permanente de riqueza. De Soto agrega que estas coaliciones luchan de manera interrumpidamente buscando que la creación del Derecho no afecte sus intereses. De esta manera el sistema democrático termina convirtiéndose en una democracia de grupos de presiones (De Soto, 1989, 241).

En otras palabras, el derecho positivo antes que representar el proceso o la evolución social que posibilita crear riqueza – como los mercados populares, el papel de las pequeñas empresas, las familias y los contratos- se convierte en un espacio para “redistribuir una riqueza”, que se considera existe al margen del proceso productivo, y en el que determinados grupos logran ganar privilegios que excluyen a los demás.

Como se aprecia con absoluta claridad en el texto de De Soto, el concepto de informalidad adquiere una dimensión política, institucional, social y económica. Es decir, la informalidad es un fenómeno que define a la sociedad misma. Y lo relevante para la presente investigación es que la informalidad está vinculada a la extralegalidad de la sociedad en general, es decir, al funcionamiento de la sociedad al margen del derecho positivo sin necesidad de que esa informalidad devenga en ilegalidad, un concepto enteramente asociado a las actividades delictivas penalizadas por la ley.

Es en este contexto que se debe reseñar la conceptualización general de informalidad que se plantea en *El otro sendero*. En el mencionado texto se plantea que los individuos

reaccionan ante las malas leyes asumiendo decisiones racionales sobre los costos de la formalidad. Si ellos son demasiado excesivos, a tal punto que se pone en peligro la viabilidad de cualquier emprendimiento económico, entonces, es inevitable que se opte por permanecer en la informalidad. Los costos de la formalidad, asimismo, deben ser contrapesados con los costos de permanecer en la informalidad: falta de seguridad de parte del Estado y riesgo permanente de perder el capital. La decisión de mantenerse en la informalidad proviene de ese balance entre los costos de la formalidad y la informalidad (De Soto, 1989)

Luego de analizar las reflexiones de De Soto, es necesario establecer una diferencia entre el concepto de informalidad legal con respecto a la ilegalidad en general para definir con claridad nuestro marco teórico. Es evidente que la ilegalidad en una sociedad se define por aquellas conductas prohibidas por ley que tienen una sanción penal. Es decir, se trata de conductas que caen en los tipos penales establecidos por el derecho positivo. En ese contexto, el concepto de informalidad legal está más bien asociado al derecho a la desobediencia civil a las malas leyes, al derecho positivo elaborado sin considerar la realidad histórica, conceptos desarrollados por Henry David Thoreau en *Desobediencia civil* (2017) En este texto, Thoreau habla que el mejor gobierno es el que menos gobierna, es decir, el que menos interfiere en el orden espontáneo que una sociedad construye y proclama el derecho de los ciudadanos a desobedecer las leyes de manera pacífica. A nuestro entender en estos conceptos se resume la informalidad legal que práctica la sociedad como una manera de ejercer el derecho de desobediencia civil y pacífica ante los yerros del derecho positivo.

De otro lado, es necesario establecer los antecedentes del concepto de informalidad que estamos analizando. Es indudable que el concepto de informalidad legal, de una u

otra manera, se deriva de los primeros estudios acerca de la informalidad reducida al ámbito estrictamente económico.

Según Chen las teorías y las aproximaciones sobre la informalidad se han expresado en cuatro corrientes claramente definidas (Chen, 2012). Según la autora una de ellas es la escuela dualista que considera que el sector informal se compone de actividades marginales al sector de la formalidad y, por lo tanto, no existen vínculos entre ambos sectores de la economía. Luego Chen menciona a la corriente estructuralista que considera que la economía informal está compuesta de microempresas y trabajadores subordinados a la economía formal, es decir, aumentan la competitividad de las grandes corporaciones del capitalismo. Asimismo, Chen menciona la escuela legalista de Hernando de Soto que sostiene que la economía informal está integrada por emprendedores que buscan sortear los costos de la legalidad formal. Finalmente, la autora menciona la corriente voluntarista que sostiene que los informales deciden por voluntad propia el mundo de la informalidad – no se culpa a la exclusión ni la estructura legal- y, de una u otra manera, se deja entrever una explicación cultural del fenómeno (Chen, 2012)

## **CAPÍTULO II**

### **2.1 La refundación jacobina del Perú y el derecho positivo**

El Perú ha tenido 12 constituciones y en todos los procesos constituyentes se intentó refundar el país como si la redacción de un texto constitucional pudiese crear un nuevo comienzo ignorando las tradiciones, la historia y la evolución institucional del país. Sin lugar a duda no es equivocado sostener que, desde la Independencia, el Perú está en permanente refundación de su derecho positivo en base a apuestas racionales, en base a especulaciones, y sofisticadas elaboraciones con pocos vínculos con la realidad nacional.

En ese sentido, por todos es conocido que los momentos de continuidad institucional han sido muy escasos y, de una u otra forma, la sociedad peruana suele debatirse entre la anarquía y la demanda de orden. De allí que Jorge Basadre sostuviera que, con la fundación republicana, las tensiones entre el gobierno fuerte y la libertad hayan sido una característica de nuestro proceso institucional y político. El historiador tacneño señala que los liberales consideraban que la defensa de los derechos naturales del hombre, de las libertades en general, eran preferibles incluso a una situación de anarquía y pobreza, mientras que los autoritaristas y conservadores eran más inclinados a preservar las cosas existentes y se mostraban distantes de las teorías e ideales abstractos. Agrega que los últimos se inclinaban a resolver los problemas del presente (Basadre, 1987).

Las reflexiones y preocupaciones de Basadre sobre las tensiones entre el poder del Estado y el respeto a los derechos individuales -que organizaban la polémica entre libertades y gobierno fuerte-, tendrían enorme actualidad a lo largo de más de dos siglos de experiencia republicana, sobre todo a través de breves periodos de estabilidad institucional, de continuidad democrática, seguidos de gobiernos militares o de caudillos

civiles -tal como sucedió desde el siglo XX- que, en base al apoyo popular, solían interrumpir los procesos constitucionales (Oncenio de Augusto B. Leguía y el gobierno autoritario de Alberto Fujimori). Ahora bien, ¿qué tiene que ver la estabilidad de las instituciones, la salud del sistema republicano, con el tema de nuestra investigación acerca del jacobinismo como una de las causas de la informalidad legal? A nuestro entender las causas del fracaso de las instituciones y de la informalidad legal extendida en la sociedad es una sola: una idea sobre cómo se construye el derecho positivo, es decir, la influencia jacobina racionalista en la elaboración del derecho.

En otras palabras, la inestabilidad institucional no es sino la otra cara de la informalidad legal extendida en la sociedad peruana. Por lo tanto, se necesita abordar ambos problemas para entender el fenómeno de la extralegalidad y las distancias que la sociedad ha construido con respecto al derecho positivo.

Es incuestionable que el tipo de derecho positivo predominante en el Perú tiene que ver con el momento de la Independencia y la fundación republicana. ¿Por qué? Porque uno de los problemas imposibles de resolver para los fundadores republicanos tuvo que ver con el cómo construir una república de iguales en una sociedad con instituciones virreinales que, básicamente, eran corporativas y desiguales. Y este problema insoluble para el proyecto republicano se presentó porque los primeros republicanos no pudieron escapar de ese iusnaturalismo moderno o del llamado racionalismo metafísico de los cuales hemos hablado líneas más arriba.

Por ejemplo, María Luisa Rivara de Tuesta (1972) sostiene que la mayoría de los fundadores republicanos puede ser considerada ilustrada, porque ellos tenían una confianza extrema en la razón y en las propuestas institucionales derivadas de la especulación racional. La autora menciona que la influencia ilustrada en las élites peruanas, incluso, se desarrolló antes de la independencia. Señala, por ejemplo, que el

rector de la entonces Universidad Real de San Marcos, José Baquijano y Carrillo en el “Elogio de Jáuregui” -discurso de bienvenida del nuevo virrey del Perú, Agustín de Jáuregui- propone superar cualquier diferencia o malentendido entre la metrópoli y el Virreinato a través de una adecuada relación entre monarquía y razón. Asimismo, la autora menciona que después de la expulsión de los jesuitas por la corona española luego de la revolución de Túpac Amaru en 1780, muchos sacerdotes se distancian del poder real de la metrópoli, sin embargo, para justificar ese distanciamiento deben recurrir a la argumentación ilustrada. El caso de Juan Pablo Viscardo y Guzmán, quien escribe “Carta dirigida a los españoles americanos”, es paradigmático. En este texto, Viscardo y Guzmán utiliza los criterios ilustrados para fundamentar el derecho de los conquistadores americanos a fundar una comunidad política no obstante los tres siglos de desarrollo del Virreinato (Rivara de Tuesta, 1972).

Desde cualquier punto de vista, es evidente que las élites del Virreinato, principalmente los sectores que comenzaban a vislumbrar la independencia de España, debieron justificarse y argumentar desde los razonamientos de la Ilustración.

Al respecto vale señalar que José Faustino Sánchez Carrión -conocido como “El Solitario de Sayán” por las cartas que enviaba firmadas con ese seudónimo-, puede ser considerado como el gran tribuno jacobino, sobre cuyas ideas antimonárquicas habría de desarrollarse el posterior pensamiento político republicano. Sánchez Carrión se convirtió en opositor acérrimo al proyecto de monarquía constitucional que planearon José de San Martín y Bernardo Monteagudo, su más cercano colaborador (Basadre, 1983, Tomo I). Al respecto, Valdivia Pérez sostiene que las influencias del Solitario de Sayán provenían de las teorías federalistas de los Estados Unidos, Voltaire y Montesquieu (Valdivia, 2012)

Sobre el tema, Basadre sostiene que los liberales de la naciente república estuvieron claramente influenciados por el exacerbado individualismo que provenía de la revolución francesa y que, de una u otra manera, llevaba considerar a la ciudadanía en base a un atomismo que negaba cualquier proyecto organicista. Y semejantes concepciones tenían que reflejarse en la elaboración del derecho positivo. Al respecto el historiador tacneño es categórico cuando señala que las constituciones de 1823, 1828, 1834, 1856, 1867, se pretendió debilitar al Ejecutivo en extremo y ampliar la base electoral (Basadre, 2003).

Asimismo, la historiadora Carmen McEvoy (2013), asevera que, durante el primer congreso constituyente, se llegó a extremos inimaginables en la búsqueda de restringir las facultades del poder ejecutivo y establecer un asambleísmo parlamentarista que evocaba los peores momentos del asambleísmo jacobino durante la revolución francesa. (McEvoy, 2013).

Asimismo, otro tribuno vital durante la fundación republicana, Francisco Javier Luna Pizarro, actor principal de las primeras tres asambleas constituyentes de nuestro naciente proceso institucional, también cultivó un pensamiento y desarrolló sus principales propuestas bajo la influencia ilustrada. Francisco Javier Lajo señala que las principales teorías de Luna Pizarro estuvieron influenciadas por John Locke, Montesquieu y Rousseau (Lajo, 2017)

Es incuestionable, pues, que los principales actores de la fundación republicana y, por lo tanto, los fundadores del constitucionalismo republicano y del derecho positivo, en general, estaban influenciados por el iusnaturalismo moderno y lo que hemos denominado como racionalismo metafísico. En la mayoría de ellos se alimentaba la utopía de fundar el Perú sobre la base de la teoría de los derechos naturales, los conceptos de soberanía, nación y representación, sin considerar la evolución de la

sociedad. El ideal racional abstracto era demasiado perfecto para contraponerla a la realidad. De allí el problema insoluble que enfrentaron los fundadores de la república al pretender organizar una república de ciudadanos iguales no obstante la existencia de una sociedad basada en corporaciones y desigualdades que funcionaban bajo la autoridad de la monarquía española: la República de Indios y la República de Españoles.

## **2.2 El proyecto republicano, la inestabilidad política y la informalidad legal**

El proyecto ilustrado que determinó el surgimiento del derecho positivo pos independencia se basaba, sobre todo, en la teoría iusnaturalista de los derechos naturales del hombre o de las construcciones del racionalismo metafísico acerca de la soberanía del pueblo, la nación, la división de poderes y la representación popular. Es evidente que bajo esta influencia tan determinante era imposible que se apostara por la continuidad de las instituciones virreinales que se había formado a lo largo de tres siglos de Virreinato. La obligación de refundar el país en función del del ideal ilustrado o jacobino racionalista, era perentoria e impostergable.

Para desarrollar el análisis sobre cómo el proyecto jacobino colisionó con la evolución de la sociedad virreinal de tres siglos vale plantear una aproximación sobre cómo funcionaban las instituciones virreinales al margen de las leyendas negras que se ha construido acerca de la monarquía española. ¿Por qué? Si partimos de los criterios establecidos por las leyendas negras contra España y el Virreinato del Perú, entonces, el ensayo jacobino republicano habría estado más que justificado. Muy por el contrario, si sobre la experiencia virreinal hubiese instituciones, prácticas y procedimientos que rescatar, para la constitucionalización y la creación del derecho positivo republicano, entonces, todas las interrogantes y críticas con respecto a los yerros del derecho positivo republicano tienen viabilidad.

Al respecto Torres Arancivia (2007) menciona que, en el Imperio Español, la religión cristiana católica estaba estrechamente vinculada al poder del monarca y, por lo tanto, las influencias de los evangelios se hacían notar en el derecho virreinal. Menciona que en el evangelio de San Pablo la Iglesia se representaba como un cuerpo sagrado que tenía por cabeza a Jesucristo. De la misma manera el Imperio Español era considerado como un cuerpo político y religioso cuya cabeza era el monarca español. La idea de un cuerpo conllevaba a considerar a los demás componentes como órganos del mismo. En otras palabras, se desarrollaba una concepción organicista en base a corporaciones. Por ejemplo, el Virreinato del Perú era un órgano vital del cuerpo que, a su vez, estaba conformado por la República de Españoles y la República de Indios, dos reinos o corporaciones con sus propios derechos y procedimientos ante la cabeza del cuerpo: el monarca español. Arancivia explica que el cuerpo también estaba formado por la nobleza, el clero, las comunidades, las burocracias y otras entidades. Señala que luego de la conquista de América se adicionó otro cuerpo a la unidad imperial: la llamada República de Indios y los indígenas se convirtieron en vasallos del rey al igual que los demás vasallos de los reinos de la península ibérica (Torres, 2007)

Es evidente, pues, que los vasallos indígenas tenían los mismos derechos que los vasallos peninsulares. De allí que luego de la Conquista prosperará en el Perú una nobleza indígena a través de los kurakazgos, que se convirtió en una élite que intermediaba entre las sociedades indígenas y la corona en los asuntos de protección y evangelización de las sociedades indígenas. Al respecto Torres Arancivia sostiene que, cuando se producían abusos en contra de los indígenas, en la República de Indios se solía culpar a los peninsulares, criollos y burocracias virreinales y cualquier atropello se denunciaba ante la autoridad imperial. Las sociedades indígenas entonces sentían que formaban parte del pacto con el monarca español (Torres, 2007).

Luego del análisis de Torres de Arancivia es evidente que el Virreinato del Perú y la Monarquía Española no pueden ser consideradas como una experiencia colonial más de Occidente a semejanza de las colonias anglosajonas de América del Norte, en donde se eliminaron a todas las poblaciones indígenas hasta el extremo de desaparecerlas en las tristes reducciones de indios. La Monarquía Española fue un cuerpo conformado por reinos, con sus propias noblezas y autoridades, entre los cuales, estaba la República de Indios del Perú. De allí que las poblaciones indígenas prosperaran bajo la protección del monarca español y se convirtieran en la abrumadora mayoría de la población del Virreinato.

Si hay algunas dudas vale señalar que las sociedades indígenas se opusieron y lucharon contra la independencia de España y desarrollaron las primeras rebeliones en contra del proceso independentista. Por ejemplo, todos los historiadores hoy reconocen que los ejércitos realistas en las batallas de Junín y Ayacucho estaban integrados por una mayoría abrumadora de indígenas. Sobre el tema Aljovín de Losada asevera que las comunidades iquichanas desarrollaron una abierta rebelión en contra de la nueva república en defensa del rey Fernando VII. Informa que Navala Huacachaca, jefe de los comuneros iquichanos, fue nombrado general del ejército español antes de la batalla de Ayacucho (Aljovín de Losada, 2000)

Por su lado, Cecilia Méndez en *La república plebeya* (2014) explica que el ejército independentista vencedor de Ayacucho se vio obligado a pelear con los campesinos de Huanta y que la nueva república enfrentó el rechazo y la distancia de los indígenas que representaban la abrumadora de la población y que, supuestamente, los libertadores pretendían representar en el nuevo sistema republicano, en el nuevo derecho positivo. Méndez agrega que el gobierno de Simón Bolívar fue convulsionado por las rebeliones campesinas (Méndez, 2014).

De una u otra manera, pues, queda en evidencia que el proceso de fundación republicana, el nuevo constitucionalismo y el nuevo derecho positivo, se enfrentaron abiertamente en contra de La República de Indios. ¿Por qué se presentó el absurdo de construir un derecho positivo, un sistema republicano, en contra de las mayorías nacionales? Porque las teorías racionalistas tenían un concepto de ciudadanía y perseguían una igualdad abstractos, contruidos sobre la base del ejercicio racional, que no tenían nada que ver con la realidad y la evolución de la sociedad peruana.

El derecho positivo de la nueva república pretendió establecer una comunidad política de hombres racionales e iguales ante la ley. Para alcanzar este objetivo, obviamente, se tenía que eliminar la República de Indios y sus estatutos especiales. Aljovín de Losada afirma que el hito en este proceso lo fue el decreto de Simón Bolívar que eliminaba los estatutos especiales de la nobleza indígena, que eliminaba a los kurakas, y promovía un reparto de las tierras comunales para convertir a los comuneros en pequeños propietarios, a semejanza de los pioneros norteamericanos. De una u otra manera todos estos principios se consagraron en las primeras constituciones de la república con fuertes influencias jacobinas. Aljovín de Losada explica que estas primeras normas del derecho positivo republicano en contra de las noblezas indígenas estremecieron a las sociedades andinas en general. ¿Por qué? Porque los kurakas eran los intermediarios entre el poder español y las sociedades indígenas y, de una u otra manera, los derechos de los indios fueron establecidos bajo la protección y subordinación de los nobles indígenas. Agrega que la institución del kuraka o del noble indígena reprodujo toda la iconografía de la nobleza peninsular: escudos, armas y trajes, por ejemplo. Una clara expresión de un sistema imperial que promovía el mestizaje (Aljovín de Losada, 2000, 178, 183).

En el trabajo de Cecilia Méndez, igualmente, se describe el papel que cumplían los kurakas en el reino de la República de Indios y se establece que las comunidades indígenas se sentían identificados con sus nobles indígenas y, de otro lado, se puede comprender que los kurakas defendieran el imperio español porque sus privilegios como nobles provenían de jurar fidelidad al monarca español (Méndez, 2014).

Como se aprecia con absoluta claridad el Virreinato no puede ser analizado bajo los presupuestos de las leyendas negras que se han construido en contra del imperio español, sobre todo porque no nos permite desarrollar un balance histórico del derecho positivo que ha predominado en la experiencia republicana y las causas de la inestabilidad política y la informalidad legal que, de una u otra manera, se han convertido en los apellidos del derecho positivo en el país.

### **2.3 La nueva arquitectura institucional del poder político**

Después de la Independencia los fundadores de la República estaban obligados a reemplazar el sistema del poder central del Virreinato en el Perú. Como ya lo hemos sostenido la evolución institucional, la historia y las tradiciones, no importaron. Era hora de hacer una tábula rasa de las instituciones surgidas en más de tres siglos de experiencia virreinal en base a un proyecto de república basada en el puro ejercicio racional. En ese sentido, entre los dos grandes retos de los fundadores republicanos fue desarrollar una reingeniería institucional del vértice del poder y de la base de la sociedad. Es decir, absolver las interrogantes sobre cómo organizar el poder político central que debía reemplazar la experiencia virreinal y cómo organizar la participación de los ciudadanos sobre la base de una sociedad corporativa y desigual.

En cuanto la reingeniería del poder político central las primeras constituciones son incuestionables en su voluntad refundacional. Al respecto, el primer documento constitucional de la experiencia republicana en el Perú puede ser considerado las “Bases

de la Constitución”, promulgada por el Congreso Constituyente en 1822. El artículo primero del texto señala que las provincias del Perú forman la nación peruana. En el artículo segundo se establece que la nación es la fuente de la soberanía y que es independiente de la corona española, de cualquier poder extranjero o de cualquier familia. En el artículo cuarto se consagra el sistema de democracia representativa. En el artículo sexto se establece el derecho de la nación a dotarse de un texto constitucional por medio de sus representantes. En el artículo noveno se consagra las libertades individuales y se establecen los derechos a la libertad, de imprenta, la inviolabilidad de las propiedades y la igualdad ante la ley, entre otras garantías constitucionales. En el artículo décimo se establece el principio de la división de poderes y en el artículo doceavo se establece que la iniciativa de las leyes solo es prerrogativa del poder legislativo. En el artículo catorceavo de “Las Bases de la Constitución” se prohíbe el ejercicio del poder vitalicio y hereditario (García Belaunde, 2016).

Como se aprecia la organización del poder central en el Virreinato - ejercido por el Virrey como representante directo de la monarquía española- y que se desarrollaba sobre la República de Españoles y la República de Indios, era reemplazado porque un poder que emergía sobre los conceptos abstractos de la soberanía, la nación, el sistema de gobierno popular y las garantías individuales. La influencia francesa y jacobina era tan determinante que una tendencia general al asambleísmo se notaba en cuanto a las relaciones entre el futuro legislativo y ejecutivo que iba a crearse. La iniciativa de las leyes solo estaba reservada al poder legislativo. ¿Cómo un poder central administrativo del Virreinato, basado en las jerarquías, podía ser reemplazado por conceptos e instituciones tan abstractas?

En la Constitución de 1823 se ratificaron y consolidaron los conceptos de nación, soberanía, y gobierno popular representativo. En el artículo cuarto se señala que si la

nación no protege los derechos naturales de los ciudadanos se violenta el pacto social mientras que, en el quinto, se consagra que la nación no puede promulgar leyes que atenten contra los derechos individuales. Igualmente se ratifica el concepto de la división de poderes y en artículo sexagésimo primero se establece que solo el poder legislativo tiene iniciativa en la formulación de las leyes. En el artículo sexagésimo segundo se delinea por primera vez la figura del presidente de la República. Se señala que el poder ejecutivo reside exclusivamente en un ciudadano al que se le reconocerá como presidente de la República. En el artículo septuagésimo cuarto se prescribe que el ejercicio de este cargo no puede ser vitalicio ni hereditario, que el periodo del jefe de Estado dura cuatro años y que no puede haber reelección inmediata (García Belaunde, 2016).

El proyecto de reingeniería institucional del poder ejecutivo era tan abstracto que, en este proyecto constitucional se delineó la figura del jefe de Estado replicando la figura del presidente de los Estados Unidos. Incluso se le empezó a llamar presidente de la República como tal. Sin embargo, se prohibió la reelección inmediata porque todos parecían percibir que se estaba creando un vacío de poder que podía ser llenado con facilidad. En este texto constitucional se percibe la impronta del asambleísmo jacobino francés cuando solo se reserva la iniciativa legislativa a los miembros del poder legislativo y, sobre todo, mediante las declaraciones expresas a la protección de los derechos naturales del hombre, sobre los cuales se basa el pacto social que proclama el texto constitucional.

El experimento republicano era tan abstracto, tan alejado de la evolución social e histórica de la sociedad que, tres años después, en la llamada “Constitución Vitalicia” se proclama todo lo contrario. Del jacobinismo asambleísta se pasa a promover abiertamente un régimen dictatorial en el sentido clásico del término: en la experiencia

de la República en Roma se aceptaba el dictador como alternativa a la anarquía. En la Constitución de 1826, también conocida Constitución Vitalicia, porque estableció el régimen vitalicio de Simón Bolívar, se ratifican los conceptos ilustrados de soberanía, nación, gobierno popular representativo, pero, sorprendentemente, en el artículo septuagésimo siete se establece que el ejercicio del poder ejecutivo corresponde a un presidente vitalicio, un vicepresidente y cuatro secretarios de Estado. De pronto la idea de que la presidencia de la República no se ejerce de manera vitalicia parece ser archivada porque el monstruo de la anarquía y la inestabilidad parece devorarse el experimento republicano. Una de las mayores expresiones sobre cómo una manera entender el derecho positivo fracasa ante la realidad histórica. En este texto constitucional se abandona el asambleísmo y la iniciativa de las leyes pasa a corresponder a los poderes legislativo y ejecutivo.

Más tarde, la Constitución de 1828, considerada por los constitucionalistas e historiadores como la Carta Política que estableció las regularidades constitucionales de las siguientes constituciones, en el artículo octogésimo cuarto se volvió a prohibir el ejercicio vitalicio y hereditario de la jefatura del Estado y se señaló que el cargo de presidente de la República duraba cuatro años y que era posible una reelección inmediata a semejanza de la experiencia de los Estados Unidos. De otro lado, en el artículo quincuagésimo se estableció que las iniciativas legislativas podían corresponder a los senadores y diputados y a los proyectos presentados por el poder ejecutivo a través de los ministros (García Belaunde. 2016). En el mencionado texto constitucional, igualmente, están consagrados los principios de los derechos naturales, la soberanía, la nación, el gobierno representativo y el sistema de división de poderes.

¿Cuáles fueron las consecuencias del experimento republicano en la reingeniería del poder central? La anarquía general y el surgimiento de la figura del caudillo en medio

de un vacío de poder general de la sociedad. La experiencia republicana avanzó desde entonces entre la disyuntiva de la anarquía y el autoritarismo en medio de una proliferación de caudillos militares que invocaban los conceptos de república, soberanía, nación, derechos naturales del hombre y división de poderes, con objeto de justificar cuartelazos y golpes de Estado. El haber derribado las instituciones virreinales con una extremada soberbia racionalista empujó a la sociedad a la desorganización general.

Al respecto Torres Arancivia evoca un discurso memorable de Víctor Andrés Belaunde en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el que afirma que el presidente de la naciente República del Perú era un Virrey sin Rey, sin Consejo de Indias, sin oidores y sin juicio de residencia. Torres Arancivia llega a sostener que Belaunde fue extremadamente tolerante con la realidad del nuevo jefe de Estado del Perú porque ningún Virrey acumuló tanto poder como el presidente de la República (Torres, 2007).

En el afán de crear una autoridad civil que expresara la soberanía popular y que representara a la nación, entonces, surgió la figura del caudillo, del dictador, una figura, que se convirtió en parte del paisaje político de Hispanoamérica luego de la emancipación de España. Al respecto Basadre señala que los hombres que dotaron al Perú de un tipo de constitución de naturaleza republicana no imaginaron que la realidad se rebelaría en contra del experimento. Agrega que el exceso de militares por la prolongada guerra contra España, la falta de prácticas en el autogobierno propio, la ignorancia de las grandes masas alrededor de los principios de ciudadanía, explican lo que él llama la rebelión de la realidad en contra del proyecto republicano. Añade que el ejército se transformó en el gran elector de la república sobre la base de un extremado faccionalismo que comenzó a formar parte de una nueva tradición, de una mala tradición. Basadre explica que las facciones se formaban con el aporte de los jefes y

oficiales obsesionados con el poder mientras que las masas de los caudillos estaban conformadas por mayorías indígenas que no hablaban castellano y no entendían los programas que defendían (Basadre, 1987).

La tábula rasa institucional que desarrolló el experimento fundacional de la república, entonces, creó tal vacío de poder que el ejército se convirtió en la columna vertebral del sistema político. La iglesia católica, igualmente, con enorme enraizamiento en la sociedad peruana, pasó a tener un marcado protagonismo social y político.

En cualquier caso, el derecho positivo de la naciente república en vez de fundar un sistema de gobierno basado en la soberanía, la representación de la nación y el equilibrio de poderes, desató el reino de los caudillos militares y una tensión casi perpetua entre anarquía y demanda de orden y autoridad. En otras palabras, el derecho positivo luego de la independencia explica la inestabilidad política e institucional del sistema republicano que llevó a redactar 12 constituciones, a convivir con periodos breves de continuidad institucional seguidos de interrupciones y golpes de Estado.

#### **2.4 El derecho positivo y la destrucción de la República de Indios**

Siempre vale aclarar que cuando uno analiza un documento o un fenómeno social del pasado debe estar alerta para no caer en las trampas que suele organizar el jacobinismo racionalista: la idea de pretender valorar y juzgar los hechos con criterios abstractos del presente ignorando las tradiciones y condicionamientos históricos del momento en que se redactó el texto o se sucedieron los acontecimientos. Tal como lo señala Gadamer (2003) en la actividad hermenéutica de documentos y acontecimientos históricos siempre se debe considerar los dos puntos de vista para alcanzar una adecuada interpretación y comprensión. Es decir, el punto de vista del sujeto que interpreta y el punto de vista de la época histórica en que se redactó el documento o sucedieron los hechos. Gadamer agrega que la manera de avanzar en el ejercicio hermenéutico,

entonces, es considerando las dos tradiciones que colisionan. En otras palabras, tomando en cuenta las tradiciones y los condicionamientos históricos del material que debe ser interpretado, así como las tradiciones del sujeto que desarrolla la actividad hermenéutica (Gadamer, 2003)

Bajo estas premisas es evidente que si analizamos la República de Indios bajo las tradiciones y condicionamientos del presente solo convocaremos condenas y malentendidos. Sin embargo, si consideramos las tradiciones y la historia en que evolucionó el Virreinato, incuestionablemente, existe mucho que rescatar. A diferencia de otros imperios europeos, la monarquía española promovió la inclusión de las sociedades indígenas en el sistema de reinos de la corona española, porque la monarquía española en general se consideraba un cuerpo, sobre la base de la religión católica y el poder imperial, a la cabeza de la cual estaba evidentemente el rey español. Sin embargo, era un cuerpo que estaba conformado por reinos entre los cuales estaba la República de Indios, con sus respectivas leyes, noblezas y derechos (Torres, 2007)

Es evidente que las sociedades indígenas no estaban integradas por los ciudadanos alfabetizados de hoy, sino por vasallos -al igual que los vasallos peninsulares- que respondían a jerarquías claramente establecidas (los kurakas), de acuerdo a las tradiciones y condiciones históricas de los siglos XVI, XVII Y XVIII. Sin embargo, las poblaciones indígenas prosperaron bajo esas condiciones a tal extremo que, al momento de la independencia del Perú, las comunidades campesinas eran las dueñas de la mayoría de tierras de la naciente república. Si hoy tenemos una lectura unilateral sobre la experiencia virreinal solo se explica por la leyenda negra en contra del imperio español, una leyenda que no nos permite reflexionar correctamente sobre la herencia virreinal (Roca Barea, 2018)

Las sociedades indígenas entonces tenían un lugar en la monarquía española, sobre todo a través de la representación de sus noblezas indígenas. Por estas consideraciones planteaban un problema central a los fundadores de la naciente república: ¿Cómo crear un derecho positivo basado en los principios abstractos del iusnaturalismo moderno o del llamado racionalismo metafísico que proponía una sociedad de ciudadanos iguales ante la ley sobre una sociedad de tradiciones virreinales corporativas y desiguales? ¿Cómo convertir a las sociedades indígenas, la mayoría del naciente experimento republicano, en la base de ciudadanos iguales ante la ley? ¿Cómo crear una ciudadanía sobre la mayoría de la sociedad que, principalmente, era analfabeta? Semejantes preguntas nos revelaban la inevitable colisión de los ideales ilustrados con la evolución social y concreta del Perú.

Para reflexionar sobre cómo el derecho positivo de la naciente república se propuso desarrollar una reingeniería de la base de la sociedad virreinal, es de decir del legado de la República de Indios, es inevitable referirse a la Constitución de Cádiz de 1812, que fue redactada por los reinos de España luego de la invasión francesa a la península. La llamada también Constitución Gaditana se puede considerar un texto que pretendió que la monarquía española evolucionara hacia una constitucional en base a criterios ilustrados, tales como la idea de que la nación española era la reunión de los españoles de ambos hemisferios, y que ella era la principal fuente de la soberanía y que no puede ser propiedad de ninguna persona o familia. Asimismo, en la señalada constitución se define que se debe considerar españoles a todos los hombres nacidos libres en los territorios de la Españas (así como sus hijos). En cuanto a la definición de ciudadanía, de alguna manera, se repite la definición utilizada para hablar de españoles. El texto gaditano establece que las cortes se forman en base a la reunión de los diputados de ambos hemisferios, pero prescribe que la representación se organiza en base a los

naturales originarios de los territorios españoles. Es decir, bajo esta conceptualización se permite la participación política de las sociedades indígenas en su condición de naturales originarios. Asimismo, vale señalar que la Constitución de Cádiz de 1812 estableció el concepto de parroquia como circunscripción electoral para elegir a los diputados de las cortes. Se estableció que las reuniones de las parroquias debían ser conducidas por las autoridades locales, pero con la participación del párroco de la localidad para otorgar mayor formalidad a los procesos eleccionarios (García Belaunde, 2016)

La Constitución de Cádiz al referirse a los territorios de las Españas y la participación de los naturales originarios en las parroquias electorales no podía ignorar las mayorías abrumadoras indígenas, sobre todo en los virreinos de Perú y México. Igualmente, los fundadores de la naciente república en el país no podían ignorar que la idea de una república inevitablemente busca la representación de todos los estamentos de la sociedad. De ninguna manera entonces se podía marginar a la mayoría de la sociedad. De allí que, en las primeras constituciones del Perú, el derecho positivo tuvo que reconocer explícitamente la participación de los indígenas. Por ejemplo, en el artículo décimo séptimo de la Constitución de 1823 se establecía que, entre las diversas condiciones para ser ciudadano, se requería saber leer y escribir, pero esa condición solo se exigiría hasta luego del año de 1840 (García Belaunde, 2016). El analfabetismo entonces era un grave problema para la idea republicana en curso, un problema que afectaba a la mayoría de los potenciales ciudadanos, a la mayoría de los propietarios de las tierras del país. De allí que se permitiera que los analfabetos fueran ciudadanos hasta 1840, quizá en la creencia de los fundadores acerca de que se iba a alfabetizar al mundo indígena en el lapso de una década habida cuenta que el republicanismo se fundamenta la suma de libertades y virtudes. Sin embargo, como todos sabemos eso no sucedió,

porque los kurakas y las noblezas indias desaparecieron y dejaron inermes a los indígenas ante el poder republicano, controlado por los criollos.

En el artículo undécimo de la Constitución de 1828 se estableció que la cámara de diputados se integraba por representantes elegidos en colegios electorales de parroquia y provincias. Igualmente, en el artículo décimo tercero se consideró que por cada doscientos electores de parroquia se elegiría un elector que tuviese la condición de ciudadano, residente de la parroquia, que cuente con un capital o propiedad que genere trescientos pesos al año y que sepa leer y escribir, excepto en el caso de los indígenas de acuerdo a lo establecido en la ley general de elecciones (García Belaunde, 2016).

Como queda en evidencia, en los albores de la República, el gran problema fue cómo garantizar la participación electoral de las poblaciones indígenas. Al respecto Alicia del Águila sostiene que los indígenas tenían la posibilidad de ser electores parroquiales y provinciales siguiendo las tradiciones virreinales y los criterios de la Constitución de Cádiz. Sin embargo, como las sociedades indígenas ya no tenían la protección de las noblezas indias, las élites criollas inventaron pretextos para torcer la ley. Por ejemplo, los días de votación se cambiaban del domingo a uno laborable con el fin de desalentar la participación indígena y, en la medida que en las comunidades se solía delegar responsabilidades, los hombres del área rural no se sintieron obligados a participar en los comicios. Del Águila sostiene que, no obstante todos estos problemas, en las primeras décadas de la República los indígenas podían participar como electores parroquiales y provinciales. Sin embargo, en el medio y en la cúspide del sistema electoral indirecto, se volvía cada vez más difícil la participación indígena por las maniobras de las élites criollas (Del Águila, 2010)

Sin embargo, era imposible negarles a las mayorías nacionales algún nivel de participación en el derecho positivo de la naciente república. Del Águila asevera que los

legisladores desarrollaron fórmulas para permitir la participación electoral de los indígenas. La autora señala que, en la ley de elecciones de 1828, se estableció que en los pueblos indígenas solo podían sufragar un tercio de los electores. Asimismo, Del Águila señala que en ley orgánica de elecciones de 1834 se estableció que los indígenas podían participar en la votación acompañados de alguien de confianza que los ayudará a leer y firmar durante el momento del sufragio (Del Águila, 2010).

En *La República corporativa. Constituciones, ciudadanía corporativa y política (Perú 1821- 1826)*, una interesante tesis doctoral, Del Águila, en base a diversas fuentes, demuestra que antes de la época del guano, la base de los contribuyentes del Estado estaba conformado por 200 mil personas, la mayoría de los cuales eran indígenas (Del Águila, 2010) Una clara demostración de que, en los inicios del experimento republicano, la mayoría de las tierras pertenecían a las comunidades indígenas.

El derecho positivo, basado en los ideales ilustrados, entonces, no encontró manera de compatibilizar el ideal de la igualdad de los ciudadanos con una sociedad corporativa y dividida en estamentos. Poco a poco, entonces, el derecho positivo vigente comenzó a crear dos tipos de sociedades. Una proclamada en las constituciones y los documentos y otra que evolucionaba al margen del derecho positivo, de la legalidad imperante. Desde la llegada de José de San Martín empezó la construcción de este tipo de legalidad. Por ejemplo, el general argentino declaró la abolición cualquier vasallaje y prohibió el tributo indígena y, de pronto, los miembros de las comunidades campesinas se sintieron desamparados sin pagar el tributo que consagraba el pacto con la monarquía a cambio de la protección de sus tierras y derechos. En la medida que el tributo indígena era la base de los ingresos del fisco, éste se abolía y se restituía de acuerdo a las coyunturas. Del Águila señala que Bolívar volvió a abolir el tributo indígena promulgando diversas

normas que pretendían “descorporativizar” el campo, entre ellas la abolición de las noblezas indígenas y la parcelación de las tierras (Del Águila, 2010)

Como bien sostiene Basadre la realidad se rebeló contra estas normas, contra este derecho positivo absolutamente desconectado de la realidad nacional y, entonces, comenzó la larga historia nacional de las dos sociedades partidas por el racionalismo jacobino. En contra del sueño de los fundadores de la República el derecho positivo nunca pudo incluir a las sociedades indígenas en el nuevo sistema político. Muy por el contrario, los indígenas fueron excluidos del sistema político, del derecho positivo, y a fines del siglo XIX ya no representaban la masa principal de contribuyentes del Estado y tampoco eran los propietarios de la mayoría de tierras del país, porque la república controlada por los criollos los había despojado de la mayoría de sus tierras.

El cambio de la situación económica y social de los indígenas también se expresó en las restricciones al voto de los analfabetos. Del Águila asevera que la exclusión total de los analfabetos del sistema de sufragio se materializó en la Ley de Municipalidades y la Ley Orgánica de Elecciones de 1892. Unos años más tarde, en la Ley Electoral de 1896 se consolidaría la exclusión de los indígenas no letrados del sistema de sufragio (Del Águila, 2010, 245)

El proyecto republicano jacobino, entonces, influenciado por el igualitarismo racionalista, destruyó las instituciones virreinales en nombre de una utopía igualitarista. Sin embargo, el resultado concreto de este experimento social fue la exclusión de las mayorías indígenas de los sistemas de propiedad y de los sistemas de sufragio.

Las comunidades campesinas que, durante la independencia, poseían la abrumadora mayoría de tierras del Perú fueron despojadas de las mismas por la emergente república criolla y, asimismo, la mayoría de la población analfabeta fue excluida del sufragio

electoral. La independencia y la fundación republicana habían producido una paradoja: una república que reclamaba ante la historia su naturaleza republicana, pero que excluía y marginaba a la mayoría de los integrantes de esa comunidad política. Un auténtico oxímoron porque es imposible imaginar un proyecto republicano sin representar a todos sus integrantes en el sistema político.

El jacobinismo, pues, es una de las principales explicaciones de la existencia de un derecho positivo que solo generó la exclusión de las mayorías en la naciente experiencia republicana. Una exclusión que creó el universo de la informalidad legal que ha marcado con fuego la construcción de la peruanidad.

## **CAPÍTULO III**

### **3.1 La informalidad que se apodera de todo**

A partir de esta concepción racionalista sobre cómo se debe forjar el derecho positivo, en el Perú se impuso una manera de legislar que se convirtió en la causa principal de la informalidad legal. Si bien la informalidad como fenómeno económico, social y legal, tiene muchas explicaciones es incuestionable que la naturaleza del derecho positivo es la causa principal de haber convertido a la sociedad peruana en una de las más informales en América Latina, no solo en el presente sino a lo largo de la historia republicana, tal como lo hemos visto en los capítulos anteriores.

Cualquiera sea el sector social que se analice o el momento de nuestra historia republicana que se considere el investigador siempre se encontrará con el monstruo de la informalidad legal, hoy convertido en un monstruo incontrolable, que lo devora todo. Por ejemplo, En el estudio de *The Informal Economy: Definitions, Theories and Policies*, se establece que en el Perú alrededor del 60% de la economía está vinculada a la informalidad, el 40% de la fuerza laboral está autoempleada en microempresas informales y únicamente el 20% aporta a algún sistema previsional (Loayza, 2007). Si consideramos esa fecha -es decir, de fines de los noventa -hasta el presente, la informalidad en el Perú lo único que ha hecho es avanzar, multiplicarse. Diversos estudios señalan que la informalidad ha permanecido igual no obstante el crecimiento económico y la reducción de pobreza en las últimas décadas. Desde el estudio de Loayza, por ejemplo, se advierte que la informalidad en el empleo se convierte en fenómeno constante e indetenible para la población económicamente activa considerando que solo un 20% contribuía a algún sistema previsional.

En ese contexto es importante volver a recordar lo que se puede entender por informalidad en general. Por ejemplo, en *El otro sendero* se establece que las personas no son informales como tales, sino sus hechos y actividades. Igualmente se precisa que la informalidad no es un espacio preciso y estático sino una zoma porosa con respecto al mundo legal. Se considera que la informalidad es una especie de refugio de los actores económicos cuando éstos no pueden pagar los costos económicos de mantenerse en la legalidad. (De Soto, 1989, 13). La naturaleza del derecho positivo o la naturaleza de la legalidad se convierte en la frontera que demarca el mundo formal e informal o el territorio legal o extralegal.

El derecho positivo en el Perú emergió en la experiencia republicana ignorando la realidad, la historia y las tradiciones existentes de la sociedad. En los más de dos siglos

de sistema republicano la legislación positiva igualmente se siguió negando a la realidad y el derecho apuntó a desarrollar ingenierías sociales que nada tenían que ver con las instituciones realmente existentes. Vale repetir que cualquiera sea el periodo que se tome como muestra para el análisis, la realidad siempre tuvo una característica: la existencia de dos sociedades, de un territorio formal y otro informal, de una legalidad de minorías y una extralegalidad de las mayorías. El tipo de derecho positivo, pues, se convirtió en el origen de la extendida informalidad legal.

En las investigaciones de *El otro sendero*, un texto escrito a mediados de los ochenta, se proyectaba que la informalidad en el año 2000 llegaría a representar el 61.3% del PBI no obstante que la productividad media de las actividades extralegales era solo un tercio de las actividades económicas formales (De Soto, 1989). La mencionada proyección acertó con los estimados para inicios del nuevo milenio y, en la actualidad, la informalidad representa casi dos tercios de la economía y la sociedad.

En la señalada investigación de los ochenta, igualmente, se demuestra que mediante invasiones de terrenos o adquisiciones extralegales de terrenos se desarrollaron barrios que representaban el 42.6% de las viviendas de la capital y sumaban el 47% de la población (De Soto, 1989). Como todos sabemos, las migraciones y los barrios populares se consolidaron en los noventa hasta llegar a representar la abrumadora mayoría de la población. Los migrantes andinos, la Lima mestiza y expresión de todas las sangres, se constituyó en la abrumadora mayoría. También se podría sostener que la capital pasó a ser la ciudad andina más grande del Perú. Hoy no existen estudios que actualicen el panorama urbano de la capital, sin embargo, nadie negará que los conos populares, que los distritos y barrios de origen de popular, de una u otra manera, representan cerca de los dos tercios de las viviendas urbanas de la ciudad. Vale destacar

que gran parte de estos sectores migrantes se transformó en las clases medias de las ciudades, en los consumidores de los centros comerciales de las ciudades.

Para entender que el fenómeno de la informalidad legal es un fenómeno que lo ha envuelto todo en el Perú, igualmente, vale mencionar otros datos presentes en *El otro sendero*. Por ejemplo, con respecto al comercio ambulatorio informal en la capital, se señalaba que – a mediados de los ochenta- existían 274 mercados informales que representan un valor de más de US\$ 40 millones de dólares. Igualmente se describe cómo la invasión de rutas de transporte las unidades informales habían llegado a representar el 93% del parque automotor en el transporte de la capital y el 74% de su capacidad. (De Soto, 1989)

Sin embargo, he aquí algo muy relevante para nuestra investigación: la explosión de la informalidad por la existencia de un determinado tipo de derecho positivo no ha significado la instauración de una anarquía autodestructiva de la sociedad. De una u otra manera, el fracaso del derecho positivo en organizar la sociedad, en crear un orden legal y social y viable, ha impulsado a los actores de la informalidad a crear sus propias instituciones y su propio derecho, un orden institucional y legal que ha surgido de abajo hacia arriba, que se revela como un orden espontáneo (De Soto, 1989)

El orden espontáneo al que nos referimos -según se describe en *El otro sendero*- se expresaba cuando los invasores formaban organizaciones con reglas y jerarquías para concretar las invasiones. Los dirigentes de esas colectividades contrataban los servicios de ingenieros o estudiantes de ingeniería para trazar los planos de la futura ciudad a construir: se repartían los lotes del asentamiento y se trazaban las áreas por donde pasarían las calles, en donde se construirían los parques y edificios públicos. De otro lado, los futuros invasores asumían obligaciones con aportes obligatorios para que las organizaciones de invasores tuvieran sostenibilidad. Igualmente, en el señalado texto se

sostiene que los acuerdos y obligaciones que asumían los invasores entre ellos y con la propia organización creada para la invasión venían a ser las cláusulas de un contrato extralegal (De Soto, 1989).

Como se aprecia con absoluta claridad la informalidad legal no solo era una forma de reaccionar en contra de un determinado tipo de derecho positivo que desconocía el proceso social concreto y evolución del propio sistema de propiedad (por ejemplo, grandes extensiones de tierras estaban sin uso luego de la reforma agraria velasquista), sino que representaba una apuesta por construir un nuevo ordenamiento legal y social, más abierto e inclusivo con los sistemas de propiedad. Las invasiones urbanas en Lima y las principales ciudades, de una u otra manera, crearon una conciencia nacional a favor de la propiedad y se gestaron las condiciones para organizar una sociedad de propietarios. Por esta clara voluntad de construir un orden legal alternativo los informales de ayer pasaron a convertirse en los propietarios formales de los conos de las ciudades. Sin embargo, la informalidad siguió avanzando en la sociedad por una determinada manera de entender la naturaleza del derecho positivo.

A lo largo de la historia republicana la informalidad nunca detuvo su crecimiento no obstante la permanente incursión de los informales de ayer en la formalidad de la actualidad. Un ejemplo que ilustra la dialéctica entre formalidad e informalidad tiene que ver con que los invasores del pasado se convirtieron en los propietarios urbanos de la actualidad, mientras la extralegalidad se enseñoreaba en otras áreas, como en el mundo de trabajo, una vez más – a nuestro entender- por la naturaleza del derecho positivo. Por ejemplo, diversos economistas sostienen que, durante las últimas tres décadas, gracias al régimen económico de la Constitución de 1993, el PBI de la economía se cuadruplicó y la pobreza se redujo del 60% de la población a 20% antes de la pandemia. Sin embargo, la informalidad laboral continuó creciendo sin detenerse. Al

respecto, en una publicación de Comex Perú (2022) se sostiene que, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), durante la pasada pandemia del COVID, la informalidad laboral se incrementó en América Latina y el Caribe, sin embargo, luego de superada la crisis del Covid la formalidad del empleo no se recuperó a los niveles previos a la crisis sanitaria. De esta manera a finales del 2021 la informalidad en la región llegó a representar el 50% en promedio de la población empleada en la región. La señalada publicación de ComexPerú señala que el Perú se ubica como uno de los países de la región con los mayores niveles de informalidad laboral: con una tasa de 73.9% en el segundo semestre del 2022, según cifras de la Encuesta Nacional de Hogares (ComexPerú,2022). La informalidad laboral, pues, no se ha reducido a pesar de la expansión económica. Una situación que, una vez, más nos lleva a reflexionar sobre la naturaleza y el tipo de derecho positivo.

Es evidente que existe más de una razón para explicar las altas tasas de informalidad en el empleo laboral (educación, productividad de la economía), sin embargo, nos parece relevante la forma cómo se crean y desarrolla la legislación sobre el trabajo en el Perú. Sobre la base de nuestra aproximación general en la presente investigación, igualmente, consideramos que el racionalismo, el jacobinismo filosófico, determina la naturaleza de nuestro derecho laboral. La legislación sobre el trabajo pretende distribuir una riqueza que, supuestamente, existe al margen del proceso productivo. De allí que el derecho de trabajo se focalice en “declarar derechos”, antes que pretender combinar los factores de producción para crear riqueza, aumentar la prosperidad de la sociedad y elevar el bienestar de los trabajadores. De alguna manera la idea de que la riqueza es un activo que existe al margen de la producción y los mercados y que solo necesita ser distribuida adecuadamente ha sido uno de los objetivos de la utopía colectivista.

Si el trabajo en la producción determina el valor de una mercancía y no el precio que se alcanza en la compra y venta en los mercados, entonces, estamos ante una expresión de la utopía colectivista que empobreció a los ex países de la Unión Soviética en el siglo pasado (Scruton, 2015) La idea acerca de que el trabajo es la fuente del valor de las mercancías se reduce al absurdo con un simple ejercicio especulativo. Imaginemos que una fábrica produce 100 sillas

proyectando ganar 1000 por la venta total de ellas. Sin embargo, el mercado en donde se vende está saturado de sillas y solo se logra vender 20. Es evidente que no se logrará alcanzar el valor de los 200 proyectados en el plan inicial con la venta de dos decenas. ¿Por qué? Porque el valor de las sillas lo determina la demanda, la preferencia de los consumidores, es decir, la aproximación subjetiva de los compradores. En otras palabras, el precio alcanzado en el mercado es la única fuente del valor de las sillas. Lo demás es un ejercicio puramente racional, es un intento de planificar la subjetividad de los consumidores. El valor de las cosas está determinado por los precios que se forman en los mercados, según las relaciones de la oferta con la demanda (Scruton, 2015). El derecho laboral en el Perú ignora esta ley de hierro de la economía y está influenciado por este racionalismo planificador no obstante que ha fracasado en todas las experiencias del mundo.

Una de las principales expresiones de este racionalismo que colisiona con la realidad en el derecho laboral del Perú es la extrema rigidez laboral en los contratos de trabajo en el sector privado (decreto legislativo 728) y los del Estado (decreto legislativo 276), no obstante que la experiencia real de las economías y del mundo nos indican que, a mayor flexibilidad laboral, mayor oferta de empleo y más bienestar para los trabajadores. Según diversos indicadores mundiales Singapur, Hong Kong, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Australia, son los países con mayor flexibilidad laboral del planeta y logran acercarse al pleno empleo de calidad.

En el ranking de competitividad del Foro Económico Mundial del 2019, el Perú se ubicaba en el puesto 129 de un total de 140 países en cuanto a la flexibilidad laboral (Instituto Peruano de Economía, 2019). En otras palabras, nuestro país es uno de los más rígidos del mundo en cuanto a flexibilidad laboral, es decir, en cuanto a la flexibilidad de contratar y cancelar los contratos de acuerdo a los ciclos productivos de la economía. De alguna manera en la legislación laboral peruana está demasiado presente el criterio de la utopía socialista que nos señala que es posible crear puestos de trabajo y generar estabilidad de los mismos al margen de la productividad de la

economía, al margen de la situación de las empresas. Para todos es conocido que semejantes criterios han empobrecido sociedades enteras, tal como sucedió con las experiencias colectivistas en la ex Unión Soviética.

Al respecto vale señalar que una resolución del Tribunal Constitucional (TC) en el 2001 estableció que el trabajador despedido tenía derecho a optar por la reposición en el puesto en vez de recibir la correspondiente indemnización. La señalada resolución estableció, en la práctica, un régimen de semi estabilidad laboral. Las consecuencias de semejante legislación fueron analizadas en una investigación de Miguel Jaramillo del Grupo de Análisis para el Desarrollo (Grade), en el que se establece que, luego de la mencionada resolución del TC del 2001, se redujo hasta en un 80% la posibilidad de que los trabajadores obtengan un contrato a plazo indefinido. Las empresas comenzaron a optar por contratos de plazo fijo y se generó una mayor movilidad y rotación entre los trabajadores y menos inversión en capacitación y calificación. Jaramillo concluye que semejante situación disminuyó la productividad de los contratados y calcula que en el 2015 los trabajadores perdieron alrededor de S/. 6,500 millones en ingresos (Instituto Peruano de Economía, 2019).

Sin embargo, en la legislación laboral peruana hubo otra realidad muy diferente. La ley de Promoción Agraria (ley 27360) estableció un régimen laboral especial que permitía contratar -respetando todos los beneficios y derechos sociales establecidos- y cancelar el vínculo laboral considerando los ciclos de la agricultura: siembra, mantenimiento y cosecha. Según ComexPerú (2020) la legislación laboral agraria especial posibilitó crear más de 800,000 empleos formales. Asimismo, se señala que, entre el 2000 y el 2019, el incremento en el empleo formal agrario fue de 9.4 puntos porcentuales. Alrededor de dos puntos porcentuales más que el régimen laboral general. Según el informe de ComexPerú, la oferta de empleo agrario posibilitó reducir la tasa de

pobreza en las zonas agroexportadoras de 82.6% en el 2000 a 34% en el 2019, cifras largamente superiores a la media nacional de reducción de pobreza, según la Encuesta Nacional de Hogares del 2019 (ComexPerú, 2020).

Como se aprecia con absoluta claridad los principales afectados por la influencia jacobina en el derecho positivo son los sectores que se pretende proteger invocándose planificaciones o especulaciones alejadas y distantes de la realidad y del proceso social concreto. En el caso del derecho laboral el intento de eliminar la flexibilidad laboral por invocar un supuesto derecho al puesto de trabajo, al margen del proceso concreto de la economía, termina creando condiciones a favor de la informalidad y afectan las inversiones y emprendimientos que son los únicos motores reales para crear empleo, tal como sucede en las sociedades con economías desarrolladas.

### **3.2 La propiedad en el universo de la informalidad legal**

Una manera de aproximarnos a la naturaleza del derecho positivo durante el proceso republicano, incuestionablemente, puede ser la manera cómo las instituciones de la propiedad y la posesión se han manifestado en nuestro sistema legal y en la propia experiencia del proceso social. Para resumir las cosas de acuerdo a la línea general de la presente investigación se podría sostener que, desde la Independencia, en el Perú se legisló en materia de derechos reales sin considerar la evolución de la sociedad, las tradiciones y proceso social concreto. Otra manera de plantear el tema podría ser el señalamiento de que la legislación de la propiedad y los derechos reales, luego del fin de Virreinato, se convirtió en el marco jurídico o en el vacío legal que posibilitó el despojo de tierras de las comunidades campesinas que, a inicios de la Independencia, poseían - por derechos reconocidos por la monarquía española- la mayoría de los predios del Virreinato del Perú.

La legislación republicana sobre la propiedad y derechos reales, de alguna manera, ha sido la otra cara del despojo tierras del mundo andino, de la mayor expresión de la ausencia de un orden social y de la informalidad legal en general. Sin lugar a dudas, tal como sucedió con las primeras constituciones de la República – analizadas en capítulos anteriores de esta investigación- que pretendieron organizar el poder político central en base a criterios y propuestas estrictamente racionalistas jacobinas, en el terreno del sistema de propiedad y los derechos reales, sucedió algo similar.

Los fundadores republicanos, de alguna manera, entendían que, la estructura corporativa y desigual de la sociedad virreinal heredada, colisionaba con el proyecto adoptado para desarrollar la reingeniería institucional de la sociedad y, en medio de la anarquía y la inestabilidad de las nacientes instituciones, consciente o inconscientemente, postergaron por varias décadas las reformas legales sobre el sistema de derecho y propiedad que debían imperar en “una república de hombres iguales ante la ley”. Por ejemplo, Aljovín de Losada señala que el estudio de la legislación civil es un proceso tortuoso y complejo, porque el sistema jurídico no se reformó hasta mitad del siglo XIX. Agrega que el primer Código Civil fue promulgado en 1852, porque la naciente república continuó rigiéndose durante tres décadas por la legislación virreinal. Asevera que las normas virreinales provenían de la compilación de leyes españolas, desde las *Siete Partidas del Siglo XIII*, hasta la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680, por ejemplo. Asimismo, Aljovín de Losada explica que la naturaleza de la legislación virreinal representaba a una sociedad jerárquica, corporativa y desigual y estaba muy alejada del igualitarismo sobre el cual se pretendía construir el nuevo sistema republicano (Aljovín de Losada, 2000).

Es en este contexto económico y social que, en 1852, se promulga el primer Código Civil que describe las instituciones de la propiedad y la posesión y los derechos reales.

En los códigos civiles de 1852, 1936 y el actual de 1984, se establece que la condición de validez de una hipoteca es que debe ser gravada por el propietario del bien que se desea gravar, ya sea en el caso de una deuda propia o de un tercero (Ferrari, 1991).

Como todos sabemos el propietario de un bien además de poder vender, arrendar o donar la señalada propiedad también puede hipotecar. Es sobre la base de estas facultades que los códigos civiles peruanos definieron el concepto de hipoteca. Al respecto Ferrari sostiene que, en esta concepción sobre la propiedad, tuvo gran influencia el Código Civil francés de 1804. Sin embargo, agrega, que el mencionado código francés correspondió a la emergencia de la burguesía y su consolidación como clase propietaria en la sociedad. Añade que, en este contexto, la hipoteca como un derecho real de garantía fue concebido como un mecanismo para conseguir el crédito y contempló la posibilidad de enajenar la propiedad en caso de no poder pagarse la deuda (Ferrari, 1991)

Planteada las cosas así, ¿cómo se relaciona el nuevo sistema de derecho positivo con la realidad social que se fraguaba luego de la Independencia? Recordemos que el mundo andino prosperó dentro de los marcos virreinales de una sociedad jerarquizada, desigual y corporativa, tal como correspondía a las monarquías occidentales de entonces. En el Virreinato, la república de indios tenía claros y precisos representantes ante la monarquía a través de las noblezas indígenas y kurakas y las tierras del reino del Perú se administraban y poseían a través de las comunidades indígenas, que se organizaron siguiendo el modelo institucional de las comunidades de Castilla en España. En este contexto, el mundo indígena prosperó, tal como lo hemos planteado en capítulos anteriores. Igualmente, como todos sabemos, el sistema republicano eliminó las noblezas indígenas para honrar el igualitarismo jacobino o ilustrado y las comunidades campesinas se quedaron sin interlocutores o representantes en el nuevo poder

republicano que emergía. En este contexto, los criollos -que fundaron el nuevo sistema republicano- comenzaron el despojo de tierras de las sociedades indígenas que caracterizaría la historia del Perú en el siglo XIX.

Es en este contexto en que se promulga el primer Código Civil que, en cuanto a la propiedad y la posesión dejaba notar la enorme influencia del Código Civil francés de 1804 que pretendía consagrar un sistema de derecho de propiedad sobre la base de la existencia de ciudadanos iguales ante la ley, que conducían sus propiedades y desarrollaban contratos con absoluta libertad. La idea de una sociedad de propietarios, de pioneros que afirman la libertad económica individual parece reverberar en las intenciones de los codificadores de las instituciones de la propiedad, la hipoteca, la posesión y los derechos reales.

Es evidente que la mayoría de los habitantes de la naciente república, las comunidades campesinas de los Andes, el hombre de los Andes, la mayoría de ellos analfabetos, iban a quedar absolutamente descolocados ante la nueva legislación civil sobre la propiedad que emergía. En las comunidades campesinas de los Andes, la posesión y conducción individual de las tierras siempre se desarrolló al lado de sistemas colectivos de administración. En cualquier caso, una confirmación más que el jacobinismo racionalista suele crear un derecho positivo, declarando utopías y defensas de derechos que suelen volverse en contra de los supuestos defendidos. La legislación civil sobre la propiedad que fue utilizada por las sociedades criollas para legalizar los despojos de tierras, finalmente, se consolidó en la llamada República Aristocrática que cerró el siglo XIX e inició el XX. En ese entonces las comunidades campesinas ya no poseían la mayoría de tierras del país y se había configurado el sistema de latifundios previos las expropiaciones velasquistas.

Desde fines del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX, el Perú organizó un sistema de propiedad y de derechos reales que se expresó en el sistema latifundistas en que las tierras de la costa y de los Andes se concentraron en propietarios individuales. De alguna manera, más allá de los despojos y abusos del siglo XIX, comenzó a surgir un sistema de propiedad que funcionaba y era eficiente. Sin embargo, en vez de reformar lo que funcionaba, en vez de legalizar y ampliar los derechos sociales de los trabajadores agrarios -entonces la mayoría del país-la visión jacobina del cambio y las instituciones llevó a la revolución de la dictadura militar de Juan Velasco Alvarado, que se expresó en la expropiación de los latifundios y la estatización y cooperativización de los fundos agrarios. Una vez más la reingeniería institucional sobre la base de la pura especulación racionalista se imponía como salida ante los problemas y encrucijadas de la sociedad.

Todo lo que funcionaba y era eficiente en la agricultura desapareció y se instaló un sistema que solo creó pobreza y destruyó gran parte de la sociedad. En ese contexto, las migraciones desde los Andes hacia la costa, sobre todo a Lima -que se intensificaron desde mitad del siglo XX- se encontraron con un vacío de propiedad en grandes extensiones de tierras que rodeaban a las ciudades. La sociedad peruana era un mosaico de títulos de propiedad e informalidad en donde los documentos se superponían uno sobre otros: en la costa, títulos del virreinato que otorgaban tierras a comunidades campesinas convivían con títulos de los latifundios expropiados por el velasquismo. De otro lado, algunas cooperativas comenzaron un lento proceso de parcelación y todo asemejó a una especie de Torre de Babel de la propiedad. Es sobre la base de este contradictorio, caótico e informal sistema de propiedad, sobre el cual se produjeron la mayoría de las invasiones urbanas en la capital y otras ciudades de la costa y se organizaron la mayoría de los distritos urbanos (De Soto, 1989).

Por todas estas consideraciones, no es exagerado sostener que, luego de dos siglos de experiencia republicana, el jacobinismo racionalista ha producido un derecho positivo que lo ha desorganizado todo, que ha generado una anarquía sin precedentes, que ha generalizado la pobreza y que solo ha beneficiado a muy pocos.

### **3.3 La posesión y la propiedad en la asfixiante informalidad**

Para reflexionar sobre el tema vale señalar que una de las características que comparten las instituciones de la propiedad y la posesión es el disfrute de un determinado bien. Sin embargo, la posesión siempre se ha expresado como un ejercicio de facto mientras que la propiedad se define como un derecho real reconocido en la legislación civil. Es decir, el poseedor no cuenta con los mecanismos de defensa legal para proteger el bien en tanto que el propietario está amparado por la legislación y el poder coercitivo del Estado para desarrollar la defensa del señalado bien. De otro lado, la naturaleza jurídica de la posesión y la propiedad es asunto de primer orden jurídico para los particulares, el Estado, la sociedad y los mercados en general. Sin una clara delimitación de estas instituciones el orden social colapsaría y se ingresaría a una etapa de anarquía. Asimismo, el crédito y el desarrollo de los mercados depende mucho de la delimitación de estas instituciones, porque, de acuerdo a la evolución y definiciones conceptuales, solo los propietarios tienen acceso al crédito. (Carranza y Ternera, 2010)

Es evidente que semejantes instituciones se convirtieron en determinantes para hallar salidas a los problemas sociales del Perú de los años ochenta e inicios de los noventa, porque, en ese entonces, las urbanizaciones populares que se habían construido en la capital y las principales ciudades del país se habían convertido en la abrumadora mayoría del universo urbano nacional. La mayoría de esas urbanizaciones populares y

los nuevos distritos que se habían formado estaban integradas por poseedores de predios que no tenían títulos de propiedad. Y lo más grave: los ahorros de una o dos generaciones de una familia estaban invertidos en las casas y edificios sin títulos de propiedad. Era evidente, entonces, que la legislación civil sobre la propiedad y la legislación en general se había revelado impotente ante el terremoto social que se había producido en el Perú.

De otro lado, es necesario precisar que las migraciones de los Andes peruanos a la costa y la capital pueden considerarse como un fenómeno único en la región. De alguna manera en el Perú se produjo una migración interna de la sierra a la costa que no solo modificó el peso poblacional de las ciudades y de Lima, sino que modificó la tradicional cultura que se había gestado en tres siglos de Virreinato en el Perú. A diferencia de lo que sostiene Matos Mar en el *Desborde popular* (1986), las nuevas urbanizaciones populares de la costa no reproducían las tradicionales prácticas colectivistas y solidarias de los Andes. Creemos más bien que el migrante que se desarraigaba del terruño andino se volvía un aventurero, un conquistador de un nuevo mundo, un constructor de un futuro diferente, todo lo cual subrayaba una cultura individualista y emprendedora sin precedentes que de alguna manera se registra en las investigaciones de *El otro sendero* (De Soto, 1989). No es exagerado sostener entonces que en las sociedades emergentes y en los mercados informales se podían encontrar muchas características del pionero de los Estados Unidos, igualmente desarraigado de su tierra y cultura y obligado a emprender una aventura individual sin precedentes.

Es en este contexto en que se tenían encontrar salidas para una realidad económica y social que no calzaba con la legislación civil sobre la propiedad y la posesión porque la mayoría de predios en las ciudades estaban en informalidad, los dueños eran poseedores que carecían títulos de propiedad. Al respecto, Carranza y Ternera sostienen que, en

Colombia y Perú, en las últimas décadas, urgidos por la realidad, en la legislación de ambos países se intentó acercar las instituciones de la posesión y la propiedad, sobre todo en cuanto a la propiedad inmobiliaria. Los autores sostienen que cuando se habla de propiedad inmobiliaria se suele señalar a campesinos sin títulos de propiedad o con documentos deficientemente registrados, a invasores de tierras en las ciudades y en el agro, a sucesiones deficientes e informales, a especuladores de tierras y algunas formas de economía ilegal que medran en los predios formalmente registrados (Carranza y Ternera, 2010)

Carranza y Ternera reconocen, igualmente que, desde mediados del siglo XX, el Perú enfrentó un proceso social desconocido hasta entonces: miles de pobladores de los Andes lograron tomar terrenos públicos y privados para urbanizar los alrededores de las ciudades, sobre todo la capital. En este contexto se promulgó la ley 13517 que reconoció los nuevos asentamientos humanos estableciéndose la posibilidad de que los poseionarios formalizan sus propiedades y se adecuaran a las políticas de desarrollo urbano. Igualmente, el decreto ley 22612, promulgado durante el gobierno militar de Juan Velasco Alvarado, convertiría a los asentamientos humanos en barrios populares como una etapa previa a su conversión en distritos sobre la base de del desarrollo de sus condiciones urbanas en general. En este contexto, Carranza y Ternera señalan que las posesiones de los terrenos urbanos por los migrantes y el desarrollo de sus niveles urbanísticos colisionó inmediatamente con la legislación civil sobre la propiedad, la hipoteca y el acceso al crédito: los lotes en los nuevos barrios populares eran los únicos activos que poseían los nuevos habitantes de la capital y las ciudades. Sin embargo, la posesión inmobiliaria no se podía utilizar como garantía para acceder al crédito por la normatividad establecida en el Código Civil.

En este nuevo escenario de consolidación urbanística de las nuevas ciudades de los migrantes se promulgó la ley 24513 de 1986, que declaró de necesidad y utilidad pública el saneamiento físico y legal de las nuevas urbanizaciones como paso previo para la entrega de títulos de propiedad a los poseedores de los predios de entonces. Como parte de ese proceso se promulgó el Decreto Legislativo 495, que organizó el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares y la Hipoteca Popular. Entre los objetivos de la mencionada norma se buscaba establecer seguridad jurídica a la posesión urbana y crear un sistema de garantías para obtener créditos y promover el crédito para los informales en general con el respaldo de garantías reales (Carranza y Ternera, 2010)

Algunos años después la hipoteca popular fue expresamente derogada por ley 27046 de 1999 y, de una u otra manera, terminó un ensayo jurídico sobre relaciones diferentes entre la posesión y la propiedad. Como parte de ese ensayo, según Carranza y Ternera, no faltaron algunas opiniones que proponían cambios en el libro V del Código Civil - sobre derechos reales- con el objeto de incorporar la hipoteca sobre la posesión (Carranza y Ternera, 2010)

La breve aproximación a las relaciones entre la propiedad y la posesión a lo largo de la historia republicana nos permite concluir que la legislación sobre la propiedad y los derechos reales nunca consideró la realidad de la sociedad concreta ni las tradiciones ni la historia de los habitantes para quienes se pretendía legislar. Una vez más una filosofía sobre cómo se construye el derecho positivo fue determinante para establecer leyes sobre el sistema de propiedad y el resultado natural fue una extendida informalidad legal en la posesión de las tierras y los predios del Perú. Una informalidad legal que siempre excluyó y marginó a los más débiles y favoreció a minorías que se consolidaron

como coaliciones de poder. El despojo de las tierras de las comunidades campesinas luego de la Independencia es parte de ese proceso.

Finalmente, el ensayo sobre la hipoteca popular que pretendía extender la hipoteca sobre la posesión inmobiliaria nos revela que existe una agenda pendiente sobre la naturaleza del derecho positivo, una agenda que tiene que ver con la filosofía del derecho y que debemos abordar con urgencia.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES**

1. Una de las conclusiones preliminares de la presente investigación nos permite señalar que la influencia del jacobinismo racionalista -o del también llamado racionalismo metafísico- en la elaboración del derecho positivo, luego de la Independencia del Perú, explica la redacción de constituciones, la elaboración de leyes y la creación de instituciones, en base a criterios y especulaciones racionalistas, que han ignorado la evolución de la sociedad, la historia, las tradiciones y la red de instituciones surgidas de un largo proceso de ensayo y error.
2. Otra conclusión preliminar es que la influencia del jacobinismo racionalista en la elaboración del derecho positivo está entre las principales causas de la informalidad legal extendida de la sociedad, desde la fundación republicana hasta el presente. Una manera de concebir el Derecho, distante de la evolución social concreta de la sociedad, ha determinado la existencia de dos sociedades en el Perú durante todo el proceso republicano: una sociedad legal y otra extralegal

o un Perú formal y otro real. La idea de dos sociedades es una constante en toda la historia del Perú y forma parte de aspectos centrales de la reflexión de la mayoría de los intelectuales del país.

3. La informalidad que se describe en la presente investigación se define como informalidad legal, no obstante abarcar aspectos económicos, sociales, culturales y políticos, porque su naturaleza está relacionada con el derecho positivo en general. En otras palabras, es el tipo, la naturaleza del derecho positivo, la causa o la explicación del creciente fenómeno de extralegalidad que ha caracterizado la historia republicana y que continúa en la actualidad.
  
4. Asimismo, es necesario precisar que, cuando en la presente investigación, se habla de la informalidad legal se está describiendo conductas individuales y sociales que han evolucionado naturalmente hacia procesos sociales que el derecho positivo se muestra impotente de regular y normar, tal como sucedió con el fracaso de la participación indígena en el sistema político de acuerdo a las primeras constituciones de la República. En ese sentido, la informalidad legal se diferencia radicalmente de las economías delictivas que están tipificadas y sancionadas por la ley penal. En otras palabras, la informalidad legal puede considerarse una forma de desobediencia civil -según la teoría de Henry David Thoreau- que expresa una resistencia pasiva y silenciosa ante el mal derecho positivo que se aleja de la realidad social.
  
5. En la presente investigación, considerando diferentes etapas de nuestra historia republicana -desde la Independencia hasta nuestros días- se ha reflexionado sobre la naturaleza del derecho positivo (constituciones, derecho civil) y se ha establecido preliminarmente que existe una tradición jacobina que ha determinado un tipo de derecho positivo que ha alimentado a la informalidad

legal hasta convertirla en un monstruo incontrolable en la actualidad. En ese sentido, no es exagerado sostener que el fracaso del derecho positivo también explica los bloqueos y los fracasos de nuestro proyecto de sociedad.

6. Asimismo, se debe señalar que el jacobinismo racionalista explica la existencia de un derecho positivo que no es solo una de las causas principales de la extendida informalidad legal de toda nuestra experiencia republicana hasta la actualidad, sino que también explica la permanente inestabilidad política. Del análisis de la reingeniería institucional propuesta por las primeras constituciones sobre cómo reorganizar el poder político central -para reemplazar el sistema virreinal- se deduce que se creó un enorme vacío de poder que generó un péndulo constante entre anarquía y demanda de autoridad, que se expresaría en la proliferación de caudillos y el exacerbado protagonismo militar.
7. En ese sentido la reflexión sobre la naturaleza de nuestro derecho positivo desde la filosofía del derecho se vuelve un asunto urgente para enfrentar el monstruo de la informalidad legal y resolver los grandes dilemas de nuestro proyecto de sociedad. De otro lado, queda en evidencia que la extendida informalidad legal, es decir, la desobediencia civil, pacífica y democrática frente a las malas leyes, frente al deficiente derecho positivo, no solo es un problema, sino la gran posibilidad de construir un nuevo derecho positivo. Las sociedades emergentes, los mercados populares y las relaciones extralegales de la abrumadora mayoría de emprendedores del Perú, de alguna manera, representa un orden espontáneo, sobre el cual debe surgir el nuevo derecho positivo que represente la evolución natural de la sociedad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Aljovín de Losada, C. (2000). *Caudillos y constituciones: 1821-1845*. Lima. Pontificia Universidad Católica de Lima. Instituto Riva Agüero.

Basadre, J. (1987). *Perú: problema y posibilidad*. Lima. Librería Studium.

Basadre, J. (1983). *Historia de la República del Perú 1822-1933. Tomo I* (Sétima edición corregida y aumentada). Lima. Editorial Universitaria.

Basadre, J. (2003). *Memoria y destino del Perú. Textos esenciales*. Lima. Fondo Editorial del Congreso.

Burke, E. (1993). *Reflections on the Revolution in France*. UK: Oxford University Press.

Bobbio, N. (2017). *Locke y el derecho natural*. Valencia, España. Tirant Humanidades.

Bobbio, N. (2015) *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. España. Editorial Trotta.

Brewer -Carías, A. R. (2011). *Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX*. En: *Ars Boni et Aequi*. Volumen 7. N. 2. Págs 111. 142.

Recuperado de: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.3-BREWER.pdf>

Carranza A, C y Ternera B, F (2010). *Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes*. En: Revista Estudios Socio- Jurídicos. Universidad del Rosario, Colombia (pags 87-108)

Recuperado de:

<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1367>

ComexPerú (2022). Informalidad laboral peruana continúa al alza: ¿Cómo nos posicionamos en la región? Lima. Semanario ComexPerú 1139.

Recuperado de: <https://www.comexperu.org.pe/articulo/informalidad-laboral-peruana-continua-al-alza-como-nos-posicionamos-en-la-region>

ComexPerú (2020). La fuerza del agro para enfrentar la crisis. Semanario ComexPerú 1029.

Recuperado de: <https://www.comexperu.org.pe/articulo/la-fuerza-del-agro-para-enfrentar-la-tesis>

Chen, Martha (2012). *The Informal Economy: Definitions, Theories and Policies*. Women in Informal Employment: Globalizing and Organizing (WIEGO) WIEGO N.1. Recuperado de: [https://www.wiego.org/sites/default/files/migrated/publications/files/Chen\\_WIEGO\\_WP1.pdf](https://www.wiego.org/sites/default/files/migrated/publications/files/Chen_WIEGO_WP1.pdf)

De Soto, Hernando (1989). *El otro sendero*. Colombia. Editorial Printer Colombiana. Bogotá.

De Soto, H. (2009). *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en las demás partes*. Perú. Editorial Norma.

De Tocqueville, A. (2017) *La democracia en América I* (Tercera edición). Madrid. Alianza Editorial.

Descartes, R. (1998). *Discurso del método. Meditaciones metafísicas*. España. Brosnac, SL.

Del Águila, Alicia (2010). *La República corporativa. Constituciones, ciudadanía corporativa y política (Perú 1821- 1826)*. Tesis Doctoral en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Recuperado de: <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/283>

Ferrari C, A (1991) *La "Propiedad" como un obstáculo para el desarrollo de la hipoteca en el Perú: Análisis Histórico y Social*. En: Revista Themis N. 19. Facultad de Derecho PUCP. (pags 41- 46)

Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9596>

García Belaunde, Domingo (2016) *Las constituciones del Perú* (Tercera edición revisada, corregida y aumentada). Lima. Fondo Editorial Jurado Nacional de Elecciones.

Gadamer, H. G. (2003). *Verdad y método I*. España. Ediciones Sígueme Salamanca

Hayek, F.A (1991) *The fatal conceit. The errors of socialism*. Estados Unidos. The University Chicago Press.

Instituto Peruano de Economía (2019). El costo de la protección del despido. Lima. Informe de El Comercio-IPE.

Recuperado de: <https://www.ipe.org.pe/portal/el-costode-la-proteccion-del-despido/>

Yuval, L. (2014). *The great debate. Edmund Burke, Thomas Paine and the Birth of Right and Left*. New York: Basic Books.

Lajo Lazo, F. J. (2017). *El liberalismo republicano de Francisco Javier de Luna Pizarro*. (Tesis de Magister, Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

Recuperado de: <https://hdl.handle.net/20.500.12672/6482>

Loayza, Norman (2007). *The causes and consequences of informality in Peru*. Banco Central de Reserva del Perú (BCR). Recuperado de: <https://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/documentos-de-trabajo/dt-2007-18.html>

McEvoy, C. (2013). *En pos de la República. Ensayos de historia política e intelectual*. Lima. Centro de Estudios Bicentenario, Municipalidad de Lima.

Méndez, Cecilia (2014). *La república plebeya. Huanta y la formación del Estado peruano*. Lima. Instituto de Estudios peruanos.

Matos Mar, J. (1986). *Desborde popular y crisis del Estado* (tercera edición). Perú. Instituto de Estudios Peruanos.

North, D. C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Reino Unido. Cambridge University Press.

Paine, T. (1885) (Reproducción). *Complete Works of Thomas Paine*. Chicago and New York. Belford, Clarke & Co.

Rousseau, J. J. (2020). *Selected Political Writings*. Estados Unidos. Translated by G.D.H Cole.

Rivara de Tuesta, M. L. (1972). *Ideólogos de la emancipación*. Lima. Industrial Gráfica.

Ramis, Pompeyo (1985). *Origen y evolución de la hermenéutica jurídica*. En: Revista Universitas Philosophica (1985), Volume 2, N. 4 . Bogotá. Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vniphilosophica/article/view/16938>

Ramos Nuñez, C. A. (2018). *La letra de la Ley. Historia de las constituciones del Perú*. Perú. Servicios Gráficos JMD S.R.L.

Roca Barea, María Elvira (2018). *Imperiofobia y leyenda negra* (Vigésima edición). España. Ediciones Siruela S.A.

Savigny, Friedrich Carl (2015) *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid. Universidad Carlos III.

Scruton, R (2015). *Fools, frauds and firebands. Thinkers of the new left*. Londres, Bloomsbury continuum.

Salinas Alvarado, C. E. (2017). *F. K Von Savigny y las fuentes del Derecho Europeo y Latinoamericano en el siglo XIX* (pp 138-156). En: Heurística, revista digital de historia de la educación. Recuperado de:  
<http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/45011/art10.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Thoreau, H. D. (2017). *Desobediencia civil*. Lima. Colmena Editores y Editorial Anarcrítica.

Torres Arancivia, E. (2007). *Buscando un rey. El autoritarismo en la historia del Perú Siglos XVI -XXI*. Lima. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Valdivia Pérez, J. (2012). *El republicanismo liberal de José Faustino Sánchez Carrión: entre la teoría y la práctica*. En: *CSONline - REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS*, (13).

Recuperado de <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17230>