

JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO

NUEVA  
**HISTORIA  
GENERAL  
DEL DERECHO**





Fotografía: Jorge Neumann

El Dr. José Antonio Silva Vallejo, nació en Chiclayo, el 12 de Febrero de 1936. Estudió en el Colegio Nacional San José de Chiclayo, en el Colegio Militar Leoncio Prado, en la Facultad de Letras de la Universidad Católica y en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos.

Se recibió de Bachiller en Derecho con la Tesis "La Mala Fé en el Proceso Civil", de Abogado en 1960 y de Doctor en Derecho, en 1970, con la tesis "Teoría General del Proceso". Ejerció la abogacía en el Estudio de su Padre el Dr. Nicanor Silva Salgado, luego fue Defensor de Oficio, Juez de Primera Instancia, Vocal y Presidente de la Corte Superior de Lambayeque, Vocal de la Corte Suprema, Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque, Decano de las Facultades de Derecho de San Marcos y de Lambayeque y es Profesor Principal de Filosofía del Derecho, Derecho Romano, Historia General del Derecho, Teoría del Proceso y Derecho Comparado.

Ha escrito:

- "Introducción a la Filosofía", Chiclayo, 1964.
- "La Vida y el Pensamiento de Francesco Carnelutti", Chiclayo, 1965.
- "Teoría General de los Derechos Reales", Trujillo, 1967.
- "Teoría General de las Obligaciones", Chiclayo, 1968-1969.
- "Creación Jurídica y Derecho Judicial", Chiclayo, 1976.
- "El artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Civil", Lima, 1985.
- "Los estudios de Derecho Civil en el Perú y el Derecho Jurisprudencial", Lima, 1986.
- "La Vida y el Pensamiento de Piero Calamandrei", Lima, 1987.
- "¿Reforma o revolución procesal en el Perú?", Lima, 1988.
- "La Vida y el Pensamiento de Mario Alzamora Valdez", Lima, 1988.
- "Teoría General de los Títulos Valores", Lima, 1989.
- "La Ciencia del Derecho Procesal", Lima, 1991.
- "El Derecho Procesal en la Edad Media", Lima, 1998.
- "El Juez y la Norma", Lima, 1990.
- "Historia General del Derecho", Lima, 2005 - 2013.
- "Santo Tomas de Aquino y los Grandes Maestros del Espíritu", Lima, 2008.
- "Centenario del nacimiento del Dr. Ulises Montoya Manfredi", Lima, 2009.
- "La Casación Civil.- Su crisis actual.- Necesidad de derogarla", Lima, 2010.
- "El Pensamiento Jurídico y Filosófico", Lima, 2010.
- "Código Civil" - Código Procesal Civil", Lima, 2010.
- "La Crisis del Acto Jurídico y de la Casación Civil", Lima, 2011.
- "Filosofía del Derecho", Lima, 2012.
- "Derecho Comparado", Lima, 2012.





NUEVA

# HISTORIA GENERAL DEL DERECHO





NUEVA

# HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO





# UN LIBRO SIEMPRE ES UNA BUENA NOTICIA

FONDO EDITORIAL UAP

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro. Ningún párrafo, imagen o contenido de esta edición puede ser reproducido, copiado o transmitido sin autorización expresa del Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas. Cualquier acto ilícito cometido contra los derechos de propiedad intelectual que corresponden a esta publicación será denunciado de acuerdo al D.L 822 (ley sobre el derecho de autor) y con las leyes que protegen internacionalmente la propiedad intelectual.

## NUEVA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO

Autor: José Antonio Silva Vallejo

### ©UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS

Rector: Fidel Ramírez Prado, Ph.D

Av. Cayetano Heredia 1092, Lima 11

Teléfono: 266-0195

| E-mail: [webmaster@uap.edu.pe](mailto:webmaster@uap.edu.pe) |

web site: [www.uap.edu.pe](http://www.uap.edu.pe)

Decano de la Facultad de Derecho y

Ciencias Políticas : Dr. Ricardo Díaz Bazán

### FONDO EDITORIAL UAP

Director: Dr. Omar Aramayo

| E-mail: [o\\_aramayo@uap.edu.pe](mailto:o_aramayo@uap.edu.pe) |

Paseo de la República 1773, La Victoria, Lima

Teléfono: 265-5022 (anexo 27)

Corrección de texto: Rashell Díaz Castillo

Diseño y edición gráfica: Karoll Aguila Zevallos

Impresión: Talleres Gráficos de la

Universidad Alas Peruanas.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca

Nacional del Perú N°: 2013 - 12525

ISBN: 978 - 612 - 4097 - 67 - 6

Impresión: Universidad Alas Peruanas

Derechos reservados: UAP

Primera edición: Lima, 2005

Segunda edición: Lima, 2013

Librería UAP

Av. Nicolás de Piérola 444

La Colmena - Lima

Teléfono: 330 - 4551

Website: <http://libreria.uap.edu.pe>

*A mi madre, Eugenia Vallejo Carrillo de Silva  
Salgado, pedacito de cielo, con toda mi ternura.*

*A mi padre, don Nicanor Silva Salgado,  
mi eterno ideal.*

*Al amauta, Jorge Lazo Arrasco,  
mi maestro de Historia, con devoción filial.*





# PREFACIO DEL AUTORA LA SEGUNDA EDICIÓN

## LUCES Y SOMBRAS DE LA HISTORIA

La historia irradia claridad, luminosidad y espiritualidad profunda pero, también oscuridad y proyección de sombras, prejuicios e ignorancia que embargan ciertas épocas, espacios y momentos de la humanidad, que integran, no solo los “momentos estelares de la humanidad” de los que nos hablaba en un hermoso libro STEFAN ZWEIG sino, también, de aquellos otros momentos que giran caleidoscópicamente, cual agujeros negros, como en “El Aleph” de JORGE LUIS BORGES o cual los círculos del infierno que cantaba DANTE en su inmortal poema.

Este contraste de luces y de sombras evidencia la crisis de nuestra sociedad contemporánea pero, a diferencia de la tesis programática de SPENGLER que expone “*la decadencia de Occidente*” y de otras grandes obras que sostienen la inminencia del desplome de la civilización cristiana clásica a partir de las “*Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*”, de HERDER, y de la “*Geschichte der Philosophie*” de HEGEL, fueron todas, intentos de abordar la crisis de la cultura, ocasionada por este desplome. Nuestra tesis es la de que ni hay “*un final de la historia*”, ni una “*Untergang des Abendlandes*” (Decadencia de Occidente), como diría SPENGLER; ni, tampoco, una “*Untergang und Ubergang*” (Decadencia y Transición), como diría ERICH KAHLER<sup>(1)</sup>.

Lo que hay es una “tensión”, una “vibración” o una “trepidación social”, todo un “trémolo” o un “vibrato” (musicalmente hablando), producido por el contraste dialéctico del “reto” y la “respuesta”, del “yin” y del “yang”, del que nos hablaba TOYNBEE en su clásico e inmortal “Estudio de la Historia”, ese “ritmo alterno de la Historia” causado por la fe y el sufrimiento, por el pecado y la redención, por el valor, el coraje y la pujanza de unos, pero también, por la debilidad y la cobardía de otros, quienes temen enfrentarse a las hordas del mal, de la corrupción e impreparación de unos y de la mentalidad obsecuente con el mal que los hace siervos o, al menos, tontos útiles del mal, quienes no advierten tras la esclerosis de las ideologías en colapso, la sombra diabólica del mal. Frente al crepúsculo de los espíritus esperando que caiga la noche, tenemos el deber de enfrentarnos con valentía ante quienes pretenden provocar el desastre, llevados por su ignorancia, por su provocación, por su maldad, por su debilidad, por su aventurerismo o por su oportunismo y hasta por su relativismo, tras una *polifemia* diacrónica en la que se arguye que los conceptos clásicos de “católica” y de “pontificia” “ya han perdido su sentido”. Tal falacia, sintomática de una grave ceguera moral o de un grave daltonismo ético, es el colmo del diabólico relativismo de quienes llegan a sostener; por ejemplo, que “ya no sabemos si son buenos o malos, positivos o negativos” los conceptos fundamentales de nuestra religión.

---

(1)- ERICH KAHLER: “Out of the Labyrinth: Essays in Clarification”, New York, 1992. Traducción castellana: “Nuestro Laberinto”, pag. 10, Breviarios de la Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Esta falaz argumentación, de índole “folletinesca”, como llamó **HERMANN HESSE**, a nuestra época y a toda argumentación superficial caracterizada por su doblez, por su falta de moral y de sinceridad<sup>(?)</sup>, me permite recordar la fuente de mi inspiración que se encuentra en el lema de la Universidad de Oxford: “*Dominus illuminatio mea*”: “El Señor es mi inspiración”; lema que también inspiró las investigaciones del profesor Toynbee, como lo expongo en el capítulo XXX de este mi libro, en el que sostengo que “*Para Toynbee, Dios no es sólo un hecho histórico: es el hecho histórico supremo y la religión es el único asunto digno de la atención de los historiadores. Así, la religión es, en su esencia, la clave de la historiología de Toynbee*”.

La otra gran tesis del maestro de Oxford es el papel que ha jugado en la historia la religión católica en tanto que fue una especie de “*crisálida*” que albergó y preservó la cultura sobreviviente en las épocas de “*tiempos revueltos*”, como los que ahora sufrimos. Toynbee nos eleva a una historiología inspirada por la Teología en la que “*las civilizaciones son las siervas o las émulas de la religión*” y la función más útil de la civilización greco-romana fue la de dar a luz al cristianismo antes de desaparecer. Comparando la religión con un carruaje piensa Toynbee que “*las ruedas sobre las que se asciende al cielo podrían ser las caídas periódicas de las civilizaciones a la tierra*”. Esta es la tesis planteada en su “*Civilization on trial*”, New York, 1948, “La civilización puesta a prueba”, Emece Editorial, Buenos Aires, 1949.

*Así pues, las grandes religiones, que son el paradigma del alma, trascienden las limitaciones de las sociedades y se convierten en la clave para la comprensión de la historia.*

De este modo, la **Historiología de Toynbee culmina en una Teología de la Historia**. Así estaremos en condiciones de entender, perfectamente, a la luz de las revelaciones y profecías de este singular historiólogo, lo que el Papa Juan Pablo II ha dicho en su primera encíclica “*Redemptor Hominis*” promulgada el 4 de marzo de 1979 de que “*Cristo, Señor de la Historia, es Alfa y Omega*” o “*el principio y el fin de la Historia*”.

Por eso hemos dicho que ser católico es ser discípulo de Jesucristo. Es demostrar con hechos la invitación del Maestro que nos dijo “*Tú, ven y sígueme*”. Ser discípulo de Jesucristo supone llevar Su luz en el corazón, irradiar la luz divina y transmitirla a los demás con toda su espiritualidad y claridad, con humildad, con sencillez., con amor, con emoción, para ser bienaventurados y poder decir que ahora somos “*hijos de la luz*” y ya no más de las tinieblas, porque, ahora, “*somos luz en el Señor*” (Efesios, 5, 8).

Ser católicos es la gracia de sentirnos llamados y atraídos por Su bondad, por Su santidad, por Su perfección, que nos llama a imitarlo en todo, en tratar de ser perfectos, como Él es perfecto, en llegar a ser santos como Él es santo, lo que nos hace dignos de llamarnos “*católicos*”. “*Porque no todo el que dice “¡Señor! ¡Señor!” entrará en el reino de los cielos*” (Mateo, 7, 21) “*Tú crees que Dios es uno. Bien haces. También los demonios creen y tiemblan*” (Epístola de Santiago, 2, 19).

---

(?)- En “El juego de Abalorios”, obra cumbre del gran maestro del espíritu, Premio Nobel de 1902, se dice en la introducción que “la época folletinesca no careció de espíritu, ni siquiera fué pobre en ese aspecto. Pero - poco supo hacer con ese espíritu o, no atinó a darle el puesto y la función apropiados dentro de la economía vital y estatal ... Fué una época burguesa, fiel a un amplio individualismo”. **HERMANN HESSE**: “El juego de Abalorios” en “Obras Completas”, tomo I, pag. 102 y passim, especialmente, pag. 100, 100, 101 y passim, Editorial Aguilar, Madrid, 1962. Esta obra clásica fue publicada precedentemente por Santiago Rueda - Editor, Buenos Aires, 1962, cfr. pag. 9, pag. 10 in fine, 21, 22, 23, 24, 25 y passim.



Ser católico es, pues, hablar de Jesús, que es hablar de Dios. Para quienes niegan la divinidad de Jesús bueno es recordar lo que dijo Juan Pablo II en su encíclica *“Dives in Misericordia”* del 30 de Noviembre de 1980: *“A este respecto, es digno de recordar aquél momento en que Felipe, uno de los doce apóstoles, dirigiéndose a Cristo, le dijo: “Señor, muéstranos al Padre y nos basta”; y Jesús le respondió: “¿Tanto tiempo ha que estoy con vosotros y no me habéis conocido? El que me ha visto a mí ha visto al Padre”* (Juan 14, 8 y ss). Descubramos, una vez más con Juan Pablo II, *“en el mismo Cristo el rostro del Padre que es misericordioso y Dios de todo consuelo”* (*“Dives in misericordia”*, 1b y Juan, 2 Corintios, 1, 3).

En su luminosa encíclica *“Veritatis Splendor”* del 6 de Agosto de 1993, ha dicho Juan Pablo II que *“La luz del rostro de Dios resplandece con toda su belleza en el rostro de Jesucristo, “imagen de Dios invisible”* (Col. 1, 15), *“resplandor de su gloria”* (Heb. 1, 3), *“lleno de gracia y de verdad”* (Jn. 1, 14): El es *“el Camino, la Verdad y la Vida”* (Jn. 14, 6). Por esto la respuesta decisiva a cada interrogante del hombre, en particular a sus interrogantes religiosos y morales, la da Jesucristo”.

*“Ven y sígueme”* (Mt. 19, 21) *“Por esto, seguir a Cristo es el fundamento esencial y original de la moral cristiana: así el discípulo debe seguir a Jesús, hacia el cual lo atrae el mismo Padre (cf. Jn. 6,44). No se trata aquí solamente de escuchar una enseñanza y de cumplir un mandamiento, sino de algo mucho más radical: adherirse a la persona misma de Jesús, compartir su vida y su destino. El discípulo de Jesús, siguiendo, a aquél que es la Sabiduría encarnada, se hace verdaderamente discípulo de Dios (cf. Jn. 6, 45). En efecto, Jesús es la luz del mundo, la luz de la vida (cf. Jn. 8, 12); es el pastor; es el camino, la verdad y la vida (cf. Jn. 14, 6) es aquél que nos lleva hacia el Padre, de tal manera que verle a él, el Hijo, es ver al Padre (cf. Jn. 14, 6-10). Por tanto imitar al Hijo, que es “imagen de Dios invisible” (Col. 1, 15), significa imitar al Padre”.*

Debemos conocer pues a Jesucristo, si uno quiere conocer a Dios y, para ello, debemos leer una y otra vez los Evangelios porque *“en ellos tendréis la vida eterna y ellos son los que dan testimonio de mí”* (Jn. 5, 39).

Así, contra toda la argumentación falaz del relativismo, venga de donde viniese, nosotros, los católicos, tenemos el deber de llamarles la atención recordándoles que está escrito: *“Os digo, que de toda palabra ociosa que se diga se deberá dar cuenta en el día del Juicio. Según tus palabras serás declarado justo, según tus palabras serás condenado”* (Evangelio de San Mateo, 12, 36).

En fin, para quienes desconocen la palabra del Pontífice y de los sacerdotes, concluyo citando al Evangelio de San Lucas, capítulo 10, versículo 16: *“Quien a vosotros escucha, a Mí me escucha; y quien a vosotros rechaza, a Mí me rechaza; ahora bien, quien me rechaza a Mí, rechaza a Aquél que me envió”.*

Ahora bien, frente a las interpretaciones catastróficas de la historia sostengo que la historia de la humanidad ha pasado por una serie de aventuras, trágicas – la mayoría de las veces -, esperanzadoras, otras veces, como cuando uno admite con POLIBIO que *“el conocimiento adquirido del estudio de la historia, es la mejor de todas las educaciones para la vida práctica, porque es la historia y solo la historia, la que madurará nuestro juicio y nos prepara para tener puntos de vista justos, cualquiera que sea la crisis o la situación de los asuntos”* (Cuarenta libros de la Historia”- Libro I, capítulo 35). Como es sabido, la tesis programática de POLIBIO (3) hacía de la historia un medio para llegar a la verdad pues la historia tiene una función aleccionadora

y pedagógica: el historiador debe renunciar a todo partidismo, a todo prejuicio personal y, convirtiéndose en juez, proceder a dominar los hechos. Así, decía Polibio que: “En cuanto un hombre *asume la actitud moral de un historiador, tiene que olvidar todas las consideraciones, tales como el amor de sus amigos o el odio a sus enemigos.... en ocasiones deberá elogiar a los enemigos y censurar a los amigos*”.

En todo caso, el Divino Maestro nos ha dicho que “*Mirad que no os engañen; porque vendrán muchos en mi nombre y dirán: “Ya llegó el tiempo”. No los sigáis. Cuando oigáis hablar de guerras y revoluciones, no os turbéis; esto ha de suceder primero, pero no es en seguida el fin. Entonces les dijo: “Pueblo se levantará contra pueblo, reino contra reino. Habrá grandes terremotos y, en diversos lugares, hambres y pestes; habrá también prodigios aterradores y grandes señales en el cielo. Pero, antes de todo esto, os prenderán; os perseguirán, os entregarán a las sinagogas y a las cárceles, os llevarán ante reyes y gobernadores a causa de mi nombre. Esto os servirá para testimonio. Tened, pues, resuelto, en vuestros corazones no pensar antes cómo habéis de hablar en vuestra defensa, porque Yo os daré boca y sabiduría a la cual ninguno de vuestros adversarios podrá resistir o contradecir. Seréis entregados, aún por padres y hermanos y parientes y amigos; y harán morir a algunos de entre vosotros, y seréis odiados de todos a causa de mi nombre. Pero ni un cabello de vuestra cabeza se perderá. En vuestra perseverancia salvaréis vuestras almas*”. (Lucas 21, 8 a 19).

“*Si el mundo os aborrece, sabed que me ha odiado a Mí antes que a vosotros*” (Juan, 15, 18).

“*En el mundo tendréis aflicción; pero confiad, yo he vencido al mundo*” (Juan 16, 33).

Esto nos evidencia que también hay una dimensión crítica de la historia porque, como ha dicho JUAN PABLO II en su encíclica “*Redemptor Hominis*” “*El Redentor del hombre, Jesucristo, es el centro del cosmos y de la historia*”.

Ser católico es ser discípulo de Jesucristo. Es demostrar con hechos la invitación del Maestro que nos dijo “*Tú, ven y sígueme*”. Ser discípulo de Jesucristo supone llevar Su luz en el corazón, irradiar la luz divina y trasmitirla a los demás con toda su espiritualidad y claridad, con humildad, con sencillez, con amor, con emoción, para ser bienaventurados y poder decir que ahora somos “*hijos de la luz*” y ya no más de las tinieblas, porque, ahora, “*somos luz en el Señor*” (Efesios, 5, 8). (4)

Así se explica la luz o la luminosidad en la historia porque, como ha dicho San Juan en el maravilloso Prólogo a su Evangelio: “*La luz en las tinieblas resplandece*” (“*et lux in tenebris lucet*”). Así, a partir de Jesucristo que es, “*fin de un mundo e inicio de otro, bisagra de la historia*” (5), se explican las luces y sombras de la historia, que es también el contrapunto o la sucesión dialéctica de nuestros pecados y de nuestras bienaventuranzas. Esta es la historia, historia de luces y de sombras, de tragedias y fracasos. Nuestros errores deben ser purgados, procesalmente, a la luz de una “*Casación histórica*”. No es “*ucronía*”: lo que no está en el tiempo histórico; pero si, acaso, es “*escatología*”, un ensueño profético o la esperanza de la “*Ciudad de Dios*”, tal como la planteó San Agustín de Hipona, o, es el “*reto*” y la “*respuesta*”, el “*yin*” y el “*yang*” de los que nos hablaba Toynebee.

Nuestro libro es una historia de maestros y de escuelas, de libros y de textos, de principios y doctrinas, de brocardos y “*quaestiones*”, de incitaciones y recuerdos, que surgen en la evocación de los maestros, a quienes están dedicadas estas páginas y, también, a todos mis discípulos, los de ayer, los de hoy y del futuro, con quienes nos hemos integrado en el claustro y en las aulas de nuestra *alma mater studiorum para hacer de la universitas magistrorum et scholarium* un consorcio de investigadores y académicos que hagan vívida la esencia de la Universidad que es, como decían las antiguas Partidas del Rey Alfonso el Sabio: “*ayuntamiento intelectual que fazen los alumnos e maestros para alcanzar los saberes*”.

**J.A.S.V**

Miraflores, 20 de Julio del 2012.

---

(1).- POLIBIO: “Cuarenta libros de la Historia”, versión castellana con el título de “Historias”, Libro I, cap. 1, Editorial Gredos, Madrid, 1990.  
(2).- SILVA VALLEJO: “Filosofía del Derecho”, segunda edición corregida y aumentada. Cap. XX, pag. 211 a 218, Ediciones Legales, Lima, 1991.  
(3).- JEAN DANIELOU: “Ensayos sobre el misterio de la historia”, pag. 194, San Sebastian, 1992.





# CAPÍTULO I

## MULTIVOCIDAD DEL CONCEPTO DE HISTORIA







## CAPÍTULO I

# MULTIVOCIDAD DEL CONCEPTO DE HISTORIA

El concepto de historia es un término poliédrico, multívoco y difuso que contiene dentro de sí diversas acepciones; así, la historia como narración; así, el estudio de esta narración, que es la disciplina que la analiza o Historiografía: de este modo, la reflexión sobre el ritmo y la aceleración en la historia o sobre la génesis y los colapsos históricos, que es la Historiología; también, la vivencia de la historia o la emoción histórica o la razón histórica que comprende a este fenómeno que es el “Historicismo”; y aún se puede hablar sobre la “Nueva Historia”, concepto que deroga la vieja expresión de origen jónico, tal como fue formulada por los griegos.

## 2. LA HISTORIA EN SU ACEPCIÓN CLÁSICA

La historia en su genuina acepción clásica comenzó con los griegos.

La palabra historia nos viene del lenguaje de los jonios en el siglo VI. Así la denominó Herodoto en su obra clásica intitulada “Historia” que empieza con esta frase inmortal: “Esta es la exposición de las investigaciones de Herodoto...”

Era pues una investigación sobre hechos, no una narración ingenua como la del narrador falto de crítica o la de las viejas chismosas o la del cuentero. La voz jónica *ιστοριή* en lengua ática: *ιστορία* viene de *ιστορ*, *istor*, testigo, el que ve, y constituye, pues, un testimonio, en el más cabal sentido probatorio y procesalístico del término, en cuanto averiguación o indagación. Una indagación que versa sobre hechos, los hechos que ha visto el testigo, no el chismo o el testigo de oídas. En dicho sentido, **HERODOTO (484 a.C.- 425 a.C.) es el fundador de la Historia** o, como lo llamó Cicerón: **“el Padre de la Historia”**.<sup>(1)</sup>

Antes de Herodoto el concepto de “*histor*” era difuso y colindante, cuando no, sinónimo de sabio. Homero lo empleaba en tal sentido, como fluye de los “Juegos en Honor de Patroclo” en el célebre Canto XXIII de “*La Iliada*”; y el gran helenista, suegro de Toynbee y profesor en Oxford, Gilbert Murray, en su áureo libro “*Historia de la Literatura Clásica Griega*”, nos enseña que “podemos aplicar al siglo VI la terminología del IV, y distinguir la filosofía de la historia. Pero cuando Solón el filósofo “recorrió mucha tierra en busca de sabiduría”, estaba haciendo lo mismo que los historiadores Herodoto y Hecateo. Y cuando este último hizo una Tabla del mundo, con su geografía y su antropología, hacía compañía a los filósofos Anaximandro y Demócrito. “Historia” es investigación y filosofía es amor a la sabiduría. Las dos cubren en una gran extensión el mismo campo, aunque, en su conjunto, la filosofía tiende más a la verdad final y menos a los hechos especiales; y, lo más importante, la filosofía es, generalmente, la obra

(1).- CICERÓN “*De legibus*”, I, 1.

de una escuela organizada, con mayor o menor fijeza o semejanza en sus doctrinas: milesios, pitagóricos, eleatas; mientras que el “historiador” es más bien un viajero y un narrador de anécdotas.<sup>(2)</sup>

Así también para el profesor James Thompson Shotwell, de la Universidad de Columbia, “el historiador era el indagador o buscador de la verdad”. “Sin duda con la palabra “histor”, Homero quería decir el hombre sabio, versado en las costumbres de la tribu y que puede resolver el derecho del caso indagando en los hechos. Semejantes buscadores de la verdad se encuentran en todos los pueblos semibárbaros”.<sup>(3)</sup>



La Historia surge, pues, con Herodoto, aunque cabe hablar de precursores y, en tal sentido, estaban los logógrafos -y entre estos- Hecateo. Nacido hacia mediados del siglo sexto antes de Cristo, Hecateo perteneció a la aristocracia griega, y después de largos viajes escribió lo que había aprendido bajo el título de “Viajes por el Mundo” que empieza así: “Hecateo de Mileto habla así: Yo escribo lo que creo ser verdad porque las historias de los griegos son diversas y que me parecen ridículas”, Como dice Shotwell: “Hecateo es el único de los logógrafos a quien Herodoto rinde tributo citándolo como fuente.

La erudición moderna se ha interesado en establecer cuánto es lo que el Padre de la Historia debe a su predecesor, pero el problema es más de la crítica de Herodoto que de la de Hecateo, y es demasiado detallado para una exposición como ésta. La conclusión general es que la deuda de Herodoto era todavía mayor de lo que él admitía, y que Hecateo no sólo le había proporcionado notas para su historia, sino también una guía para sus viajes”.<sup>(4)</sup>

La Historia de HERODOTO narra, fundamentalmente, las Guerras Médicas y el

(2).- GILBERT MURRAY: “Historia de la literatura clásica griega”, p. 100, editorial Albatros, Buenos Aires, 1990.

(3).- J. T. SHOTWELL: “Historia de la Historia en el mundo antiguo”, p. 100; editorial Fondo de Cultura Económica, México 1990.

(4).- SHOTWELL: ob. cit., p. 101.

**encumbramiento de Atenas hasta el siglo de Pericles.** La razón es obvia, porque, “Atenas resume con un esplendor particularmente brillante todas las cualidades del mundo griego: es ella la Grecia de la Grecia”<sup>(5)</sup>. En Atenas nació la democracia, la cultura y la ciencia, la filosofía y la historia. Por ello evocamos a Herodoto.

**TUCÍDIDES es el otro gran clásico de la historia.** Nació aproximadamente en el año 460 a.C., cerca de Atenas, en el Atica y murió asesinado en su villa-residencia en Tracia hacia el 398 a.C.

**Su obra clásica es la “Historia de la Guerra del Peloponeso”, obra cumbre de la historia griega,** cuyo manuscrito fue salvado por su hija, quien la entregó a su editor, otro gran clásico, Jenofonte, quien continuó el relato histórico de la obra de Tucídides, según narra Diógenes Laercio en su “Vida de Filósofos”. II, 6.

La Historia de TUCÍDIDES consta de ocho libros, el primero de los cuales empieza así: “El ateniense Tucídides escribió la guerra que tuvieron entre sí los peloponenses y atenienses, comenzando desde el principio de ella, por creer que fuese la mayor y más digna de ser escrita, que ninguna de todas las anteriores, pues unos y otros florecían en prosperidad y tenían todos los recursos necesarios para ella; también porque todos los otros pueblos de Grecia se levantaron a favor y ayuda de la una o de la otra parte, unos desde el principio de la guerra y otros después. Fue este movimiento de guerra muy grande, no solamente de todos los griegos, sino también en parte de los bárbaros y extraños de otras naciones. Porque de las guerras anteriores, especialmente de las más antiguas, es imposible saber lo cierto y verdadero por el largo tiempo transcurrido, y a lo que yo he podido alcanzar por varias conjeturas, no las tengo por muy grandes, ni por los hechos de guerra, ni en cuanto a las otras cosas”.<sup>(6)</sup>

**TUCÍDIDES es un clásico de la historia griega ante todo, porque fue un testigo, un “histor” de los hechos que narra que es la civilización griega y la grandeza ateniense en el siglo de Pericles que fue su propia época en la que fue contemporáneo de HERODOTO.** Y es que como dice Croce, “Toda verdadera historia es historia del presente, es historia contemporánea. La historia genuina no es una mera contemplación indiferente de un pasado muerto sino la evocación de un pasado vivo que, como problema, nos interesa o nos conmueve. Este pasado revivido se transforma en presente”.<sup>(7)</sup>

(5).- A. JARDE: “La formación del pueblo griego”, p. 100, Editorial Cervantes, Barcelona 1976.

(6).- TUCÍDIDES: “Historia de la Guerra del Peloponeso”, I, Editorial Porrúa, México, 1989, p. 7.

(7).- BENEDETTO CROCE: “Teoría e storia della Storiografia”, Bari, 1914; CROCE: “La storia come pensiero e come azione”, Bari, 1938; Id “La Historia como hazaña de la libertad”, México, 1941; Léase el estupendo estudio del maestro MARIANO IBERICO RODRIGUEZ: “El pensamiento histórico de Benedetto Croce”, en su áureo libro “LA APARICION HISTÓRICA”, p. 194. 195 y passim; Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú, 1971.



Así, pues, **HOMERO** es el narrador de la guerra de Troya, **HERODOTO** el narrador de las guerras médicas y **TUCÍDIDES**, el narrador de la guerra del Peloponeso.

Pero además de ser extraordinarios narradores, Homero y Tucídides fueron notables retóricos, por los brillantes discursos que intercalan e introducen en sus obras, cuando dialogan los héroes griegos, discursos en los que fluyen, raudas, la hipérbole, la metáfora, la metonimia, la sinécdoque, en suma, los tropos.



**JENOFONTE** es el otro gran clásico de la Historia griega. Nació en Atenas en el año 430 a.C. hacia los comienzos de la guerra del Peloponeso y murió en el 354 a.C. cuando el poder de Macedonia ya estaba amenazando con cerrar la última era turbulenta de la libertad griega y de la democracia ateniense.

De origen noble, en su juventud fue discípulo de Sócrates y por ello evoca al gran maestro en los cuatro libros que conservan sus recuerdos llamados "*Memorabilia*".

Como fuente histórica es indiscutible su mérito para estudiar la vida de Sócrates, aunque, vista desde la perspectiva filosófica, el mérito para la historia de la filosofía se los lleva, de lejos, la "*Apología de Sócrates*", el "*Fedón*", el "*Critón*", el "*Fedro*" y el "*Banquete*", que son los grandes "*Diálogos*" de Platón, el inmortal filósofo discípulo del gran maestro ateniense en los que se narra inigualablemente la vida, el pensamiento

y la muerte de Sócrates y su legado para la "*philosophia perennis*", así como **Romano Guardini** (1885-1968), el gran polígrafo católico y profesor en Berlín, la ha narrado en "*La esencia del Cristianismo*" y, sobre todo, en su áureo libro "*La muerte de Sócrates*", Emecé editores, Buenos Aires 1997, o como **Rodolfo Mondolfo** (1877-1976), gran profesor de Historia de la Filosofía en Bolonia, Córdoba y Tucumán, quien ha escrito la vida del gran maestro ateniense enfrentándose a la tesis de **Dupréel**, según la cual Sócrates era una mera ficción literaria, hija del nacionalismo ateniense de Platón y Jenofonte o como **Werner Jaeger** (1881-1961) profesor de Historia de la Filosofía en Kiel, Berlín y Harvard, quien en su monumental obra "*Paideia: Los ideales de la cultura griega*", páginas 389 y siguientes, nos habla del inmortal maestro ateniense como una de esas figuras imperecederas de la historia que se ha convertido en un símbolo" (4), o como **Pablo da Silveira** (Montevideo 1962), profesor de Filosofía en la Universidad Católica de Uruguay en su "*Historias de Filósofos*" sostiene en su primer estudio titulado; "*¿Por qué mataron a Sócrates?*" Responde que *Sócrates, fue ejecutado porque era un profesor incómodo para la inmoralidad y la mediocridad de los atenienses.*

(4).- WERNER JAEGER: "PAIDEIA; Los ideales de la cultura griega", pag. 389, 393,394,397 y passim, ed. Fondo de Cultura Económica México-Buenos Aires, 1993.

“Sócrates murió con la tranquilidad de espíritu y con la entereza de un hombre que había buscado la libertad interior. No tenía necesidad de estar en paz con sus conciudadanos para estar en paz consigo mismo. Pero, al mismo tiempo, murió porque se negó a huir de la ciudad durante la noche, tal como le proponían sus amigos. Se negó a huir por fidelidad a la Atenas que lo había condenado; porque, para un viejo ateniense como él, **las resoluciones** de la ciudad **estaban hechas para cumplirse**. Si cada ciudadano decide qué leyes y qué veredictos merecen ser respetados, ese es el fin de la democracia. Tal ley o tal decisión pueden ser criticables en sí mismas, pero **el respeto de la ley en general es un valor absoluto**. Sócrates no huyó porque quiso recordar una vez más esta vieja idea y porque quiso rendir un último servicio a su ciudad: **la única manera de mejorar que tienen los hombres es aprender de sus propios errores**. Atenas se equivocaba con él y con la filosofía, pero si él escapaba, los atenienses nunca lo percibirían. Sócrates es, cuando ya quedan pocos, un ateniense de pura cepa. Como dice el británico Derek Heater, su muerte fue un verdadero acto de ciudadanía. Muchos siglos más tarde, el liberalismo completó la idea griega de democracia con una restricción decisiva: las mayorías no pueden tomar cualquier decisión; hay derechos que protegen al individuo y deben ser respetados aún cuando éste pertenezca a una ínfima minoría”.<sup>(9)</sup>

Jenofonte escribió otro gran libro, que es un hermoso texto para estudiar la lengua griega: el **“Anabasis”** que narra brillantemente la retirada de los diez mil griegos que sirvieron como mercenarios al servicio de Ciro y que comandara Jenofonte elegido como general para dirigir dichas tropas a la muerte de Ciro.

La retirada en medio de las vicisitudes, y añorando siempre la lejana patria, la narra, con sugestiva evocación, nuestro gran historiador. Así, “cuando la vanguardia de los diez mil hubo escalado el monte Teches, los primeros en llegar, descubriendo el mar a lo lejos, prorrumpieron en exclamaciones; Jenofonte, creyendo en un ataque, corrió velozmente con la caballería, mientras se renovaban los clamores. “Pronto se oyó gritar a los soldados: ¡El mar! ¡El mar!”. Se enardecían unos a otros. Entonces corrieron todos, retaguardia, acemileros, caballería; al llegar a la cima del monte, todos, generales, oficiales y soldados, se abrazaron llorando. Para estos griegos, perdidos en el continente asiático, ver el mar representaba volver a ver la patria”.<sup>(10)</sup>

Hemos visto hasta aquí la concepción de la historia como una narración de hechos según la exponen los clásicos: Herodoto, Tucídides y Jenofonte.

### 3. LA HISTORIA COMO UNA GUÍA PARA LA ACCIÓN

Pero la historia puede ser entendida, también, como una **“guía para la acción”** o como una **“lección para la vida”**. Así **POLIBIO**, nacido en Megalópolis en 198 a.C. y muerto en 123 a quien el profesor Gilbert Murray considera el más grande de todos los historiadores griegos posteriores”.<sup>(11)</sup>

(9).- PABLO DA SILVEIRA: “Historia de Filósofos”, p. 323; Fundación Banco de Boston, Buenos Aires, 1999.

(10).- JENOFONTE: “Anabasis”, IV citado por A. JARDE: “La formación del pueblo griego”, p. 9 editorial Cervantes, Barcelona MCMXXVI.

(11).- GILBERT MURRAY: “Historia de la literatura clásica griega”, p. 40, ed. Albatros, Buenos Aires 1999.



Polibio, dice C.M. Bowra, profesor en Oxford, “encontró su inspiración en el nacimiento y apogeo del Imperio Romano y escribió una historia que lo califica como el digno continuador de Tucídides. Polibio, pasó dieciséis años en Roma, en calidad de rehén, se hizo amigo íntimo de Escipión, el Africano y aprendió a apreciar con objetividad y hondura la obra política romana. Aunque no parece haber leído a Tucídides, puede considerársele como su sucesor en la evolución del género histórico. Su objeto fue mostrar el ensanche del poder romano desde la Segunda Guerra Púnica en el 220 a.C. hasta la conquista de Macedonia en el 168”.<sup>(12)</sup>

Apreciando a Polibio, dice el profesor Murray que “como historiador filósofo, investigador de las causas y principios, de las condiciones naturales y geográficas, de las costumbres y precios, y sobre todo de las constituciones políticas, no es igualado ni si quiera por Tucídides. Une el cuidado y la amplitud de miras de un escritor filosófico moderno con la experiencia práctica de un historiador antiguo. Sólo se conservan completos los cinco primeros libros de su historia; los trece restantes, en extracto”. En cuanto al estilo de Polibio, Dionisio lo clasifica entre aquellos escritores a los cuales no puede completar ningún ser humano”.<sup>(13)</sup>

Polibio sostiene que *“el conocimiento adquirido del estudio de la historia, es la mejor de todas las educaciones para la vida práctica, porque es la historia y solo la historia, sin envolvemos en un peligro real, madurará nuestro juicio y nos prepara para tener puntos de vista justos, cualquiera que sea la crisis o la situación de los asuntos”* (Cuarenta libros de la Historia”- Libro I, capítulo 35).

#### 4. LA HISTORIA COMO MEDIO PARA LLEGAR A LA VERDAD

**La Historia como medio para llegar a la verdad, que es el ojo de la historia:** El historiador debe renunciar a todo partidismo, a todo prejuicio personal y convirtiéndose en juez, proceder a dominar los hechos. Así, Polibio: *“En cuanto un hombre asume la actitud moral de un historiador, tiene que olvidar todas las consideraciones, tales como el amor de sus amigos o el odio a sus enemigos.... en ocasiones deberá elogiar a los enemigos y censurar a los amigos.* Porque, así como una criatura viva queda totalmente inútil si se le priva de los ojos, así, si a la historia se le quita la verdad, que le queda sino un cuento ocioso y sin provecho”. (Polibio. Ob. Cit. Capítulo 4).

<sup>(12)</sup>- C. M. BOWRA: “Historia de la literatura griega”, p. 185 in fine 186, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

<sup>(13)</sup>- GILBERT MURRAY: ob. Cit., p. 433.



## 5. EL JUEZ Y EL HISTORIADOR



**El juez y el historiador según PIERO CALAMANDREI:** Análogamente a esta función que le asigna Polibio a la Historia, Piero Calamandrei, uno de los más grandes profesores de la Escuela Clásica Italiana del Derecho Procesal (nacido en Florencia en 1889 y muerto, también en Florencia, en 1956) ha dicho:

“El juez, lo mismo que el historiador, está llamado a investigar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad de los mismos; del juez, como del historiador, se dice también que no debe llevar a cabo una labor de fantasía, sino una obra de elección y de construcción sobre “datos” preexistentes”.

“En la historia y en el proceso, se habla de pruebas, de documentos, de testimonios, de “fuentes”, y de su crítica. Los tratadistas del proceso emplean, para una cierta categoría de medios de prueba, la denominación de “pruebas históricas”; y, así como la reconstrucción del hecho, ofrecida en juicio por el abogado en interés

de su cliente, se puede asemejar a ciertas tendenciosas históricas de partido, que para servir a los fines prácticos, presentan una reconstrucción de la realidad mutilada y deformada de propósito; así también la reconstrucción fiel y completa que debe hacer el juez, se alaba, como en la del verdadero historiador, la imparcialidad y la llamada “objetividad”, y se consagra como sentencia perfecta, sin diferencia de lo que alguno ha podido pensar de la perfecta historia, la que consigue ser, sin más ni menos, que una copia exacta, podría decirse que un calco obtenido con precisión mecánica, de una realidad que se encuentra toda ella fuera del juzgador”.

completa que debe hacer el juez, se alaba, como en la del verdadero historiador, la imparcialidad y la llamada “objetividad”, y se consagra como sentencia perfecta, sin diferencia de lo que alguno ha podido pensar de la perfecta historia, la que consigue ser, sin más ni menos, que una copia exacta, podría decirse que un calco obtenido con precisión mecánica, de una realidad que se encuentra toda ella fuera del juzgador”.

“La aproximación entre el juez y el historiador se encuentra también con frecuencia en los escritores de historia y de filosofía. En toda investigación histórica, como en toda instructoria procesal, hay un problema a resolver (la llamada “Frage” de los historiadores), y, por consiguiente, un juicio a formular, que consiste, esquemáticamente en establecer la verdad de ciertos hechos de relieve y en dar a los mismos una cierta calificación, Podrán variar los criterios de esta calificación, que para el juez son siempre criterios estrictamente jurídicos, mientras para el historiador serán criterios de naturaleza de diversa; como juzgador o como historiador, de la verdad de ciertos hechos ocurridos en el pasado, los métodos de investigación del filólogo o del juez son en sustancia los mismos” (Piero Calamandrei: “El Juez y el Historiador”, en el volumen “Estudios sobre el Proceso Civil”, pág. 107-108, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1945. Léase, además, lo dicho por José Antonio Silva Vallejo: “La vida y el pensamiento de Piero Calamandrei. Recuerdo de un gran maestro a los 30 años de su muerte”, en el Vol. “La Ciencia del Derecho Procesal”, página 680, Lima, 1991.

## 6. VISIÓN TITO-LIVIANA DE LA HISTORIA

**TITO LIVIO** uno de los más grandes historiadores romanos, nació en Padua en el año 59 a. C. y murió en Roma en el año 17 d. C, la obra de Tito Livio se intitula *“Ab urbe condita”* (“Desde la fundación de la ciudad”) y, en esencia, *se caracteriza por la exaltación del patriotismo, la glorificación del nacionalismo y de los antepasados; con la idea virtual de la misión predestinada de Roma como centro unificador del mundo civilizado.*

En la historiografía española el maestro **JUAN IGLESIAS SANTOS** (nacido en Salamanca en 1917, muerto en Madrid en el 2003), profesor de Derecho Romano en Oviedo, Salamanca, Barcelona y Madrid ha suscitado en la reflexión historiológica el concepto de una visión tito-liviana de la historia:

“En la visión tito-liviana de la historia de Roma hay imprecisiones, ignorancias y errores; pero hay también puntos de verdad, encerrados en ese *quid divinum*, en esa singular “forma” que fluye del alma del escritor. En el verbo de Tito Livio vive el espíritu de la vieja casta romana. La Historia de Roma, de Tito Livio, hecho un aparte de los errores y falsedades, se halla identificada con el alma del autor, con la vieja patria, con el ayer, el hoy y el mañana de los tiempos en que fue escrita, con la verdad poética, bella interpretadora de la verdad real”.  
(<sup>14</sup>)

“Tito Livio, guiado por religiosos, morales y patrióticos afanes, nos ofrece una historia del desenvolvimiento del pueblo romano y nos explica las causas de la grandeza alcanzada en tal desenvolvimiento. El gran paduano, sobre las bases de las viejas tradiciones - donde la fábula y la historia se funden y confunden-, acomete la tarea de forjar tradiciones nuevas, o mejor, de dar forma y encauzar definitivamente a la tradición eterna de Roma, sin la cual la urbe no podría ya vivir una vida digna y elevada. El historiador hace tradición, es decir patria”.(<sup>15</sup>)

(<sup>14</sup>).- **JUAN IGLESIAS**: “Estudios. Historia de Roma – Derecho Romano” Universidad Complutense de Madrid, 1985, p. 23-24.

(<sup>15</sup>).- **JUAN IGLESIAS**: ob. cit., p. 33.



## 7. LA HISTORIA BIOGRÁFICA

**La historia biográfica:** Es un hacer la historia, a partir de una semblanza o de una colección de biografías. Así, por ejemplo, los grandes historiadores romanos: Tácito, Suetonio y Plutarco; entre los Grandes historiadores ingleses: Carlyle y, entre los grandes historiadores norteamericanos: Ralph Waldo Emerson.

**PUBLIO CORNELIO TÁCITO:** Gran abogado, tal vez uno de los más brillantes. A juicio de Shotwell, fue un crítico de la inmoralidad y de los tiranos, de cuya vida sabemos muy poco. Autor de “Historias”, en las que merecen destacarse su “Vida de Agrícola”, la “Germania” y los “Anales” que constituyen, más bien, una crónica cte su tiempo, en el estilo de Cieza y Garcilaso. Merece recordarse el final de la vida de Gnaeus Julius Agrícola, su suegro, a quien exalta y recuerda como un modelo de virtuosismo cívico y de patriotismo.

(Véase Shotwell, ob. cit.; pág. 332. confrontar y comparar con Raúl Porras Barrenechea: “Cronistas del Perú”, Lima 1962, especialmente las págs. 13-14-15 en las que se distingue la Historia de la Crónica; es fundamental leer, asimismo, la obra ya clásica, de Raúl Porras: “Fuentes Históricas Peruanas”, capítulo VI que trata sobre “Los Cronistas”, pág. 147, Lima 1955).

**SUETONIO (75-126 D.C.).-** Abogado e historiador romano, quien, en su “De vita Caesarum”, (Vida de los Césares”), formuló una colección de biografías en ocho libros escritos por un gran abogado y estudioso de la vida del imperio romano, desde Julio César hasta Nerón.

**PLUTARCO (46-127 D.C.).-** Nacido en Queronea; ha reflejado la historia general de Grecia y Roma, a través del contraste biográfico de grandes personajes que iluminan la historia. Su obra inmortal. “Vidas paralelas”, es un arco voltaico entre dos polos que discurren a través de Licurgo, Solón, Temístocles, Arístides, Cimón, Pericles, Nicias, Alcibíades, Lisandro, Agesilao, Demóstenes, etc.

**TOMAS CARLYLE.-** Historiador Inglés, (1795-1881). Escribió en “Los héroes y el culto de los Héroes”, semblanzas geniales de Shakespeare, Lutero, Cromwell y Knox; sosteniendo que *la historia consiste en la biografía de los grandes hombres: “Los hombres de acción forman la médula de la historia, la historia es el campo de acción de las grandes personalidades”*.

**RALPH WALDO EMERSON (1803 - 1882).-** Fue un gran historiador norteamericano, cuyas brillantes biografías las inmortalizó en su famosa obra “Hombres Simbólicos”; escrita en 1850, en donde sostiene que, “el genio allí donde aparece, concentra las energías dispersas de su medio, desencadena las tendencias difusas y las pone de manifiesto. Es como un fermento o un catalizador que pone en marcha los acontecimientos... Cada ser tiene su ley propia, un modo de existir en cuya fidelidad radica la verdadera plenitud. La cuestión radica en el descubrimiento de esta ley fundamental que nos permitirá realizarnos plenamente. La historia, es así, la obra individual de hombres representativos”.



José Antonio Silva Vallejo, profesor de San Marcos, ha desenvuelto a la luz de estas premisas sus estudios de historiografía. Así: *“Los grandes maestros de la “Science du droit civil”, “La escuela de la Rechtswissenschaft y sus grandes maestros”, “La vida y el pensamiento de Francesco Carnelutti”, “La Vida y el pensamiento de Piero Calamandrei”, “Enrico Redenti”, “La escuela clásica italiana del Proceso”, “La escuela procesalista alemana”, “La escuela comercialista italiana”, “El Derecho Procesal en la Edad Media”, “Los grandes maestros sanmarquinos”, “La vida y el pensamiento de Mario Alzamora Valdéz”, “Teoría General de los Títulos-Valores”, “La Ciencia del Derecho Procesal”, “El pensamiento de León Barandiarán y la Rechtswissenschaft”, etc.*



CAPÍTULO II

HISTORIOLOGÍA, HISTORIOGRAFÍA  
E HISTORICISMO

EZECHIEL





## CAPÍTULO II

# HISTORIOLOGÍA, HISTORIOGRAFÍA E HISTORICISMO

### 1. LA HISTORIOLOGÍA O FILOSOFÍA DE LA HISTORIA SURGE MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN TEOLÓGICA DE LA HISTORIA

Frente a esta historia biográfica, surge la interpretación teológica de la historia, cuyo preludio está en el mito: “los dioses, el hado, el destino, o la fortuna son los constructores de la historia”. Así, Homero, desde el inicio de “La Iliada”, atribuye a los dioses la cólera del Pélida Aquileo. Tito Livio, aceptaba de lleno esta filosofía mística: “cada desastre tenía su portento, cada triunfo su presagio”, (Shotwell, pág. 33). Cicerón, en su “De Natura Deorum”, atribuye a “la naturaleza de los dioses”, el origen de la filosofía y de la historia, cuya primera clave está en la mano de los dioses; cuya voluntad y designio, es necesario interpretar, como lo han hecho los profetas, los visionarios, los soteriólogos y la escatología que empieza con los Profetas del Antiguo Testamento; prosigue con el Apocalipsis y culmina con “La Ciudad de Dios” de San Agustín de Hipona.

Esta interpretación teológica culmina con el *Discours sur l’histoire Universelle*, de Jacques Bénigne Bossuet (1627-1704), traducida al castellano por la editorial Cervantes, Barcelona, 1940.

### 2. LA HISTORIOLOGÍA ESCATOLÓGICA

**Escatológico:** Referente a las postrimerías de ultratumba.

La Escatología que empieza con los profetas del Antiguo Testamento, especialmente con Ezequiel (en la época de la deportación de los judíos a Babilonia, en 590 a.C), tuvo una serie de visiones apocalípticas como su elegía sobre Gog y Magog (Véase en el Antiguo Testamento, Ezequiel, capítulos 38 y 39); y sus vaticinios conminatorios contra las naciones (Ezequiel, capítulos 25 a 32); Daniel, fue otro gran profeta del cautiverio en Babilonia; amigo de Nabucodonosor, por revelar el sentido de un sueño misterioso (2, 19 y siguientes), así como por interpretar el criptograma en el Festín de Baltasar (5) sus visiones sobre Alejandro Magno (11, 3, 4) y las futuras campañas en el mundo antiguo hasta llegar al fin de los tiempos (11, 40) en el que sobrevendrá un tiempo de angustia, tal como no lo hubo jamás (12). La visión apocalíptica de Daniel conteniendo el capítulo duodécimo de su libro profético continúa en el vers. 12 y siguientes del Capítulo 24 de San Mateo. Cuestión sinóptica es la concordancia con los evangelios de San Marcos, Capítulo 13, v. 19 y Lucas, Capítulo 21, y. 20-24. ¿Qué es una cuestión sinóptica? ¿Qué quiere decir sinóptico? ¿Cuáles son los evangelios sinópticos?.

La versión johánica de esta cuestión está en el Libro de la Revelación (en griego Apocalipsis) que Nácar-Colunga llama “El Evangelio de la Resurrección”, (Pág. 1253 de la Biblia de

Nácar-Colunga), en la que representa escalofriantemente el fin de la época contemporánea, para dar inicio al reino de Dios.

La historiología escatológica se aplica a las relaciones entre la historia y la eternidad o, simplemente se interesa por lo que le vendrá al hombre en el fin de la historia. La historiología escatológica está representada por Nicolás Berdiaeff (Kiev, 6-III-1874-Paris, 23-III-1948): “Una nueva Edad Media”, Madrid, 1931, “El sentido de la historia”. Madrid 1923. Martín Buber (Viena, 8 de febrero de 1968, Jerusalén, 13 de junio de 1965): ¿Qué es el hombre?, México 1950; Jean Danielou (teólogo y filósofo Francés): 1905-1974 “Ensayo sobre el Misterio de la Historia” París, 1953-1963.

**HANS URS VON BALTHASAR:** Jesuita (1905-1988), autor de “Apocalipsis del Alma Alemana” 1937-1939. (Teología de la Historia, Madrid 1959; “Escatología”, 1957: “La escatología es el rincón de donde salen las tormentas”, el fin de la historia ha sido el motor, el estímulo o el pretexto de la indagación sobre el devenir humano...)

**KARL RAHNER:** (Nació en Freiburg im Brisgau el 5 de marzo de 1904, muerto en 1984), fue un eminente teólogo alemán, inspirado en la filosofía de Heidegger, de quien fue su discípulo en la Universidad de Freiburg. Su pensamiento filosófico y teológico puede ser caracterizado atendiendo a una expresión que el propio Rahner empleó en su “Antropología Teológica”, Freiburg, 1957, “Sentido Teológico de la Muerte” en sus “Questiones Disputadas”, “Curso fundamental de Fe. Introducción al concepto de Cristianismo”.



**HENRY DE LUBAC:** (1896-1991): Profesor de Historia de las Religiones, en la Facultad de Lyon, asesor del Concilio Vaticano II, autor de: “El drama del humanismo ateo”, 1944, “Historia y Espíritu”, 1950; “La Posteridad Espiritual de Joaquín de Fiore”, 2 vols. 1979-1981; “Pico de la Mirándola”, 1974; “Agustinismo y Teología Moderna”, etc.



**ROMANO GUARDINI:** (Nacido en Verona el 17 de febrero de 1885, muerto en Munich el 1 de octubre de 1968). Profesor ordinario de Filosofía de la Religión y Visión Cristiana del Mundo en la Universidad de Berlín y desde 1948 en la de Munich. En su obra “El fin de los tiempos modernos”, Editorial Sur, Buenos Aires 1958, dice:

“Si comprendemos correctamente los textos escatológicos de las sagradas escrituras, la confianza y la valentía habrán de constituir el carácter propio del fin de los tiempos. Lo que llamamos cultura cristiana y seguridad dada por la tradición perderán fuerza. Ese será uno de los peligros de escándalo, al que según está dicho, “Si fuera posible también los elegidos sucumbirían” (Mateo, XIV, 24). La soledad en la fe será terrible. El amor desaparecerá en la actitud general del mundo (Mateo XIV, 12). Ya no se le comprenderá, ni podrá existir y se hará tanto más precioso cuanto se diera de un solitario a otro; valentía del corazón que emana directamente del amor de Dios, tal como éste se manifestó en Cristo. Acaso se tenga una experiencia completamente nueva de este amor, soberano en su carácter espontáneo, independiente del fondo, misterioso en su supremo por qué. Tal vez el amor adquiere una profundidad íntima que aún no existe. Algo de lo que expresan las palabras hombre que hace de la voluntad de Dios y el Reino de Dios en su primer cuidado, las cosas se transforman (Mateo, VI, 33).

Este carácter escatológico se manifestará según creo en la futura actitud religiosa. Ello no significa anunciar un Apocalipsis barato. Nadie tiene derecho a afirmar que el fin se acerca cuando el propio Cristo declaró que sólo el Padre sabe las cosas del fin (Mateo XXIV, 36). De manera que si se habla aquí de una aproximación del fin, éste se entiende no como temporal, sino como esencial: que nuestra existencia se aproxima a lo absoluto y a sus consecuencias, a las supremas posibilidades, así como a los peligros más extremos”.

**JORGE GARCÍA VENTURINI:** “Ante el Fin de la Historia” (Buenos Aires. 5ta Ed.), “Filosofía de la Historia”, Ed. Gredos, Madrid, 1972: “Procuramos hacer filosofía, eludiendo todo recurso a la Teología”; sólo hemos hablado de ésta para mejor ilustrar la tarea de aquella. Pero no podemos dejar de señalar aquí la conciencia de la posibilidad que nos ha dejado un análisis rigurosamente filosófico en lo que enuncian las profecías reveladas, esto es, el fin catastrófico de la humanidad.

**PIERRE TEILHARD DE CHARDIN:** Ilustre pensador francés, nacido en Auvernia el 1 de mayo de 1881, muerto en New York el 10 de abril de 1955. Su pensamiento está planteado en libros notables como “El medio divino”, 1926; “El fenómeno humano”, 1938; “El grupo zoológico humano”, 1949; “La aparición del hombre”, 1956; “La visión del pasado”, 1957; “El porvenir del hombre”, 1959; “La energía humana”, 1962; “La activación de la energía”, 1963; “Ciencia y cristología”, 1965; “Himno del universo”, 1961; y una numerosa correspondencia con una serie de intelectuales.

El pensamiento de **PIERRE TEILHARD DE CHARDIN** nos da una visión total del cosmos, de la historia y del cristianismo acuñando una serie de expresiones tales como las de “biosfera”, “hominización”. “noosfera”, “esfera del espíritu”, “unidad biológica y crística”,



constituidas por personas movidas por el altruismo más generoso y por la gracia sobrenatural propia del cristianismo. El amor perfecto logrado de este modo hace que todo impulso y toda energía converjan hacia la realización de un punto Omega (p.288), término al que tendía desde el principio la evolución de la materia primigenia.

La historiología teilhardiana, partiendo de “De la ciencia a la fe”, como se intituló uno de sus más hermosos libros, traducción castellana, Bilbao, 1967 y como lo desarrolla en sus otros libros ya citados, parte del principio de la creación y de la práctica del amor cristiano, como la única fuente de salvación en el futuro próximo y en el remoto que es también el medio divino indispensable para alcanzar la perfección moral a la que todos, personal, sociológica y jurídicamente aspiramos.

### 3. LA MODERNA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA O HISTORIOLOGÍA

Es planteada en el siglo XVIII por **GIANBATTISTA VICO**, profesor en la Universidad de Nápoles, nacido en 1668, muerto en 1774; quien en 1725 publicó sus “Principi di scienza nuova intorno alla comune natura delle nazioni”, conocida simplemente como “la scienza nuova”, (“La nueva ciencia”), que constituyó el comienzo de la historiología moderna o el “Novum Organum”, del pensamiento histórico (Véase, Alfredo Stern: “La Filosofía de la Historia y el problema de los valores; pág. 62 y siguientes - Editorial Universitaria de Buenos Aires, Eudeba, 1963). **Según Vico, el hombre hace la historia mediante sus virtudes - curso o flujo de la historia - y de sus pasiones - reflujo o involución de la historia, Así se teje el “corsi e ricorsi” de la historia. Esta es la tesis fundamental de Vico.**

Con **VOLTAIRE (1694-1778)** se acuña el término “Filosofía de la Historia” en su obra, así titulada y publicada en 1765, expresión volteriana que conquistó un status permanente. Antes de este célebre panfleto, síntesis de sus puntos de vista, escribió su famoso “Ensayo sobre las costumbres y el espíritu de las naciones, desde Carlomagno hasta Luis XII” (París, 1769).

Este pensamiento de Voltaire está influenciado por la filosofía de la Ilustración o de la **Aufklärung** o del Iluminismo o de las Luces, que constituyó toda una revolución contra la hegemonía de la Iglesia y una exaltación del racionalismo cartesiano, entre los que destacaron Hume (nacido en Edimburgo el 26 de Abril de 1711, murió allí mismo el 25 de agosto de 1776) en su “Tratado de la Naturaleza Humana” y Eduardo Gibbon en su “History of the decline and fall of the roman empire”.

**EDUARDO GIBBON: (1737-1794)** había escrito una obra fundamental: “*History of the decline and fall of the roman empire*” : “*Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*”, traducción castellana, en 8 volúmenes, imprenta de Antonio Bergmes y Cia, 1842. **Según la tesis de Gibbon el colapso de Roma se debió a dos grandes causas: el triunfo de la barbarie y de la religión: la invasiones de los bárbaros y el advenimiento del cristianismo desencadenaron el colapso. El tema había ya seducido, desde siempre, a los grandes intelectos.**



La vida de San Agustín de Hipona nos revela el contraste entre los dos extremos; una juventud caótica y desenfrenada y, luego, leyendo el “HORTENSIO” de Cicerón, una autocrítica y llamada a la reflexión en la que su madre, Santa Mónica y San Ambrosio, Obispo de Milán, lo separan de los maniqueos y al leer las epístolas de San Pablo se convierte al Cristianismo y empieza a escribir su ingente doctrina en la que destacan sus dos obras fundamentales.



Así, San Agustín, en su obra clásica “*La ciudad de Dios*”, expuso la decadencia del mundo antiguo a la luz del contraste dialéctico entre Roma, la ciudad de los hombres, de cuyo colapso fué testigo, haciendo evidente el caos, la ruina, el pecado, la inmoralidad y el delito, frente a su contraste: La ciudad de Dios, con la que exalta mediante una obra de fe, que es clave de la historiología agustiniana y toda una categoría historiológica, las virtudes y los valores del espíritu que constituyen el eje del pensamiento religioso, así como la filosofía neoplatónica y patristica y el Derecho Natural o lus-Naturalismo Cristiano.

“Las Confesiones” escrita en los años 397-398

“La ciudad de Dios”, terminada en el año 426.

“La ciudad de Dios” constituye toda una filosofía de la historia, una historiología en la que se contraponen Roma, la ciudad corrupta e inmoral con sus leyes humanas y su justicia imperfecta frente a “La Ciudad de Dios” y la grandeza divina con sus leyes divinas en las que se consagra la justicia natural.

Del contraste entre las dos dimensiones surgen los dos grandes perfiles del Derecho Natural.

“*La ciudad de Dios*” constituye no solo una obra de historiología por su profunda reflexión dialéctica entre la ciudad de los hombres versus la ciudad de Dios, sino que es, también, una obra de inmenso alcance e influencia en el pensamiento cristiano que ha inspirado a toda la posteridad, marcando el ritmo del pensamiento político y jurídico hasta nuestros días.

Podemos hablar, pues, de un “agustinismo” historiológico, político y jurídico que caracteriza a todo el pensamiento de Occidente; pero, lo clásico es hablar de un “agustinismo” filosófico y teológico que se inspira no solo en “La ciudad de Dios” sino en su gran obra de autobiografía intitulada “Las Confesiones”, preciosa obra de psicología y filosofía de la vida que marca el punto de partida de un “existencialismo” cristiano. Pero, además, es preciso desarrollar los grandes temas teológicos tratados por el santo inmortal en sus “Homilías”, en su “De magistro”, “Contra Academicos”, “De beata vita”, “Enarrationes”, “Retractationes”, etc., obras reproducidas en la “Patrología Latina” de Migne, que es toda una obra clásica y en la “Introducción general a las obras de San Agustín” publicada por la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMXLVII. Sobre la vida del gran nómada hay miles de libros que aquí no terminaría de citar, a cual más hermosos; pero, entre estos, dos, entre los muchos: Giovanni Papini:



“San Agustín”, editora latino Americana, S. A., México 1967; J. Oroz Reta-J.A. Galindo Rodrigo: “El pensamiento de San Agustín para el hombre de hoy”, tomo I, “La filosofía agustiniana”, editorial Edicep, Valencia (España), 1998; tomo II, “Teología dogmática”, editorial Edicep, Valencia (España), 2005, etc.

Por otra parte, la vida y el pensamiento de San Agustín de Hipona tienen como fuentes de estudio principales la propia autobiografía del Santo escrita en sus “Confesiones”, de la cual hay múltiples ediciones en castellano, y la “Vita Augustini”, “La Vida de Agustín” escrita por Posidio de Calama quien fué el primer biógrafo del Santo y quien, por haber sido discípulo, admirador y evocador del inmortal maestro, escribió su biografía poco después de la muerte de San Agustín, cuando las invasiones sembraban el pánico entre todos, incluso entre los sacerdotes y, ante esta trágica situación, Posidio escribió la “Vita Augustini” para hacer escuchar la voz póstuma del Santo.

**La Ciudad de Dios** es una profunda reflexión de historiología, es decir, una meditación filosófica que trata sobre los grandes colapsos de la historia, en la que también interviene, decisivamente, una perspectiva teológica; y así, pues, tenemos, tanto una reflexión sobre el espíritu allende el tiempo, cuanto una teología de la historia; de manera, pues, que “La Ciudad de Dios” bien puede ser considerada como una filosofía cristiana de la historia o una teología de la historia y, también, una hermenéutica de la historia en tanto se interpreta, a la luz de la Cristología, a la ciudad de los hombres y a la Ciudad de Dios, a las leyes divinas y a las leyes humanas, una teología de la historia como fluye de lo tratado en el Libro XXII en el que se habla de “el cielo, fin de la Ciudad de Dios”, de la “Promesa de una felicidad eterna para los Santos y de un suplicio eterno para los impíos”, en suma, toda una teología de la historia; pero, también, una profunda metafísica de la historia porque, uno de los temas más apasionantes que ha inmortalizado la Metafísica de San Agustín es su reflexión sobre el tiempo y sobre el final de la historia como victoria de Cristo, en tanto que Cristo es el Señor de la historia y el verdadero Mediador de la historia, tal como lo ha desenvuelto hermosamente el Papa Juan Pablo II al iniciar su hermosa Encíclica “Redemptor Hominis”, que empieza así “El Redentor del hombre, Jesucristo, es el centro del cosmos y de la historia”, que tiene una neta inspiración agustiniana, según resulta de lo escrito en el Libro XX, capítulo VII a IX y, especialmente, Libro XX, capítulo XXX, párrafo 5, de “La Ciudad de Dios”.

La problemática del tiempo que constituye una de las más hermosas reflexiones de la filosofía perennis está planteada y explicada maravillosamente en el libro undécimo, capítulos XI, XIV y XV de “Las Confesiones”. Dice al respecto San Agustín en el capítulo XIV:

**“¿Qué es, pues, el tiempo? ¿Quién podrá explicar esto fácil y brevemente? ¿Quién podrá comprenderlo con el pensamiento, para hablar luego de él? Y, sin embargo, ¿qué cosa más familiar y conocida mentamos en nuestras conversaciones que el tiempo?... ¿Qué es, pues, el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; pero si quiero explicárselo al que me lo pregunta, no lo sé. Lo que sí digo sin vacilación es que sé que si nada pasase no habría tiempo pasado; y si nada sucediese, no habría tiempo futuro; y si nada existiese, no habría tiempo presente. Pero aquellos dos tiempos, pretérito y futuro, ¿cómo pueden ser, si el pretérito ya no es y el futuro todavía no es? Y en cuanto al presente, si fuese siempre presente y no pasase a ser pretérito, ya no sería tiempo, sino eternidad”.**

Después de pasar revista en los capítulos XV, XVI, XVII, XX y siguientes del Libro undécimo a la problemática del tiempo pasado, presente y futuro, exclama San Agustín con honda congoja, en el capítulo XXII: *“Enardecido se ha mi alma en deseos de conocer este enredadísimo enigma. No quieras ocultar, Señor Dios mío, a mi deseo estas cosas, antes bien penetre en ellas y aparezcan claras, Señor, por tu misericordia. ¿A quien he de preguntar sobre ellas?. ¿Y a quien podré confesar con más fruto mi impericia que a ti...?”*.

La pregunta y la reflexión sobre la temporalidad en la Metafísica de San Agustín debe concordarse con las reflexiones de Heidegger y de Lorenzo Carnelli sobre el tiempo y el Derecho, que hemos abordado en otro libro mío, en mi *“Filosofía del Derecho”*, 2ª edición, Lima, 2012.

El tema, vasto, imponente, ha seducido desde siempre a las mentes preclaras. El profesor **FERDINAND LOT** de la Universidad de París, ha dicho por esto que *“la caída del mundo antiguo es el más interesante y el más importante problema de la Historia Universal. Es el mayor problema de la Historia”*.<sup>(13)</sup>

La decadencia del imperio romano y la tragedia de su lucha contra el implacable destino es uno de los espectáculos más apasionantes que pueda ofrecerse a las miradas del jurista, del historiador y del filósofo.

Así, **LUDO MORITZ HARTMANN**, en su interesantísimo libro *“La decadencia del mundo antiguo”*, traducción de Margarita Nelken, editorial Revista de Occidente, Madrid, 1925; así, otro extraordinario libro que yo admiro, el del profesor **FERDINAND LOT**: *“El fin del mundo antiguo y los comienzos de la Edad Media”*, Uteha, México 1956. Esta fundamental obra de Lot incide en la *“esclerosis”* del Imperio agonizante cuyo mal tenía, primeramente, un origen político: la insuficiencia de la organización del poder imperial. *La carga era muy pesada, incluso para las inteligencias lúcidas y las voluntades de hierro*. La esclerosis de este imperio cuya vida se acababa, se manifiesta también por el establecimiento de un régimen de castas voraces que explotaron el imperio hasta el agotamiento, mientras que Roma, la ciudad tentacular era, realmente, un pulpo que consumía mucho más de lo que producía. No tenía verdadera actividad industrial, por lo tanto, nada de clase productora, frente a la miseria ociosa, una riqueza insolente y estéril.

Aun sin los bárbaros, el imperio estaba herido profundamente en su vitalidad. Pero, además, estaban los bárbaros y su acción fue decisiva. Ellos provocaron el desastre. *Esta tromba étnica”, estos “imperios nómadas”, destructores de imperios agrícolas, constituyen un fenómeno que no siempre ha sido bien estudiado ni planteado. “La caída del Mundo Antiguo es tal vez el más interesante y el más importante problema de la historia universal. Es el mayor problema de la historia”*.<sup>(14)</sup>

<sup>(13)</sup>.-**FERDINAND LOT**: *“El fin del mundo antiguo y los comienzos de la Edad Media”*, p. 101, Uteha, México, 1956. El profesor **FERDINAND LOT** nació el 20 de septiembre de 1864 en Le Plessis-Robinson y murió el 20 de Julio de 1931 en Fontenay-aux-Roses.

<sup>(14)</sup>.-**FERDINAND LOT**: ob. cit., 101.





**CAPÍTULO III**

**EL CONCEPTO DE HISTORIOLOGÍA**





## CAPÍTULO III

# EL CONCEPTO DE HISTORIOLOGÍA

Ha sido **JOSÉ ORTEGA Y GASETT**, nacido en Madrid el 9 de mayo de 1883 y muerto en Madrid el 18 de octubre de 1955, el más grande filósofo español de todos los tiempos y gran ensayista, quien fue el primero en acuñar esta expresión en su ensayo “La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología” publicado en el tomo IV de sus “Obras Completas” y en el volumen suelto “Kant, Hegel, Dilthey”, colección El Arquero, editorial Revista de Occidente, Madrid, 1958.

El ensayo aludido se escribió para servir de prólogo a un libro fundamental de Hegel “Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal” (“Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte”), traducción castellana por José Gaos, editorial Revista de Occidente, primera edición española, Madrid, 1928, primera edición argentina, Buenos Aires, 1946, que es la que tenemos a la vista.

Prologando esta obra dijo Ortega:

“Estas ilustres “Lecciones de Filosofía de la Historia” inauguran la publicación de una “Biblioteca de Historiología”. No creo que esta última palabra haya sido usada hasta ahora, al menos con una intención de rigurosa terminología. Convenía, pues. Aclarar su sentido y, a la vez, explicar por qué escogernos una obra de Hegel como mascarón de proa.

A este fin había yo compuesto un prólogo que, según el proyecto primitivo, debía ir aquí. Pero la extensión que fue preciso darle ha recomendado la decisión de no lastrar más estos compactos tomos e imprimirlo como volumen aparte”.

En su ensayo “*La filosofía de la historia de Hegel y la Historiología*”, dice Ortega: “Esta palabra -historiología- se usa aquí, según creo, por vez primera. Convendría, pues, conjuntamente aclarar, cuál sea su significado y por qué al frente de lo que ella enuncia colocamos a Hegel con aire de capitán”.<sup>(1)</sup>

Añade Ortega que “esta biblioteca de Historiología ha sido inspirada por la insatisfacción sentida al leer los libros de historia, ante todo los libros de filosofía de la historia. Conforme volvemos sus páginas siempre abundantes, nos gana irremediabilmente, contra nuestra favorable voluntad, la impresión de que la historia tiene que ser cosa muy diferente de lo que ha sido y es”.<sup>(2)</sup>

Contra nuestra opinión, sostiene Ortega, a continuación, un argumento iconoclasta y paradójico:

*“En la historia no hay clásicos. Los que podrían optar al título, como Tucídides, no son clásicos formalmente, en cuanto historiadores, sino bajo otras razones. Y es que la historia, parece no haber adquirido aún figura completa de ciencia”.<sup>(3)</sup>*

(1).- Cfr. ORTEGA Y GASETT: “La filosofía de la historia de Hegel y la historiología”, en “Obras Completas” tomo IV, Biblioteca Revista de Occidente, Madrid, 1951. Véase, también, en volumen suelto: “Kant, Hegel, Dilthey”, colección El Arquero, Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 61.

(2).- ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 63.

(3).- ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 64.

“Indeliberadamente actúa en los estudiosos un terrible argumento ad-hominem que no debe silenciarse: la falta de confianza en la inteligencia del gremio historiador”.<sup>(4)</sup>

“Se sospecha del tipo de hombre que fabrica esos eruditos productos: se cree que tienen almas retrasadas, almas de cronistas, que son burócratas adscritos a experimentar el pasado. En suma, mandarines”.<sup>(5)</sup>

“Yo creo, firmemente, que los historiadores no tienen perdón de Dios”.<sup>(6)</sup>

“Verdad es que las cimas de la historiografía no gozan de gran altitud. Puede hacerse una experiencia. Los alemanes nos presentan una y otra vez como prototipo de historiador, como gran historiador, a Leopoldo von Ranke”.

“Contra este estado de cosas en el reino de la historia se levanta la historiología. Toda ciencia de realidad -y la historia es una de ellas- se compone de estos cuatro elementos:

- a) Un núcleo a priori, la analítica del género de realidad que se intente investigar -la materia en física, lo “histórico” en historia
- b) Un sistema de hipótesis que enlaza ese núcleo a priori con los hechos observables.
- c) Una zona de “inducciones” dirigidas por esas hipótesis.
- d) Una vasta periferia rigurosamente empírica -descripción de los puros hechos o datos”.<sup>(7)</sup>

“La historia no es manipulación, sino descubrimiento de realidades: ἀληθεια (aletheia). Por eso tiene que partir de la realidad misma y mantenerse en contacto ininterrumpido con ella, en actos de comprensión y no simplemente en operaciones mecánicas que sustituyen a aquélla. No puede, en consecuencia, substantivar sus “métodos” que son, siempre, en uno u otro sentido, manipulaciones”.<sup>(8)</sup>

(4). ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 65.

(5). ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 65.

(6). ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 66.

(7). ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 75.

(8). ORTEGA: “Kant, Hegel, Dilthey”, p. 79.



CAPÍTULO IV

LA HISTORIOLOGÍA DE HEGEL





## CAPÍTULO IV

# LA HISTORIOLOGÍA DE HEGEL

Hasta aquí la introducción orteguiana a la Historiología de Hegel.

Como es sabido, Hegel (1770 - 1831), fue un brillante profesor de Filosofía en Jena, Nüremberg, Heidelberg y Berlín, y es, después de Fichte y de Schelling, el tercero de los grandes filósofos del idealismo alemán, pero, es el que mayor influencia ha ejercido en la filosofía, en la sociología, en el derecho y en la historia contemporánea, a tal punto que su escuela y su doctrina impacta explosivamente entre los conservadores y entre los revolucionarios. Es bien sabido que el fascismo y el nazismo se inspiraron en los hegelianos del ala derecha, mientras que el comunismo es la criatura de los jóvenes de izquierda. Se ha dicho, por ello, que “las dos facciones hegelianas opuestas se encontraron finalmente en el abrazo mortal de la batalla de Stalingrado”<sup>(1)</sup>

*En esencia, para Hegel la Historiología, es una historia reflexiva y se contrae a una reflexión sobre el espíritu allende el tiempo.*

Textualmente dice Hegel:

*“En primer término hemos de observar que nuestro objeto, la historia Universal se desenvuelve en el terreno del espíritu”.<sup>(2)</sup>*

*“El terreno del espíritu lo abarca todo; encierra todo cuanto interesa al hombre”.<sup>(3)</sup>*

*“El fin de la historia universal es, por lo tanto, que el espíritu llegue verdaderamente a lo que haga este saber”.<sup>(4)</sup>*

*“La historia universal es la exposición del proceso divino, absoluto del espíritu en sus formas supremas; la exposición de la serie de fases a través de las cuales el espíritu alcanza su verdad, la conciencia de sí mismo. Las formas de estas fases son los espíritus de los pueblos históricos, las determinaciones de su vida moral, de su constitución, de su arte, de su religión y de su ciencia. Realizar estas fases es la infinita aspiración del espíritu universal, su irresistible impulso”.<sup>(5)</sup>*

*“La razón rige el mundo”.<sup>(6)</sup>*

(1) - ALFRED STERN: “La filosofía de la historia y el problema de los valores”, p. 14, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

(2) - JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL: “Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal” (Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte); p. 38. Traducción castellana por José Gaos, editorial Revista de Occidente, 1ª ed. española, Madrid, 1928, 1ª ed. argentina, Buenos Aires, 1946.

(3) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 58.

(4) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 58.

(5) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 59.

(6) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 69.

“Los grandes hombres de la historia son aquellos en cuyos fines particulares se encierra la voluntad sustancial del espíritu del mundo (Weltgeist). Se les debe llamar héroes, porque sus fines y su vocación no emanaron únicamente del curso de los acontecimientos, sino de una fuente cuyo contenido permanecía oculto”.(7)

“Los héroes parecen fundarse únicamente sobre sí mismos. Son aquellos cuyas acciones producen una situación y unas condiciones mundiales que, al parecer, son sólo su propio negocio y su propia obra”.(8)

“Los hombres cosmohistóricos, los héroes de una época, deben ser reconocidos como sabios. Sus actos, sus palabras, son lo mejor de su época. Los grandes hombres buscaron su propia satisfacción; no la de los demás”.(9)

“De ellos aprendieron los otros la verdad y la encontraron bella”.(10)

“Esta es la razón de que los hombres sigan a estos conductores de almas, porque experimentan el poder irresistible de su propio espíritu interior que les sale al encuentro”(11)

“Si yendo más lejos consideramos el destino de estos individuos históricos, son aquellos cuya vocación consistía en ser los administradores del espíritu del mundo. No conocieron el gozo apacible. Toda su vida no fue otra cosa que trabajo y dolor. Su pasión absorbió todo su ser... Mueren en temprana edad, como Alejandro. Son asesinados, como César; desterrados a Santa Elena, como Napoleón. Constituye un espantoso consuelo comprobar que los hombres históricos no conocieron la felicidad, de que sólo la vida privada es capaz en ciertas condiciones muy diversas. Aquellos que tengan necesidad de semejante consuelo pueden encontrarlo en la historia”.(12)

“Son grandes porque quisieron y llevaron a cabo algo verdaderamente grande”.(13)

Textualmente, dice Hegel:

“Hay tres maneras de considerar la historia. Existe la historia inmediata, la historia reflexiva y la historia filosófica. Por lo que se refiere a la primera, empezaré por citar los nombres de Herodoto, Tucídides y demás historiadores semejantes, para dar así una imagen precisa de la clase de historia a la que aludo. Estos historiadores vivieron en el espíritu de los acontecimientos por ellos descritos; pertenecieron a dicho espíritu. Trasladaron al terreno de la representación espiritual lo sucedido, los hechos, los acontecimientos y estados que habían tenido ante los ojos. Estos historiadores hacen que lo pasado, lo que vive en el recuerdo, adquiera duración inmortal; enlazan y unen lo que transcurre raudo y lo depositan en el templo de Mnemosyne, para la inmortalidad”.(14)

(7)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(8)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(9)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(10)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(11)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(12)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(13)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 70.

(14)- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 151.

“Podemos llamar al segundo género de historia, historia reflexiva. Su carácter consiste en trascender al presente. Su exposición no está planeada con referencia al tiempo particular, sino al espíritu, allende el tiempo particular. En este segundo sentido, cabe distinguir diferentes especies. Inténtase hacer sinopsis que comprendan la historia toda de un pueblo o de un país o del mundo; en suma, eso que llamamos historia general.”.(15)

“Esta primera especie de la historia reflexiva se conecta íntimamente con la anterior, cuando no se propone otro fin que exponer al conjunto total de la historia de un país. Estas compilaciones (entre ellas citaremos las historias de Tito Livio, de Diodoro de Sicilia. La Historia de Suiza de Juan von Müller) si están bien hechas, son muy útiles o meritorias. Sin duda, las mejores son aquellas en que los historiadores se acercan lo más posible al primer género, y escriben tan intuitivamente, que el lector puede tener la representación de que está oyendo a un contemporáneo o a un testigo presencial referir los acontecimientos”.(16)

“Suele aconsejarse a los gobernantes, a los políticos, a los pueblos que vayan a la escuela de la experiencia en la historia. Pero lo que la experiencia y la historia enseñan es que jamás pueblo ni gobierno alguno han aprendido de la historia ni han actuado según doctrinas sacadas de la historia”.(17)

“Lo plástico de la historia, es cosa bien distinta de las reflexiones extraídas de la historia. No hay un caso que sea completamente igual a otro. Nunca la igualdad entre dos casos es tanta, que lo que resultó lo mejor en el uno, haya de serlo también en el otro. Todo pueblo tiene su propia situación. Y para conocer los conceptos de lo recto, lo justo, etc., no hace falta consultar la historia. Nada más necio, en este sentido, que la tan repetida apelación a los ejemplos de Grecia y de Roma, como solía hacerse en Francia durante la época revolucionaria. La naturaleza de aquellos pueblos y la de nuestros pueblos son totalmente distintas”.(18)

---

(15) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 154.

(16) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 155.

(17) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 157.

(18) - J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 157.



*“El tercer modo de la historia reflexiva es el crítico. Debemos citarlo, porque constituye la manera cómo en Alemania, en nuestro tiempo, es tratada la historia. No es la historia misma la que se ofrece aquí, sino la historia de la historia, un juicio acerca de las narraciones históricas y una investigación de su verdad y del crédito que merecen. La historia romana de Niebuhr está escrita de esta manera”.*<sup>(19)</sup>

*“Los franceses han hecho en esto muchas obras muy fundamentadas y ponderadas. Pero no han pretendido dar a este método crítico la validez de un método histórico, sino que han compuesto sus juicios en forma de tratados críticos”.*

*“La última esfera de la historia reflexiva es la historia especial, la de un punto de vista general, que se destaca en la vida de un pueblo, en el nexo total de la universalidad. Preséntase, pues, como algo parcial, particular. Sin duda lleva a cabo abstracciones, pero, puesto que adopta puntos de vista universales, constituye, al mismo tiempo, el tránsito a la historia universal filosófica. Nuestra representación, al formarse la imagen de un pueblo, implica más puntos de vista que la de los antiguos, contiene más determinaciones espirituales, necesitadas de estudio. La historia del arte, de la religión, de la ciencia, de la Constitución, del derecho de propiedad, de la navegación, son otros tantos puntos de vista universales. La cultura de nuestro tiempo es causa de que esa manera de tratar la historia sea hoy más atendida y desarrollada. Particularmente la historia del Derecho y de la Constitución se ha destacado en nuestros tiempos. La historia de la Constitución está en relación más íntima con la historia total; sólo tiene sentido en conexión con una sinopsis general sobre el conjunto del Estado. Puede ser excelente si es trabajada a fondo y de un modo interesante, como sucede en la Historia del Derecho romano, de Hugo. La historia del Derecho alemán, de Eichhorn, es ya más rica de contenido. Estas ramas de la historia están en relación con la historia total de un pueblo”.*<sup>(20)</sup>

*“La historia universal filosófica entronca con esta última especie de historia, por cuanto su punto de vista es universal, no particular, no destacado en sentido abstracto, prescindiendo de los demás puntos de vista. Lo universal de la contemplación filosófica es, justamente, el alma que dirige los acontecimientos mismos, el Mercurio de las acciones, individuos y acontecimientos, el guía de los pueblos y del mundo. Aquí vamos a conocer su curso. El punto de vista universal de la historia universal filosófica no es de una universalidad abstracta, sino concreta y absolutamente presente. Es el espíritu, eternamente en sí, y para quien no existe ningún pasado”.*<sup>(21)</sup>

---

<sup>(19)</sup>.- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 158.

<sup>(20)</sup>.- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 158-159.

<sup>(21)</sup>.- J. G. F. HEGEL: ob. cit., p. 160.

A sepia-toned portrait of Karl Marx, showing him from the chest up. He has a full, white beard and mustache, and is wearing a dark suit jacket over a white shirt and a dark cravat. He is looking slightly to the right of the camera with a serious expression. The background is a plain, light color.

## CAPÍTULO V

# EL MATERIALISMO HISTÓRICO





## CAPÍTULO V

# EL MATERIALISMO HISTÓRICO

**CARLOS MARX (1818-1883).**- Invirtió el racionalismo dialéctico de Hegel a una interpretación materialista de la historia, planteada en sus obras “El Materialismo Histórico” (1864) y “La Ideología Alemana”, escrita ésta última en 1846 con Federico Engels.

### EL PENSAMIENTO DE MARX

El marxismo es una doctrina con gran fuerza de penetración. Pronto arrinconó a casi todas las formas de socialismo anteriores. El socialismo actual, o pretende ser marxismo puro, o está influido por él. Durante muchos años, los comunistas consideraron a Marx como un caudillo y un profeta social hasta que los evidentes errores en que había incurrido el marxismo al confundir el capitalismo salvaje y explotador del siglo XIX con el capitalismo liberal del siglo XX determinaron la aniquilación de la U.R.S.S. y el colapso de la ideología marxista.

Se comprende el interés que reviste el estudio de este hombre simbólico y de su doctrina. Estudió Filosofía y Derecho en las universidades de Bonn y Berlín hasta doctorarse. Se casó con Jenny von Westphalen, perteneciente a una familia de la nobleza, y quiso dedicarse a la enseñanza universitaria pero, a consecuencia de sus ideas revolucionarias (en el orden político, no todavía en el social), se le negó una cátedra en Bonn, a la que aspiraba.

Trasladóse, entonces, a Colonia y allí se dedicó por un tiempo al periodismo: dirigió la *Rheinische Zeitung (Revista del Rin)*, de tendencia democrática radical. Suprimida la revista por el Gobierno, Marx se fue a París, en donde el contacto con los socialistas franceses y, sobre todo, con Proudhon, lo convirtió al socialismo. Allí conoció a Friedrich Engels, rico industrial alemán, que durante el resto de su vida le ayudó en sus estudios y actividades y le protegió financieramente.

En 1845 a petición del Gobierno de Prusia, Marx fue expulsado a Francia, trasladándose a Bruselas. La revolución de 1848 le permitió regresar a París, y después a Alemania, y publicó en Colonia la *Neue Rheinische Zeitung (Nueva Revista del Rin)*. Reprimida finalmente la Revolución en 1849, fue expulsado de Alemania y más tarde de Francia, trasladándose en 1850 a Londres, en donde pasó el resto de su vida consagrado al estudio y a la redacción de sus obras. Jugó un primer papel en la creación y dirección de la Asociación Obrera Internacional, llamada comúnmente la Primera Internacional Socialita, que pretendía agrupar a todos los obreros socialistas del mundo, y que duró de 1863 a 1872. Marx murió en Londres en 1883.

Su obra fundamental es “*Das capital*”, en tres tomos, de los cuales solo el primero fue publicado en vida del autor, en 1867. Los otros dos fueron terminados sobre sus manuscritos, por Engels, y publicados en 1885 y 1894. Antes, en 1847, había publicado “*La misere de la Philosophie*”, réplica al libro de Proudhon “*Systemes des contradictions economiques ou Philosophie de la misere*”. En los últimos meses de 1847, cuando se fraguaba la revolución que había de estallar al año siguiente, redactó y publicó en colaboración con Engels el Manifiesto Comunista.



En 1859 publicó “*Zur Kritik der politischen Oekonomie (Contribución a una crítica de la Economía Política)*”. Sus principales manuscritos, de carácter filosófico, de los años 1840 a 1846, anteriores por lo tanto a sus escritos propiamente económicos, fueron publicados en 1932 con un prólogo de Landshut con el título “*Der historische Materialismus*”. También dejó inacabada una obra que fue terminada y publicada por Kautsky: “*Theorien über den Mehrwert*” (Teorías sobre la plusvalía, 1905-1910).

## SUS DOCTRINAS MÁS IMPORTANTES

Según Marx, los factores económicos son los únicos que determinan el desarrollo de la historia; los hombres se mueven exclusivamente por razones materiales o económicas; la religión, la moral, el derecho, el patriotismo, son simples palabras con las que se encubren y disimulan sus intereses económicos.

**En realidad, todas las guerras y todas las revoluciones han tenido causas puramente económicas, aunque se hayan esgrimido argumentos patrióticos o políticos.** Esta concepción es lo que se llama el Materialismo Histórico.

Por consiguiente, en una sociedad cuyos miembros tengan intereses no coincidentes, se producirá un conflicto entre los mismos: En todas las sociedades históricamente conocidas se da esta circunstancia y, por tal razón, en todas ellas ha existido este conflicto; los miembros de una clase social han procurado mejorar su condición a expensas de las otras. Esto es lo que se llama *lucha de clases*, y en el mundo no ha habido, en realidad, luchas de otra especie: los choques entre naciones o entre partidos políticos no han sido más que apariencias de choques de intereses. En nuestro tiempo, la lucha de clases se va haciendo cada vez más clara y aparente: los capitalistas combaten por conservar su posición privilegiada, los proletarios para arrebatársela. En esta lucha Marx no invoca a la justicia, ni afirma que la situación que ocupan los capitalistas sea injusta y que las reclamaciones de los proletarios sean justas. La idea de justicia es una simple invención de la burguesía para hacer más respetables sus ventajas; lo justo y lo injusto son conceptos sin ninguna validez objetiva. Si queremos, podemos decir que el capitalista tiene derecho a defender su riqueza, y el proletario lo tiene a conquistarla: hay una moral y una justicia burguesa, y una moral y una justicia proletarias; pero la realidad es que las palabras justo e injusto carecen de sentido.

Además, Marx era determinista, negaba el libre albedrío: los fenómenos históricos obedecen a principios tan rigurosos como los físicos. La voluntad humana no puede modificar las leyes económicas, ni alterar el curso de la historia. La lucha de clases es un proceso fatal e inevitable.

Marx aceptaba los conceptos económicos fundamentales de la Escuela Clásica, sobre todo los de Ricardo, y deducía de ellos consecuencias revolucionarias.

Cuando Marx se llama a sí mismo socialista “científico”, y a los socialistas anteriores “utópicos”, quería decir que él aplicaba al socialismo los conceptos científico-económicos de su tiempo, los de la Escuela Clásica, que los socialistas anteriores desconocían. Sus doctrinas económicas se inspiraban, pues, en las doctrinas de la economía clásica de Adam Smith y de David Ricardo, totalmente anacrónicas y superadas por la ciencia económica de los siglos XX y XXI.

Así, creía, con Ricardo, que el valor de las cosas venía determinado por la cantidad de trabajo necesario para producirlas. Con arreglo a este valor, se cambian en el mercado. Creía,

asimismo, con Ricardo, que el salario consiste en lo que el obrero necesita para vivir y criar a sus hijos. Es decir, lo que Marx llama “la fuerza de trabajo” no significa una excepción entre las demás mercancías: “la fuerza de trabajo” que el obrero vende al empresario tiene un valor determinado. Es la cantidad de trabajo necesaria para producir los alimentos, los vestidos, la vivienda, etc. Lo que el obrero necesita para vivir y continuar su especie es igual al valor de una máquina, de una cantidad de materias primas o de los combustibles. Ello viene determinado por la cantidad de trabajo necesario para producirlos. El empresario pagará estos valores y nada más.

Supongamos que el valor de “la fuerza de trabajo” de un obrero es el valor necesario para que pueda vivir y mantener a su familia y ello equivale a cinco horas de trabajo. Este será el salario que le deberá pagar el empresario. Pero al pagarle, el empresario adquiere todo lo que el obrero produce con su trabajo; si el obrero trabaja diez horas, el empresario adquiere un valor equivalente a diez horas de trabajo. Paga el “valor de la fuerza” (cinco horas) y adquiere el “valor del trabajo” (diez).

Es decir, el empresario, por el hecho de serlo, se encuentra en una situación envidiable, única. Todas las mercancías, excepto la fuerza de trabajo, se compran y venden por su valor (la cantidad de trabajo que cuesta producirlas) y no pueden producir otro valor superior. Pero la fuerza de su trabajo se compra por su valor y produce un valor superior, que es el de la fuerza de su trabajo. Marx la llama “plus-valía”. En el ejemplo anterior (que pone el mismo Marx), la plusvalía equivale a cinco horas de trabajo. Según este autor, el empresario “explota” al obrero, pues no le paga el valor de su trabajo sino solo el valor “de su fuerza de trabajo”. Pero esta “explotación” no es una “injusticia”, ni se motiva por los malos sentimientos de los empresarios, ni es el producto de esfuerzo y maquinaciones por su parte: es una fase necesaria del proceso económico capitalista. No puede suprimirse la “explotación” más que cambiando el sistema económico.

En este sistema existe una tendencia a la concentración de la producción en fábricas y empresas cada vez mayores (Ley de Concentración del Capital): Las economías de la producción en gran escala hacen que, mediante la competencia, las empresas mayores eliminen constantemente a las menores. Los artesanos fueron sustituidos por fábricas relativamente pequeñas; y estas, a su vez, lo van siendo por otras de dimensiones cada vez más vastas.

Paralelamente a este proceso de concentración capitalista, se desarrolla otro de proletarización creciente: los empresarios de las fábricas pequeñas que van siendo eliminadas se convierten en proletarios que pasan a trabajar en las fábricas mayores que las sustituyen. De esta manera los empresarios o capitalistas son cada vez menos numerosos e individualmente más ricos; los proletarios son cada vez más numerosos y más pobres, pues los salarios de los que trabajan equivalen (siempre según la teoría de los salarios de Ricardo-Marx) a lo estrictamente necesario para vivir y el número de los parados forzosos es cada vez mayor.

Sin embargo, la Historia nos ha demostrado la total falsedad de este argumento en el que reposa la ideología marxista. Lo cierto es el argumento a contrario o inverso.



Una de las características del Capitalismo explotador y salvaje es la presencia constante de un número elevado de obreros sin trabajo, a los que Marx llama *ejército industrial de reserva*. Para los economistas clásicos, el paro forzoso constituía una situación excepcional; lo normal era que todos los obreros que querían trabajar podían hacerlo. Para Marx, el paro es una característica normal del Capitalismo. Es lo que permite mantener los salarios al nivel de lo estrictamente necesario para la vida de los obreros. En el momento en que algunos de estos exigen salarios superiores, hay siempre parados dispuestos a ocupar su sitio con tal de ganar lo necesario para vivir, es decir, dispuestos a vender su "fuerza de trabajo", por su estricto valor.

Según Marx, este ejército industrial de reserva se va nutriendo con los pequeños empresarios eliminados por la ley de concentración capitalista, con los obreros desplazados por máquinas que ahorran mano de obra, con el aumento de población, etc. Su presencia es constante en el régimen capitalista y es necesaria para su buen funcionamiento.

En la ideología marxista, este régimen fenecerá con la revolución que traerá el triunfo del Socialismo.

Este sustituirá al capitalismo, de igual manera que el Capitalismo sustituyó al artesanado medieval. Se trata de un proceso natural, predeterminado, como el crecimiento de un árbol o la maduración de un fruto. El artesanado (trabajo individual independiente) desembocó fatalmente en el Capitalismo (trabajo colectivo dependiente), y este, a su vez, desembocará en el Socialismo completo o Comunismo (trabajo colectivo independiente).

El Capitalismo prepara el advenimiento del Socialismo. Por un lado, la concentración del capital, al hacer cada vez menor el número de empresarios y mayor el de proletarios, hará que los interesados en el mantenimiento del actual régimen económico sean cada vez menos, y los que desean su desaparición, cada vez más. Empero, este argumento constituyó una falacia más de la ideología marxista. Lo cierto es el argumento contrario: la historia de la sociedad y de la economía contemporánea nos demuestra la progresiva desaparición de las economías subdesarrolladas a impulsos de una multiplicación del pequeño empresario y de la ampliación de los mercados de consumo. Solamente en los regímenes totalitarios existe un inmovilismo del mercado. Solo en las dictaduras se da una parálisis de la economía. El ejemplo más elocuente fue el de la hecatombe de la U.R.S.S.. También la dictadura cubana, bajo Fidel Castro, ha permanecido cincuenta años en una parálisis total. La economía boliviana acusa una crisis total bajo un régimen que ya se tambalea y evidencia la hecatombe. La dictadura en Venezuela solo está esperando que la Historia determine el colapso final de su agresividad política habida cuenta de que su economía ya está en crisis. Por otra parte, en la ideología marxista se enseñaba que la producción en gran escala, la gran industria mecanizada, despersonalizada, sería la vanguardia del Socialismo, y que el tránsito a este no sería suave y gradual, sino brusco y violento. Esto es cierto y la Historia nos confirma que Stalin tuvo que valerse del terror para imponer la ideología marxista, asesinando a cientos de miles de trabajadores que no estaban de acuerdo con su satánica violencia, y a los intelectuales que se rebelaban contra su ideología los condenó a la Siberia, a los "Gulags". Pol-Pot es otro macabro ejemplo histórico de los extremos a que nos conduce esta falaz ideología, que solo puede triunfar a través de la ignorancia de la Historia y de los prejuicios acumulados en las mentes febriles. Los factores aludidos prepararían lentamente un advenimiento, pero cuando esta preparación esté terminada, llegaría un momento en que los proletarios se apoderarían violentamente del poder político y del poder económico y establecerían un gobierno totalmente socialista.

Este declarará todos los bienes de producción como propiedad del Estado, organizará la actividad económica en forma centralizada y distribuirá los bienes de consumo con igualdad. De esta manera será eliminada toda distinción entre las clases sociales, desaparecerá la lucha de clases y entrará en una época definitiva de abundancia material y de felicidad creciente.

## CRÍTICA DEL MARXISMO

La ideología marxista que ha sido objeto de la exposición precedente entró en colapso cuando se desencadenó el derrumbe social, político y económico de la URSS. La verdad es que, como dice **FUKUYAMA**: “el fracaso del totalitarismo” como sistema ocurrió mucho antes de la década de los ochenta. La verdad es que el principio del fin del totalitarismo soviético puede encontrarse años atrás, en el período que siguió a la muerte de Stalin en 1953, cuando el régimen puso fin al empleo indiscriminado del terror. Después del llamado “informe secreto” de Kruschchev en 1956 y de la clausura de los *gulags* de Stalin, el régimen ya no podía contar con la coacción pura y simple para aplicar sus decisiones y tuvo que recurrir de modo creciente a los halagos y al cohecho para conseguir que la gente aceptara sus decisiones. La supresión del terror puro era inevitable porque nadie podía sentirse seguro, ni tan solo los jefes de la policía stalinista Yezhov y Beria, ambos ejecutados, ni siquiera su ministro de Relaciones Exteriores, Molotov, cuya esposa acabó en el *gulag*, ni su sucesor Kruschchev, quien describió vívidamente cómo una mirada de Stalin podía hacer que un miembro del *Politburó* temiera por su vida... Ni Stalin mismo, constantemente temeroso de conjuras. El desmantelamiento de un sistema de terror tan mortal para quienes lo practicaban fue casi obligatorio. Luego, “las declaraciones de Gorbachov pidiendo el *glasnost* y la *perestroika* desencadenaron el final”. “El pueblo soviético, humillado por sus gobernantes y despreciado no solo por el resto de Europa, sino también por sus propios intelectuales, como pasivo cómplice del autoritarismo... ejecutó la decisión que todos esperaban. Después de 1989, el pueblo ruso comenzó a reconstruir por sí mismo una nueva democracia con nuevos sindicatos, nuevos periódicos y diarios, nuevos partidos políticos y nuevos líderes. La madurez política del pueblo ruso se hizo evidente en su elección de un Boris Yeltsin como el primer presidente ruso elegido por el pueblo, en vez de un demagogo semifascista como Milosevic en Serbia o un demócrata tibio como Gorbachov”.

(<sup>1</sup>)

La verdad es que el Marxismo ha sido combatido y cuestionado desde muchísimos frentes, tanto en sus temas centrales cuanto en su metodología y estrategia política. Por ejemplo, el profesor Toynbee ya había planteado la crítica del Materialismo Histórico sosteniendo que “Contra el determinismo económico que postula la teoría de que la Historia se desenvuelve mecánica y fatalmente a impulsos de ciertas fuerzas motrices” que son la “lucha de clases” y la pugna de intereses económicos, Toynbee considera que esta concepción simplista de la Historia olvida la infinita gama de posibilidades que hay en el espíritu humano, que se caracteriza por su “libertad creadora” y su “impronosticable espontaneidad”.

(<sup>1</sup>).- FRANCIS FUKUYAMA: El fin de la Historia y el último hombre, p. 53-54 y *passim*, editorial MundiMedia, Panamá 2006.



El marxismo también ha sido duramente cuestionado por la doctrina social de la Iglesia, la que desde la encíclica “*Rerum Novarum*”, promulgada el 15 de mayo de 1891 por el Papa León XIII, había cuestionado la estrategia de la lucha de clases. En la encíclica “*Divini Redemptoris*”, promulgada en 1937 por el Papa Pío XI, se afirma que “el Comunismo ateo es intrínsecamente malo al concebir la vida y la Historia de modo exclusivamente materialista. Es ilícita e inmoral cualquier clase de participación en él y por ello condena al sistema, a los autores y a los defensores del Comunismo ateo. Pero fue, sobre todo, en las encíclicas “*Laborem Exercens*” de 1981, “*Sollicitudo Rei Socialis*” de 1987 y la “*Centesimus Annus*” de 1991, promulgadas por el Papa Juan Pablo II, en donde la crítica al Comunismo ateo, a la lucha de clases y a la dictadura de la violencia donde quedaron lapidadas las doctrinas fundamentales del Marxismo-Leninismo. El mismo Papa Juan Pablo II sufrió un atentado por un fanático quien, obedeciendo la orden del Partido Comunista, trató de asesinarlo disparándole dos balazos el 13 de mayo de 1981 en plena plaza de San Pedro. Sin embargo, el Papa lo perdonó bajo la inspiración del Espíritu Santo y de San Pablo, quien ha dicho en la Epístola a los Romanos 12, 21: “No te dejes vencer por el mal, antes bien vence al mal con el bien.” Aludiendo a esto dijo el Santo Padre lo siguiente: “En el transcurso de los años me he ido convenciendo de que las ideologías del mal están profundamente enraizadas en la historia del pensamiento filosófico-europeo” ... “Llegados a este punto, conviene detenerse un poco en la tradición de la filosofía polaca, particularmente en lo que sucedió tras la llegada al poder del partido Comunista.

”En las universidades se puso todo tipo de obstáculos a cualquier forma de pensamiento filosófico que no respondiera al modelo marxista. Y se hizo de un modo simple y radical, actuando contra los que seguían otras corrientes de pensamiento filosófico. Es muy significativo que entre los destituidos de sus cátedras estuvieran sobre todo los representantes de la Filosofía realista, incluidos los seguidores de la Fenomenología realista, como Roman Ingarden e Izydora Dąmbska, esta última de la Escuela de Lvov-Varsovia. La operación era más difícil con los representantes del Tomismo, porque enseñaban en la Universidad Católica de Dublín, en las facultades de Teología de Varsovia y Cracovia, así como en los seminarios mayores. No obstante, en un segundo momento, el sistema tampoco fue condescendiente con ellos, aunque fuera con otros medios.

”Se recelaba también de otros prestigiosos profesores universitarios que mantenían posturas críticas respecto del Materialismo dialéctico. Recuerdo en particular a Tadeusz Czeżowski. Naturalmente, no se podían quitar del Ordo académico cursos como los dedicados a la Lógica y la Metodología de las ciencias; pero se podía obstaculizar de muchas formas a los profesores ‘disidentes’, limitando con cualquier medio su influjo en la formación de los estudiantes. Lo ocurrido en Polonia tras la subida de los marxistas tuvo consecuencias similares a las provocadas anteriormente en Europa occidental por los procesos desarrollados a partir de la Ilustración” ... “Después de la caída de los sistemas construidos sobre las ideologías del mal, cesaron de hecho en esos países las formas de exterminio citadas. No obstante, se mantiene aún la destrucción legal de vidas humanas concebidas, antes de su nacimiento. Y en este caso se trata de un exterminio decidido incluso por parlamentos elegidos democráticamente, en los cuales se invoca el progreso civil de la sociedad y de la humanidad entera. Tampoco faltan otras formas graves de infringir la ley de Dios. Pienso, por ejemplo, en las fuertes presiones del parlamento Europeo para que se reconozcan las uniones homosexuales como si fueran otra familia, que tendría también derecho a la adopción. Se puede, más aún, se debe, plantear la cuestión sobre la presencia en este caso de otra ideología del mal, tal vez más insidiosa y celada, que intenta instrumentalizar incluso los derechos del hombre contra el hombre y contra la familia. ¿Por qué ocurre todo esto? ¿Cuál es la raíz de estas ideologías postilustradas? La

respuesta, en realidad, es sencilla: simplemente porque se rechazó a Dios como Creador y, por ende, como fundamento para determinar lo que es bueno y lo que es malo”.<sup>(2)</sup>

Cuando el mundo llegó a tener conciencia de los horrores y de los crímenes patrocinados por la ideología comunista llegó al repudio de esta ideología, que ya estaba en colapso por las evidencias provenientes de todos los sectores. El Glasnost y la Perestroika entonaron el “Requiem” de esta funesta ideología.

Como una ideología del mal que solo predica el odio, la lucha de clases, la violencia y la confrontación entre hermanos, ha escrito SERGIO TAPIA en el diario “La Razón” de Lima, el jueves 28 de Junio del 2012, un artículo que se titula “El amor al odio”: “El comunismo es causa ideológica de confrontación. Instala la guerra donde debe haber paz. Es enemigo del desarrollo económico y social porque suscita el odio entre unos y otros. El pensamiento y la metodología provienen principalmente de Marx, Lenin, Mao y Gramsci. No se requiere iniciación filosófica para ser marxista. Basta verlos quiénes son : Desde terroristas asesinos, pasando por líderes provincianos fanáticos contra el desarrollo y a favor del narcotráfico, hasta terminar en los cuadros del cabildeo de las ONG derechohumanistas. El Papa Pío XI afirmó en la Encíclica “Divini Redemptoris” de 1937 que “el comunismo es “intrínsecamente perverso”. Así, pues, solo los fanáticos o los que tienen ceguera moral o daltonismo ético pueden seguir a esta ideología del mal.

Ha sido el filósofo japonés FRANCIS FUKUYAMA (nacido el 27 de octubre de 1952) quien, en dos libros brillantes que deben ser leídos, nos ha recordado esta evidencia: El fin de la Historia y el último hombre (la interpretación más audaz y brillante de la historia presente y futura de la humanidad, 2006) y El fin del hombre (consecuencias de la revolución biotecnológica, 2002). El análisis contemporáneo que hace Fukuyama de este tema esencial constituye una fascinante contribución a la Filosofía de la Historia y una reflexión que incita a pensar en los conflictos más profundos de la sociedad humana y su estilo.

---

(2).- JUAN PABLO II: Memoria e identidad, p. 19 y ss., 22 y ss., 24 y 25, editorial Planeta Colombiana S.A., Bogotá, 2005.



El profesor **MARIO BUNGE**, nacido en Buenos Aires en 1919, Doctor en Ciencias Físico-Matemáticas, Filosofía y Epistemología, Doctor *Honoris Causa* en 15 universidades y profesor en las universidades de Buenos Aires, La Plata y en la Autónoma de México, en un estudio intitulado “¿Por qué fracasó la reforma de Gorbachov?” publicado en el Dominical del diario El Comercio (Lima, 3 de octubre de 1993, p. 12), escribió: “Como es bien sabido, Mijail



Gorbachov y su equipo intentaron salvar la URSS introduciendo un paquete de reformas entre 1985 y 1991. Estos esfuerzos, cuya novedad provocó la admiración de algunos y el estupor de otros, resultaron inútiles. Al cabo de seis años, un régimen que parecía indestructible se desmoronó como un castillo de naipes. ¿Por qué? Y ¿por qué casi nadie predijo el fracaso de las reformas de Gorbachov? Las reformas que Gorbachov y su equipo introdujeron en 1985 llegaron demasiado tarde, cuando el régimen ya estaba moribundo y cuando la Unión Soviética comenzaba a desintegrarse desgarrada por conflictos interétnicos. El nuevo gobierno introdujo la *glasnost* o transparencia, pero careció de una visión precisa para poner en práctica la *perestroika* o reconstrucción.

El profesor **MARIO BUNGE**, nacido en Buenos Aires en 1919, Doctor en Ciencias Físico-Matemáticas, Filosofía y Epistemología, Doctor *Honoris Causa* en 15 universidades y profesor en las universidades de Buenos Aires, La Plata y en la Autónoma de México, en un estudio intitulado “¿Por qué fracasó la reforma de Gorbachov?” publicado en el Dominical del diario El Comercio (Lima, 3 de octubre de 1993, p. 12), escribió: “Como es bien sabido, Mijail

Gorbachov y su equipo intentaron salvar la URSS introduciendo un paquete de reformas entre 1985 y 1991. Estos esfuerzos, cuya novedad provocó la admiración de algunos y el estupor de otros, resultaron inútiles. Al cabo de seis años, un régimen que parecía indestructible se desmoronó como un castillo de naipes. ¿Por qué? Y ¿por qué casi nadie predijo el fracaso de las reformas de Gorbachov? Las reformas que Gorbachov y su equipo introdujeron en 1985 llegaron demasiado tarde, cuando el régimen ya estaba moribundo y cuando la Unión Soviética comenzaba a desintegrarse desgarrada por conflictos interétnicos. El nuevo gobierno introdujo la *glasnost* o transparencia, pero careció de una visión precisa para poner en práctica la *perestroika* o reconstrucción.

”No hubo un plan racional y realista para guiar a la sociedad hacia un nuevo orden social libre de las lacras, tanto del Socialismo de Estado, como del Capitalismo salvaje. Hubiera sido un milagro que la visión y el plan se concibieran sin ayuda de una nueva teoría socio-económico-política, sin estadísticas confiables y, por lo tanto, sin mucho optimismo fundado. Las reformas propuestas por el equipo de Gorbachov cayeron en medio del desánimo y en una sociedad sin tradiciones democráticas (la democracia, a diferencia de la libertad, no se logra en un día). Además, no fueron suficientemente radicales y no se las llevó a cabo de manera coherente y sostenida. En particular, las reformas propuestas tuvieron los siguientes defectos: 1.- No fueron precedidas por críticas y discusiones francas, detalladas y a fondo de los defectos

del régimen que se deseaba reformar. 2.- No incluían la renuncia explícita a la ideología Marxista-Leninista, que era anticuada, dogmática y autoritaria, ni su reemplazo por una ideología democrática fundada sobre la ciencia y la técnica. 3.- Fueron anunciadas y ejecutadas desde arriba. 4.- No incluían la creación de parlamentos y ayuntamientos plenamente democráticos. 5.- No incluían ideas claras acerca del mercado ni, por consiguiente, incentivos a la producción para el mercado. 6.- Descorazonaban la propiedad cooperativa de los medios de producción. 7.- No formaban parte de un proyecto nacional amplio y a largo plazo, que incluyese la democratización radical de toda la sociedad, la creación de una economía de mercado controlada pero no dirigida ni maniatada, y la liberación y modernización de la cultura.

“Como consecuencia de la primera falla, se pasaron por alto muchas lacras del régimen, invisibles a los miembros de la clase privilegiada, pero que el pueblo común sufría en silencio”.

El profesor **MARIO BUNGE**, nacido en Buenos Aires en 1919, Doctor en Ciencias Físico-Matemáticas, Filosofía y Epistemología, Doctor Honoris Causa en 15 universidades y profesor en las universidades de Buenos Aires, La Plata y en la Autónoma de México, en un estudio intitulado “¿Por qué fracasó la reforma de Gorbachov?” publicado en el Dominical del diario El Comercio (Lima, 3 de octubre de 1993, p. 12), escribió: “Como es bien sabido, Mijail Gorbachov y su equipo intentaron salvar la URSS introduciendo un paquete de reformas entre 1985 y 1991. Estos esfuerzos, cuya novedad provocó la admiración de algunos y el estupor de otros, resultaron inútiles. Al cabo de seis años, un régimen que parecía indestructible se desmoronó como un castillo de naipes. ¿Por qué? Y ¿por qué casi nadie predijo el fracaso de las reformas de Gorbachov? Las reformas que Gorbachov y su equipo introdujeron en 1985 llegaron demasiado tarde, cuando el régimen ya estaba moribundo y cuando la Unión Soviética comenzaba a desintegrarse desgarrada por conflictos interétnicos. El nuevo gobierno introdujo la glasnost o transparencia, pero careció de una visión precisa para poner en práctica la perestroika o reconstrucción.

“No hubo un plan racional y realista para guiar a la sociedad hacia un nuevo orden social libre de las lacras, tanto del Socialismo de Estado, como del Capitalismo salvaje. Hubiera sido un milagro que la visión y el plan se concibieran sin ayuda de una nueva teoría socio-económico-política, sin estadísticas confiables y, por lo tanto, sin mucho optimismo fundado. Las reformas propuestas por el equipo de Gorbachov cayeron en medio del desánimo y en una sociedad sin tradiciones democráticas (la democracia, a diferencia de la libertad, no se logra en un día). Además, no fueron suficientemente radicales y no se las llevó a cabo de manera coherente y sostenida. En particular, las reformas propuestas tuvieron los siguientes defectos: 1.- No fueron precedidas por críticas y discusiones francas, detalladas y a fondo de los defectos del régimen que se deseaba reformar. 2.- No incluían la renuncia explícita a la ideología Marxista-Leninista, que era anticuada, dogmática y autoritaria, ni su reemplazo por una ideología democrática fundada sobre la ciencia y la técnica. 3.- Fueron anunciadas y ejecutadas desde arriba. 4.- No incluían la creación de parlamentos y ayuntamientos plenamente democráticos. 5.- No incluían ideas claras acerca del mercado ni, por consiguiente, incentivos a la producción para el mercado. 6.- Descorazonaban la propiedad cooperativa de los medios de producción. 7.- No formaban parte de un proyecto nacional amplio y a largo plazo, que incluyese la democratización radical de toda la sociedad, la creación de una economía de mercado controlada pero no dirigida ni maniatada, y la liberación y modernización de la cultura.

“Como consecuencia de la primera falla, se pasaron por alto muchas lacras del régimen, invisibles a los miembros de la clase privilegiada, pero que el pueblo común sufría en silencio”.



“Como consecuencias de la segunda falla (mantenimiento del Marxismo-Leninismo), se careció de una herramienta teórica capaz de ayudar a rediseñar la sociedad, ni se produjo un proceso de autocrítica, reeducación y reforma en la base del Partido Comunista”.

“Como consecuencia de la tercera falla (elitismo), no hubo un movimiento de masas capaz de garantizar la puesta en práctica de las reformas ni un movimiento de opinión capaz de evaluarlas y modificarlas a medida que ello fuese necesario”.

“Como consecuencia de la cuarta falla (ausencia de auténticos soviets o consejos populares), no hubo deliberación ni decisión democráticas: los mismos líderes siguieron gobernando por decreto, el nuevo parlamento se limitó a ratificar lo que provenía de la cúpula y no se formaron nuevos partidos políticos multitudinarios”.

“Como consecuencia de la quinta falla (ignorancia del mecanismo del mercado), no se remedió la escasez de bienes de consumo ni se supo qué hacer con la economía, salvo pedir consejo a presuntos expertos extranjeros que no se hubieran atrevido a proponer las mismas medidas drásticas en sus propios países”.

“Como consecuencia de la sexta falla (rechazo del cooperativismo), se perdió una oportunidad única en la historia: la de construir un movimiento cooperativo en gran escala, aprovechando la falta de capitales nacionales y de inversiones extranjeras a corto plazo”.

“Como consecuencia de la séptima falla (ausencia de un proyecto nacional sistémico), no se logró encender el entusiasmo popular. Para peor, esta falta de plan amplio y coherente hizo que la *glasnost* y la *perestroika* tuviesen efectos perversos.

“En efecto, el partido y el Gobierno central perdieron credibilidad y autoridad como resultado de la súbita emergencia de la libertad de opinión y de asociación en una sociedad sin tradición democrática y que súbitamente quedó desprovista de brújula ideológica. El Gobierno y el Partido fueron incapaces de mantener la disciplina en los lugares de trabajo y en los cuarteles, así como de contener los conflictos interétnicos o siquiera de mantener la seguridad en las calles. Cundieron la desobediencia y la desmoralización, así como el pánico y el delito. Ni siquiera se levantaron las cosechas. El Gobierno central fue percibido como incapaz de asegurar los auténticos logros del orden social anterior, en particular la seguridad del trabajo, la jubilación, los servicios sociales e incluso la seguridad en las calles. Se produjo un vacío de poder.

“El equipo de Gorbachov carecía de un proyecto claro de nueva sociedad y de un plan preciso para llegar a ella. Para peor, cambiaba de rumbo cada tantos meses. Estaba desorientado y no inspiraba confianza en un pueblo acostumbrado a que se le dijera qué debía pensar y hacer. Al manipular sin ton ni son un sistema inestable, sin proponérselo, el equipo de Gorbachov convirtió una enfermedad crónica en colapso. El propio Gorbachov resultó ser un segundo Kerensky.

“El desmoronamiento del orden pseudosocialista y de la multinación fue asombrosamente rápido. No ocurrió por falta de recursos naturales o de poder militar. Tampoco ocurrió (como tendría que suponer un marxista) por la incompatibilidad entre las fuerzas productivas y la superestructura política. Ocurrió por la falta de un plan de transición inspirado en ideas nuevas y adecuadas capaces de movilizar al pueblo. Este pagó caro por la ausencia de

tradición democrática, la fosilización y oficialización de la ideología Marxista-Leninista y el atraso de los estudios sociales”.

**MARIO VARGAS LLOSA** (1936), en un notable prólogo a un best seller de obligada lectura, *El regreso del idiota*, por Plinio Apuleyo Mendoza, Carlos Alberto Montaner y Álvaro Vargas Llosa (2007), ha dicho que “las mejores páginas de *El regreso del idiota* están dedicadas a deslindar las fronteras entre lo que los autores del libro llaman la ‘izquierda vegetariana’ y la ‘izquierda carnívora’.



“Los pueblos ex soviéticos se han quedado sin Socialismo de Estado ni Capitalismo. Para peor, están divididos y confusos, sin brújula ni esperanza, y sin normas morales o legales. Están a merced de aventureros, empresarios inexperimentados, mafiosos, predicadores del capitalismo de la era victoriana y consejeros del Fondo Monetario Internacional. Estos últimos predicán la célebre ‘terapia de choque’, que termina con la enfermedad por el método de matar al enfermo”.

“Los politólogos, tanto marxistas como no marxistas, fueron tomados por sorpresa (descontamos las profecías que los videntes de ultraderecha vinieron haciendo desde 1917, por no ser sino propaganda). Es verdad que la politóloga francesa Hélene Carrère d’Encausse predijo en 1978 la desintegración del Estado multinacional soviético, atribuyéndoselo correctamente a los conflictos interétnicos. Pero no predijo el descalabro del Socialismo de Estado”.

“También hubo economistas que profetizaron la crisis de la economía soviética debido a la rigidez de la planificación, al exceso de gastos militares y al atraso técnico. Pero nadie parece haber predicho que el colapso del orden social y de la multinación se produjesen al mismo tiempo, tan totalmente, tan pronto y tan rápidamente”.

“Este fracaso muestra una vez más que la politología aun no es una ciencia exacta. Es una mezcla de protociencia, filosofía e ideología. Más aún, los politólogos suelen preferir los mini-problemas a los megaproblemas”.

“Para peor, suelen tratarlos separadamente de los problemas económicos y culturales, cuando de hecho la sociedad es un todo”.

“En el caso que nos ocupa, hubo un factor adicional. Tanto los soviéticos como el gobierno de los EE.UU estaban interesados en encubrir las debilidades políticas y económicas del régimen. Los primeros, para conservar su estatus de superpotencia y, el segundo, para justificar la carrera armamentista. Sin estos encubrimientos, la Guerra Fría habría podido terminar mucho antes”.



“En resolución, las ideas de Gorbachov y su equipo fracasaron porque estaban a medio cocinar. En particular, carecían de ideas claras acerca de la democracia y del mercado. Todo lo cual refuta la tesis marxista de que las ideas siempre vienen a la zaga de la sociedad”.

“Representan a la primera los socialistas chilenos —Ricardo Lagos y Michelle Bachelet—, el brasileño Lula da Silva, el uruguayo Tabaré Vázquez, el peruano Alan García y hasta parecería —;quién lo hubiera dicho!— el nicaragüense Ortega. Esta izquierda ya dejó de ser socialista en la práctica y es, en estos momentos, la más firme defensora del capitalismo —mercados libres y empresa privada—, aunque sus líderes, en sus discursos, rindan todavía pleitesía a la vieja retórica y de la boca para afuera homenajeen a Fidel Castro y al comandante Chávez. Esta izquierda parece haber entendido que las viejas recetas del Socialismo jurásico —dictadura política y economía estatizada— solo podían seguir hundiendo a sus países en el atraso y la miseria. Y, felizmente, se han resignado a la democracia y al mercado.

“La ‘izquierda carnívora’, en cambio, que hace algunos años parecía una antigualla en vías de extinción que no sobreviviría al más longevo dictador de la historia de América Latina —Fidel Castro—, ha renacido de sus cenizas con el ‘idiota’ estrella de este libro, el comandante Hugo Chávez, a quien, en un capítulo que no tiene desperdicio, los autores radiografían en su entorno privado y público con su desmesura y sus payasadas, su delirio mesiánico y su anacronismo, así como la astuta estrategia totalitaria que gobierna su política. Discípulo e instrumento suyo, el boliviano Evo Morales representa, dentro de la ‘izquierda carnívora’, la subespecie ‘indigenista’ que, pretendiendo subvertir cinco siglos de racismo ‘blanco’, predica un racismo quechua y aymara, idiotez que, aunque en países como Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala y México carezca por completo de solvencia conceptual, pues en todas esas sociedades el grueso de la población es ya mestiza y tanto los indios y blancos ‘puros’ son minorías, entre los ‘idiotas’ europeos y norteamericanos, siempre sensibles a cualquier estereotipo relacionado con América Latina, ha causado excitado furor. Aunque en ‘izquierda carnívora’ por ahora solo figuran, de manera inequívoca, tres trogloditas —Castro, Chávez y Morales—, en *El regreso del idiota* se analiza con sutileza el caso del flamante presidente Correa, del Ecuador, grandilocuente tecnócrata, quien podría venir a engordar sus huestes. Los personajes inclasificables de esta nomenclatura son el presidente argentino Kirchner y su guapa esposa, la senadora Cristina Fernández (y acaso sucesora), maestros del camaleonismo político, pues pueden pasar de ‘vegetarianos’ a ‘carnívoros’ y viceversa en cuestión de días y a veces de horas, embrollando todos los esquemas racionales posibles (como ha hecho el peronismo a lo largo de su historia)”.

“Una novedad en *El regreso del idiota* sobre el libro anterior es que ahora el fenómeno de la idiotez no lo auscultan los autores solo en América Latina; también en Estados Unidos y en Europa, donde, como demuestran estas páginas con ejemplos que producen a veces carcajadas y a veces llanto, la idiotez ideológica tiene también robustas y epónimas encarnaciones”. Los ejemplos están bien escogidos: encabeza el palmarés el inefable Ignacio Ramonet, director de *Le Monde Diplomatique*, tribuna insuperable de toda la especie en el Viejo Continente y autor del más obsecuente y servil libro sobre Fidel Castro —;y vaya que era difícil lograrlo!—; y lo escolta Noam Chomsky, caso flagrante de esquizofrenia intelectual, que es inspirado y hasta genial cuando se confina en la lingüística transformacional y un ‘idiota’ irredimible cuando desbarra sobre política. La Madre Patria está representada por el dramaturgo Alfonso Sastre y sus churriquerescas distinciones entre el terrorismo bueno y el terrorismo malo, y los Premios Nobel por Harold Pinter, autor de espesos dramas experimentales raramente comprensibles

y solo al alcance de públicos archiburgueses y exquisitos, y demagogo impresentable cuando vocifera contra la cultura democrática”.

“En el capítulo final, *El regreso del idiota* propone una pequeña biblioteca para desidiotizarse y alcanzar la lucidez política. La selección es bastante heterogénea, pues figuran en ella desde clásicos del pensamiento liberal, como *Camino de servidumbre*, de Hayek; *La sociedad abierta y sus enemigos*, de Popper y *La acción humana*, de von Mises, hasta novelas como *El cero y el infinito*, de Koestler, y los mamotretos narrativos de Ayn Rand, *El manantial* y *La rebelión de Atlas* (a mi juicio, hubiera sido preferible incluir cualquiera de los ensayos o panfletos de Ayn Rand, cuyo incandescente individualismo desbordaba el liberalismo y tocaba el anarquismo, en vez de sus novelas que, como toda literatura edificante y propagandística, son ilegibles.) Nada que objetar en cambio a la presencia en esta lista de Gary Becker, Jean-François Revel, Milton Friedman y (el único hispanohablante de la selección) Carlos Rangel, cuyo fantasma debe sufrir lo indecible con lo que está ocurriendo en su tierra, una Venezuela que ya no reconocería”.

“Pese a su buen humor, a su refrescante insolencia y a la buena cara que sus autores se empeñan en poner ante los malos vientos que corren por América Latina, es imposible no advertir en las páginas de este libro un hálito de desmoralización. No es para menos. Porque lo cierto es que a pesar de los casos exitosos de modernización que señala —el ya conocido de Chile y el promisorio de El Salvador sobre el que aporta datos muy interesantes, así como los triunfos electorales de Uribe en Colombia, de Alan García en el Perú y de Calderón en México, que fueron claras derrotas para el ‘idiota’ en cuestión—, lo cierto es que en buena parte de América Latina hay un claro retroceso de la democracia liberal y un retorno del populismo, incluso en su variante más cavernaria: la del estatismo y colectivismo comunistas. Esa es la angustiada conclusión que subyace en este libro y batallador: en América Latina, al menos, hay una cierta forma de idiotez ideológica que parece irreductible. Se le puede ganar batallas pero no la guerra, porque, como la hidra mitológica, sus tentáculos se reproducen una y otra vez, inmunizada contra las enseñanzas y desmentidos de la Historia, ciega, sorda e impenetrable a todo lo que no sea su propia tiniebla”.

Mario Vargas Llosa  
Febrero de 2007



**MOISES LEMLIJ:** En un artículo publicado en *El Comercio* intitulado “IZQUIERDA, PSEUDO IZQUIERDA, POST IZQUIERDA”, dijo que “En Sudamérica, pero no solo en esta parte del mundo, encontramos una variedad desconcertante entre los gobernantes que son considerados o se califican a sí mismos como “de izquierda”.

“Por un lado están Tabaré Vázquez, de Uruguay, y Michelle Bachelet, de Chile, quienes tienen en común que son dialogantes, sensatos y no buscan la reelección. Ambos gobiernan países con una larga tradición democrática, cuyas instituciones se recompusieron y fortalecieron rápidamente luego de un interregno autoritario. Curiosamente, los dos son médicos. Esto me hace pensar que tal vez los médicos peruanos tendríamos que identificar a un colega que haga por el Perú lo que Vázquez y Bachelet están haciendo por sus países”.

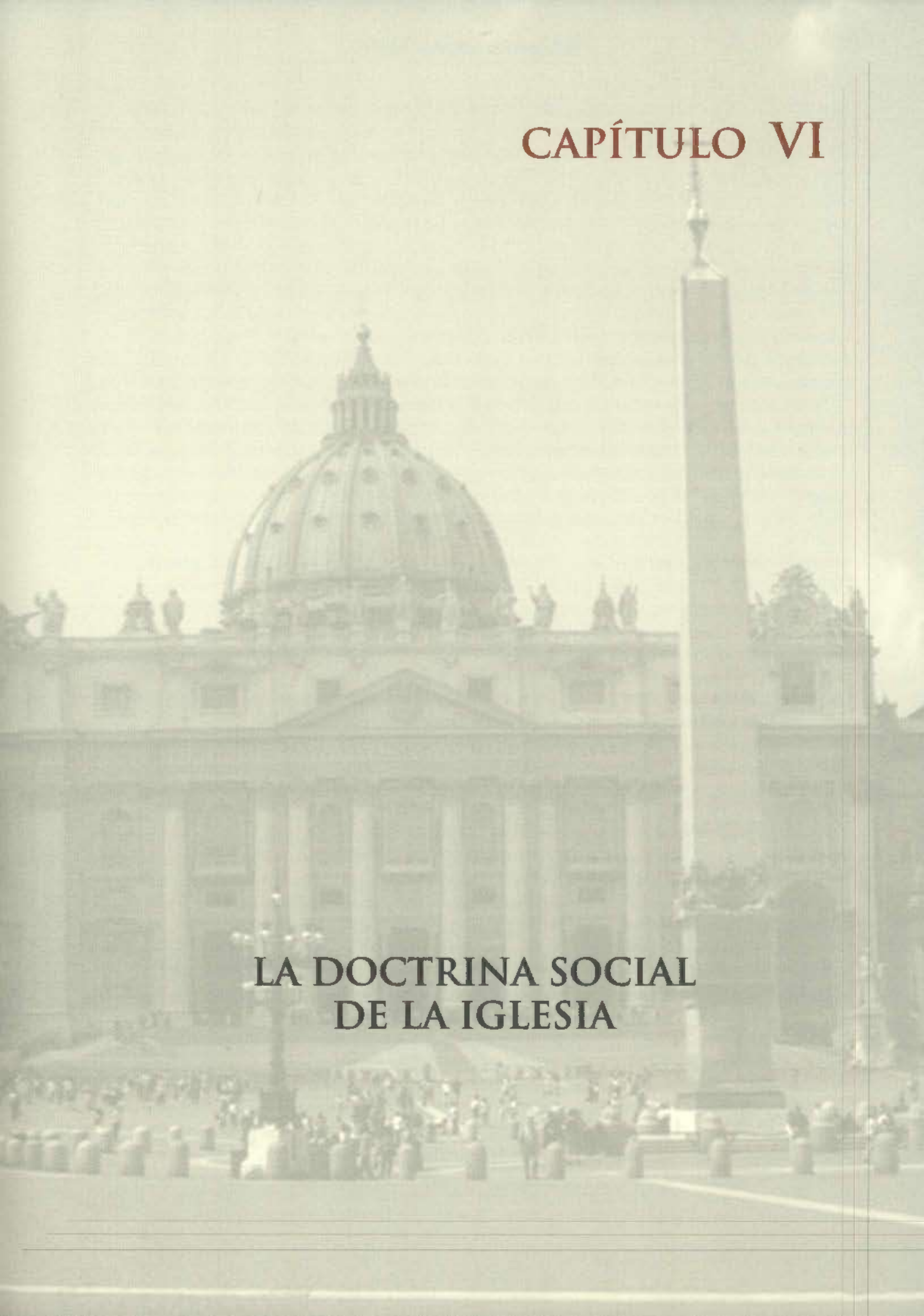
“Por otro lado, están Hugo Chávez, de Venezuela, y Evo Morales, de Bolivia. Comparten el prurito de cambiar sus constituciones para refundar sus patrias e instituir reelecciones *ad infinitum*. Se autodenominan “nacionalistas” y “socialistas”; de hecho, se apoyan en movilizaciones masivas que recuerdan a las de Mussolini y Hitler (¿nacional-socialistas = nazis?). Su demagogia populista-mesiánica incluye términos como “revolución cultural” o “revolución bolivariana”, sea lo que sea que signifiquen, y han incorporado en su panteón de profetas a Bolívar, el “Che” y Fidel. Muy cerca de ellos está Correa, de Ecuador, también reeleccionista y refundador constitucional, aunque más sensato y tranquilo. Todos ellos deben estar preocupados por la crisis del Capitalismo, ya que dependen de la venta de hidrocarburos a sus archienemigos imperialistas”.

Al centro están Lula, de Brasil, y los Kirchner, de Argentina. Lula es el primer presidente obrero votado por obreros. Reelegido para un segundo período, ha dado continuidad institucional al viejo modelo desarrollista y a la modernización del Estado legados por Cardoso. Como se dice de los franceses, tiene “el corazón a la izquierda, pero el bolsillo a la derecha”, lo que le ha valido ser acusado de traidor neoliberal. En Argentina, la reelección se dio por interpósita persona. El peronismo de los Kirchner les ha permitido combinar el ultrismo montonero con un pragmatismo circunstancial. La visita ritual a Cuba ha tenido el propósito de subrayar su supuesta filiación izquierdista, pese a que su política económica —salvo zarpazos estatales ocasionales— no está orientada hacia una distribución más igualitaria.

Ser “de izquierda” no se reduce a tener un discurso igualitario que propugna la justicia social. Implica también ser democrático, transparente, respetuoso de las instituciones y, sobre todo, de la alternancia en el poder. El mesianismo, el afán por la refundación constitucional y la perpetuación en el gobierno equivalen a populismo fascista, no a ser de izquierda. ¿Y cómo pintan las cosas en el Perú?

# CAPÍTULO VI

## LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA







## CAPÍTULO VI

# LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

### DEFINICIÓN

Es la doctrina formulada por la iglesia Católica definiendo su posición ante los problemas económicos y sociales del mundo y nuestra misión ante la desesperación, el pesimismo, la pasividad, el temor y la indecisión, motivadas por la pobreza de unos y la riqueza de otros, el desempleo, el subempleo y la desocupación, formulando las soluciones jurídicas, políticas y éticas que nos corresponde hacer como personas humanas y como miembros de un estado y de la sociedad; refutando, de paso, los errores ideológicos del Marxismo ateo, del Neocapitalismo, egoísta e inhumano, del Racionalismo agnóstico, así como del Relativismo contemporáneo que permite el matrimonio entre homosexuales, la eutanasia y el aborto, así como de la frivolidad e inmoralidad de una sociedad en crisis y de los políticos corruptos.

**Historiografía de la Doctrina Social de la Iglesia.-** Es, pues, una doctrina formulada por la Iglesia mediante las grandes encíclicas papales de los siglos XIX, XX y XXI, tales como la “*Rerum Novarum*” de León XIII del 15 de mayo de 1891, como la “*Quadragesimo Anno*” del 23 de mayo de 1931 de Pio XI, como la “*Divini Redemptoris*” de 1937 del Papa Pio XI, como la “*Non Abbiamo Bisogno*” de 1939, como la “*Mit Brennender Sorge*” de 1937, como el “*Radiomensaje del día de Pentecostés*” del Papa Pio XII (1ro de junio de 1941); como la Encíclica “*Mater et Magistra*” del Papa Juan XXIII, promulgada el 15 de mayo de 1961, como la “*Pacem in Terris*” del 11 de abril de 1963, el “*Concilio Vaticano II*” inaugurado por el Papa Juan XXIII el 11 de octubre de 1962 y clausurado por el Papa Pablo VI el 8 de diciembre de 1965, como la Constitución Dogmática “*Lumen Gentium*” promulgada por Pablo VI el 21 de noviembre de 1964 y la Constitución “*Gaudium et Spes*” promulgada por Pablo VI el 7 de diciembre de 1965. Merecen citarse las encíclicas promulgadas por un santo y sabio de nuestros tiempos, monseñor Karol Wojtyła, arzobispo de Cracovia, designado por la gracia de Dios Vicario de Cristo, quien asumió el Papado en 1978 con el nombre de Juan Pablo II, hasta su reciente fallecimiento el día 2 de abril del año 2005; sus grandes Encíclicas son: “*Redemptor Hominis*” promulgada el 4 de marzo de 1979, que trata sobre el redentor del hombre. Jesucristo, quien es el centro del cosmos y de la historia, “*Dominum et Vivificantem*” promulgada el 18 de mayo de 1986, que trata sobre el Espíritu Santo; el “*Código de Derecho Canónico*” promulgado el 25 de enero de 1983, la Encíclica “*Laborem Exercens*” promulgada el 14 de setiembre de 1981, la Encíclica “*Sollicitudo Rei Socialis*” promulgada el 30 de diciembre de 1987, y la “*Centesimus Annus*” promulgada el 1 de mayo de 1991, la Encíclica “*Veritatis Splendor*” promulgada el 6 de agosto de 1993 que trata sobre la verdad, inspirándose en Juan 8, 32: “*Veritas liberabit vos*” (la verdad os hará libres) y sobre la libertad y la ley.

## Naturaleza e índole de la Doctrina Social de la Iglesia.-

La Doctrina Social de la Iglesia es doctrina teológica. No es una ideología ni es, “una tercera vía”. Así lo sostiene el Papa Juan Pablo II en su encíclica “Sollicitudo Rei Socialis” del 30 de Diciembre de 1987, 41, g.: La doctrina social de la Iglesia **no es, una “tercera Vía”** entre el capitalismo liberal y el colectivismo marxista, y ni siquiera una posible alternativa a otras soluciones menos contrapuestas radicalmente, sino que tiene una categoría propia. **No es tampoco una ideología**, sino la cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial. Su objetivo principal es interpretar esas realidades, examinando su conformidad o diferencia con lo que el Evangelio enseña acerca del hombre y su vocación terrena y, a la vez, trascendente, para orientar en consecuencia la conducta cristiana. **“Por tanto, no pertenece al ámbito de la ideología, sino al de la teología, y especialmente al de la teología moral”**.

En la Encíclica “Centesimus annus”, promulgada el 1 de Mayo de 1991 para conmemorar el centenario de la “Rerum Novarum”, parágrafo 59 c, ha escrito Juan Pablo II que “la doctrina social, por otra parte, tiene una importante dimensión interdisciplinar”....”Esta doctrina entra en diálogo con las diversas disciplinas que se ocupan del hombre, incorpora sus aportaciones y les ayuda a abrirse a horizontes mas amplios al servicio de cada persona....”. “Es esencial, ante todo, el aporte de la filosofía”. “Mediante la razón, la doctrina social asume la filosofía en su misma lógica interna, es decir, en la argumentación que le es propia”. “Afirmar que la doctrina social debe encuadrarse en la teología mas que en la filosofía, no significa ignorar o subestimar la función o el aporte filosófico. La filosofía, en efecto, es un instrumento idóneo e indispensable para una correcta comprensión de los conceptos básicos de la doctrina social – como la persona, la sociedad, la libertad, la conciencia, la ética, el derecho, la justicia, el bien común, la solidaridad, la subsidiaridad, el Estado – “..... “Además, la filosofía hace resaltar la plausibilidad racional de la luz que el Evangelio proyecta sobre la sociedad y solicita la apertura a la verdad de toda inteligencia y conciencia”. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”: “Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia” parágrafo 77, pagina 40, Librería Editrice Vaticana, primera edición, 2005).

“Una contribución significativa a la doctrina social de la Iglesia procede también de las ciencias humanas y sociales: ningún saber resulta excluido”. (“Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia” parágrafo 78, pagina 41, edición citada).

“La enseñanza y la difusión de esta doctrina social forma parte de la misión evangelizadora de la iglesia. Y como **se trata de una doctrina que debe orientar la conducta de las personas**, tiene como consecuencia el compromiso por la justicia, según la función, vocación y la circunstancias de cada uno”. ( “Sollicitudo Rei Sociales” 41 h).

En su Homilía en Chalco- México del 7 de Mayo de 1990, el Santo Padre Juan Pablo II nos exhortó a todos a poner en práctica y a difundir la Doctrina Social de la Iglesia:

“Aliento pues a todos a profundizar en el pensamiento social católico, que tiene su fuente más profunda en la revelación. Escuchad la enseñanza social de la Iglesia, adheríos vitalmente a ella, dejando que ilumine vuestra conducta y convirtiéndoos en propagadores incalzables de sus principios, haciendo llegar sus contenidos a todos los hombres y mujeres del mundo“.



Y en su Discurso con ocasión del centenario de la “Rerum Novarum”, el 15 de Mayo de 1991 Juan Pablo II sostuvo:

**“En su historia ahora centenaria, la doctrina social de la Iglesia ha afirmado siempre que la reforma de las estructuras debe estar acompañada por una reforma moral, pues la raíz mas profunda de los males sociales es de indole moral, es decir, por una parte, el afan de ganancia y, por otra, la sed de poder. Siendo de este orden la raíz de los males sociales, resulta que solo se los podía vencer en el plano moral, o sea, por medio de una conversión, un pasar de comportamientos inspirados por un egoísmo incontrolado a una cultura de solidaridad”.**

**Y en esencia, ¿Qué es la doctrina social de la Iglesia?. Ha dicho al respecto el Papa Juan Pablo II que “la enseñanza social de la Iglesia no es otra cosa que un desarrollo orgánico de la verdad misma del Evangelio. Es el Evangelio social de nuestro tiempo”.**

La doctrina social de la Iglesia se inspira en las enseñanzas de nuestro Señor Jesucristo, que reflejan cual Verbo Encarnado, las enseñanzas del Padre.

Dice, al respecto, la Encíclica “Dives in Misericordia” (“Sobre la Misericordia Divina”) del Papa Juan Pablo II, promulgada el 30 de Noviembre de 1980: “A este respecto, es digno de recordar aquél momento en que Felipe, uno de los doce apóstoles, dirigiéndose a Cristo, le dijo: “Señor, muéstranos al Padre y nos basta”; Jesús le respondió: “¿Tanto tiempo ha que estoy con vosotros y no me habéis conocido? El que me ha visto a mí ha visto al Padre” (JUAN 14, 8 y siguientes). Como dice Juan Pablo II, el gran Papa , a quien dedico este ensayo: “Una exigencia de estos tiempos críticos y nada fáciles, me impulsa a descubrir una vez más en el mismo Cristo el rostro del Padre, que es “misericordioso y Dios de todo consuelo”. (“Dives in Misericordia” 1, b.).

Y ahora, inspirándome en nuestra doctrina, me dirijo a Ustedes deseándoles que “La gracia de nuestro Señor Jesucristo, el amor del Padre y la comunión del Espíritu Santo ilumine nuestras vidas e inspire cada uno de nuestros actos y de nuestros pensamientos”(1). Así pues, inspirandome en la fe y en la razón que son justamente la fuente de inspiración de nuestro tema expongo la Doctrina Social de la Iglesia.

La doctrina social de la Iglesia se advierte fundamentalmente, en la teología paulina, especialmente, cuando San Pablo en la Primera Epístola a los Corintios fustiga el divisionismo sectario: 1 Cor. 1, 10: “Os ruego, hermanos, por el nombre de nuestro Señor Jesucristo que todos habléis igualmente y que no haya entre vosotros cisma, antes seáis concordantes en el mismo pensar y en el mismo sentir. Esto, hermanos, os lo digo, porque he sabido que hay, entre vosotros discordias, y así, algunos de vosotros dicen: Yo soy de Pablo, otros: yo de Apolo, otros: yo de Pedro...¿Acaso está dividido Cristo?”.

Por ello, debe tenerse presente que no basta con leer la Biblia sino, que, además, debe tenerse presente la tradición apostólica de los Concilios como resulta de confrontar el Evangelio de San Marcos 16, 15, 16 y la Segunda Epístola de San Pablo a los Tesalonicenses, capítulo 2, vers. 15: “Así que, hermanos, estad firmes y retened la doctrina que habéis aprendido sea de palabra o por carta nuestra”.



La exhortación al trabajo, que está en la médula de la cuestión social, fluye, rauda, de la Segunda Epístola a los Tesalonicenses, capítulo tres, versículos once y doce: “Porque oímos que algunos de entre vosotros andan desordenadamente, no trabajando en nada sino entreteniéndose en lo ajeno”. “A los tales mandamos y exhortamos, en el nombre de nuestro Señor Jesucristo, que trabajen y que coman su propio pan”.

En la Epístola a los Efesios, San Pablo, nos proporciona la “armadura de Dios” para la lucha contra el mal y contra quienes quieran hacernos daño (capítulo seis, versículo diez al veinte): “Por lo demás, hermanos, fortaleceos en el Señor y en la fuerza de su poder; vestíos de la armadura de Dios para que podáis estar firmes contra las asechanzas del Diablo. Porque no tenemos lucha contra sangre y carne, sino contra los Poderes, Principados, Potestades, contra los gobernadores de las tinieblas del siglo, contra las huestes de maldad”.

“Por tanto, echad mano de la armadura de Dios, para que podáis resistir en el día malo y, tras haber vencido todo, os mantengáis firmes. Estad, pues, firmes, ceñidos vuestros lomos con la verdad, vestidos con la coraza de la justicia, calzados los pies predicando el evangelio de la paz. Sobre todo, abrazad el escudo de la fé con la que podréis apagar todos los dardos de fuego del maligno. Y poneos el yelmo de la inspiración y la espada del espíritu en vuestra voluntad, que es la palabra de Dios.

Orad en todo momento en vuestro espíritu con toda oración, suplicando a Dios perseverantemente pidiendo también la intercesión de los Santos y de San Pablo Apóstol para que nos sean dadas las palabras necesarias para cuando abramos la boca y anunciemos, abiertamente, el misterio del Evangelio”.

Es un verdadero exorcismo el que nos enseña San Pablo para enfrentarnos al mal y a todo lo diabólico.

Pero hay en la misma Epístola a los Efesios otra luminosa exhortación para luchar contra el cinismo de la inmoralidad reinante y contra la frivolidad de las costumbres mundanas y corruptas, vistiéndonos del hombre nuevo inspirado en la justicia y en la verdad (capítulo 4, versículo 22), inspirándonos en la imitación a Cristo (Efesios, 5, 1 a 7), “porque antes érais tinieblas, ahora, sois luz en el Señor. Andad, pues, como hijos de la Luz” (Efesios, capítulo 5, versículo 8).

“Y no participéis en las obras infructuosas de las tinieblas, sino más bien manifestad, abiertamente vuestra reprobación” (Efesios, 5, 11).

“Las cosas una vez condenadas son descubiertas por la luz. Por eso dice: Despierta tú que duermes y levántate de los muertos y Cristo te iluminará”. (Efesios, 5, 14).

“Toda codicia, toda impureza o fomicación, ni se nombre entre vosotros, como conviene a santos. No hay palabras deshonestas, ni vulgaridades, ni necedades, sino, más bien, palabras gratas y afectuosas. Pues, sabedlo, que ningún fornicario, ni inmundo, ni codicioso, tendrá herencia en el reino de Cristo y de Dios”.

(1).- Me inspiro para esta invocación en la 2ª epístola a los Corintios, 13, 13, en las palabras con las que comienza la Santa Misa y en la luminosa encíclica “Dominum et Vivificantem” 2, b, del Papa Juan Pablo II.

“Nadie os engañe con palabras vanas, pues a causa de este viene la ira de Dios sobre los hijos de las tinieblas. No tengáis nada, pues, que ver con ellos” (Efesios, 5, 3 a 7).

La doctrina social de la Iglesia se gesta, pues, fundamentalmente, en las epístolas luminosas de San Pablo, el gran apóstol de la Iglesia, en los Concilios eclesiásticos de cuya antigua tradición y de cuya doctrina dan cuenta el mismo San Pablo en su Epístola a los Gálatas, capítulo 2, versículo 1 y siguientes (Concilio de Jerusalén) y la misma Epístola 2, 11 y siguientes (Concilio de Antioquía) más los demás Concilios que forman parte de la Historia de la Iglesia (véase Historia de los Concilios, Historia de la Iglesia, Historia de los Papas, etc.) Pero, además, debe tenerse en cuenta la Historia de la Patrística o sea de los grandes Padres de la Iglesia. Entre éstos deben destacarse, Tertuliano, Orígenes, San Agustín y Santo Tomás de Aquino.

La doctrina social de la Iglesia ha inspirado siempre los mensajes de los Papas; pero es, desde la Encíclica “*Rerum Novarum*” de LEON XIII, promulgada en Roma el 15 de Mayo de 1891, cuando el impacto de la Iglesia sobre el Derecho, la Teología y la Cristiandad se hace formidable y evidente. Como dice el Papa Juan Pablo II en su formidable encíclica “*SOLLICITUDO REI SOCIALIS*” de 1987, que es una de las grandes encíclicas que tratan sobre la cuestión social, “A partir de la aportación valiosísima de León XIII, se ha formado ya un “*corpus*” doctrinal renovado, que se va articulando mediante la asistencia del Espíritu Santo, lee los hechos según se desenvuelven en el curso de la historia. Intenta guiar de este modo a los hombres para que ellos mismos den una respuesta, con la ayuda también de la razón y de las ciencias humanas, a su vocación de constructores responsables de la sociedad terrena”.







## CAPÍTULO VII

### LA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM”



## CAPÍTULO VII

# LA ENCÍCLICA “RERUM NOVARUM”

Promulgada por el Papa León XIII el 15 de Mayo de 1891

### SUMARIO

#### EL PROBLEMA OBRERO

1. El Papa describe, a grandes rasgos, la situación a que habían llegado los obreros a consecuencia del nuevo régimen económico. Puntualiza la importancia de la cuestión.

#### PARTE PRIMERA

#### EXPOSICION POLEMICA

La solución socialista. Los socialistas proponen la abolición de la propiedad privada.

2. Crítica de esta solución. Desde el punto de vista del propio obrero. Utilidad de la propiedad para los trabajadores.
3. Desde el punto de vista del ser humano en general. Superioridad del dominio que el hombre tiene sobre las cosas respecto al que tienen sobre ellas los animales.
4. Naturaleza intelectual del hombre, que le permite elegir bienes incluso respecto al futuro.
5. Prioridad del derecho del hombre respecto al estado. Distinción entre el señorío final de todos los hombres sobre los productos de la tierra y del señorío instrumental de algunos sobre ellos.
6. El trabajo del hombre sobre la tierra, título normal de propiedad sobre los bienes de la naturaleza.
7. Examen del socialismo agrario.
8. Desde el punto de vista de la familia. Naturaleza de la familia.
9. Prioridad del derecho de la familia respecto de la comunidad.
10. Desde el punto de vista de la colectividad. Consecuencias que se seguirían del sistema propuesto por los socialistas: opresión, discordia, falta de estímulo.



## PARTE SEGUNDA

### EXPOSICION POSITIVA

11. Introducción. Competencia de la Iglesia y del Estado.
12. Realismo en el planteamiento del problema: imposibilidad de superar totalmente las desigualdades sociales y las asperezas de la vida.
13. Fin que debemos conseguir e instrumentos que debemos emplear. Armonía entre las clases sociales. Acción de la Iglesia.
14. La doctrina de la Iglesia supera la lucha de clases: primero, porque inculca a los miembros de cada clase sus deberes.
15. En segundo lugar, porque les recuerda la existencia de la vida futura.
16. En tercer lugar, por su doctrina sobre los bienes de cualquier clase: a) las riquezas no dan la felicidad; b) la Iglesia distingue entre posesión y uso de los bienes; c) distingue también entre bienes necesarios y superfluos; d) carácter funcional de la abundancia de bienes.
17. Doctrina sobre la pobreza. El ejemplo de Cristo.
18. En cuarto lugar, estableciendo como verdadero criterio para discernir la dignidad de los hombres la jerarquía de la virtud, accesible a todos.
19. En quinto término, estableciendo la comunidad de todos los hombres en la tierra.
20. Inciso.
21. Finalmente, la Iglesia induce al cumplimiento de los preceptos divinos, única causa verdadera de todos los bienes.
22. Contribución temporal de la iglesia al remedio de las necesidades.
23. Crítica del Estado clasista. La obra de los hombres.
24. Deberes del Estado: deber general de policía y fomento.
25. Concretamente, el Estado, en primer lugar, no puede ser un Estado clasista, que atienda únicamente a los ricos, sino que ha de ser un Estado para todos y ha de observar la justicia distributiva.
26. En segundo lugar, las autoridades han de prodigar sus cuidados a los proletarios.
27. Casos concretos en que, a tales fines, la autoridad debe intervenir.
28. En tercer término, el Poder civil debe hacer respetar los derechos de todos y principalmente de los débiles y pobres.

30. a) Frenando a los agitadores y corruptores de los pueblos.
31. b) Removiendo los motivos de huelgas.
32. c) Defendiendo la dignidad moral de los obreros y concretamente, el descanso dominical.
33. Actuación de las asociaciones formadas por los interesados: fines que posiblemente pueden cumplir. Establecimiento de jornadas razonables de trabajo. No es lícito un contrato que viole el descanso legítimo del obrero.
34. b) Determinando los salarios justos que han de ser pagados por los patronos.
35. La difusión de la propiedad será una consecuencia del salario justo.
36. El derecho de asociación como presupuesto de la creación de asociaciones.
37. Poder del Estado para prohibir su ejercicio en ciertos casos. Cautelas con que se han de ejercer estos poderes.
38. Problemas especiales de las asociaciones de solo obreros.
39. Ejemplo de los católicos y obispos de la época en la formación de asociaciones.
40. Extensión del derecho de asociación. Normas orientadoras.
41. Indicaciones sobre el modo de funcionar las asociaciones obreras.







## CAPÍTULO VIII

LA ENCÍCLICA  
“QUADRAGESIMO ANNO”  
DE PIO XI



## CAPÍTULO VIII

# LA ENCÍCLICA “QUADRAGESIMO ANNO” DE PIO XI

Cuarenta años después de la Encíclica “Rerum Novarum” el Papa PIO XI promulgó la Encíclica “QUADRAGESIMO ANNO” publicada el 23 de Mayo de 1931, cuya Primera Parte exponía los beneficios de la encíclica “Rerum Novarum” concluyendo que era la Carta Magna del Orden Social.

La Parte Segunda de la Encíclica “Quadragesimo Anno” consagraba la autoridad de la Iglesia en materia social y económica estableciendo que entre el capital y el trabajo, ninguno de los dos vale por sí solo.

La Parte Tercera de la Encíclica “Quadragesimo Anno” señalaba el cambio profundo operado después de LEON XIII en la economía y la transformación del Socialismo.







**CAPÍTULO IX**

**LA ENCÍCLICA  
“DIVINI REDEMPTORIS”**





## CAPÍTULO IX

### LA ENCÍCLICA “DIVINI REDEMPTORIS”

En 1937 el Papa Pío XI promulgó la Encíclica “DIVINI REDEMPTORIS” que trata sobre el COMUNISMO ATEO y fustigándolo afirma que el comunismo ateo es intrínsecamente malo al concebir la vida y la historia de modo exclusivamente materialista. Por eso se hace ilícita e inmoral cualquier clase de participación en él. La civilización que dimana de su teoría es radicalmente opuesta a la civilización que se origina en la fe cristiana.

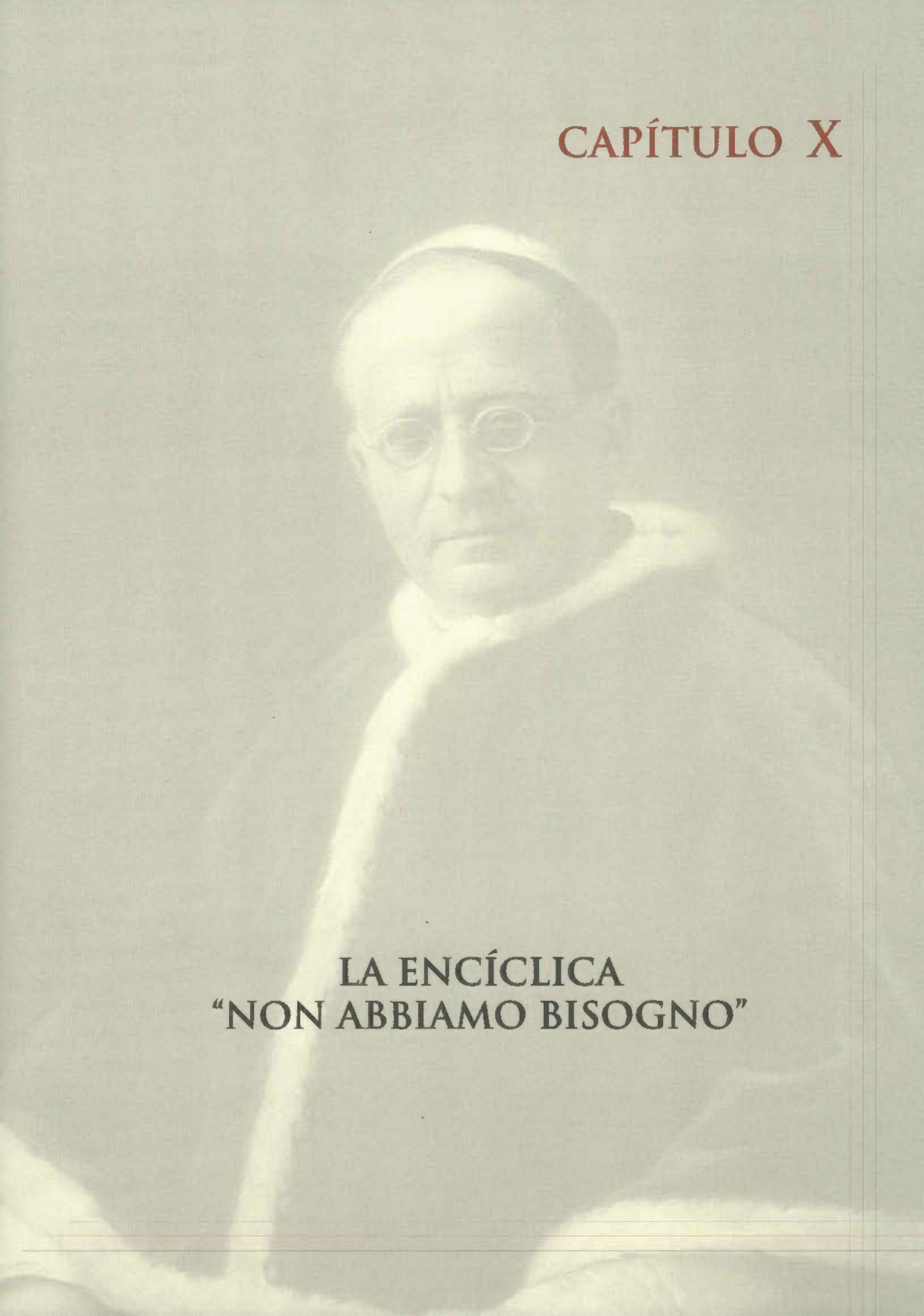
Condena al sistema, a los autores y a los defensores del comunismo ateo.

El contenido de la encíclica aparece resumido al principio: “exponer una vez más, en breve síntesis, los principios del comunismo ateo, tal como se manifiestan principalmente en el bolchevismo, con sus métodos de acción, contraponer a estos falsos principios la luminosa doctrina de la Iglesia, e inculcar de nuevo con insistencia los medios con los que la civilización cristiana, única civitas verdaderamente humana, puede librarse de este satánico azote y lograr mejor su desarrollo para el verdadero bienestar de la sociedad humana”.

---



# CAPÍTULO X



LA ENCÍCLICA  
“NON ABBIAMO BISOGNO”





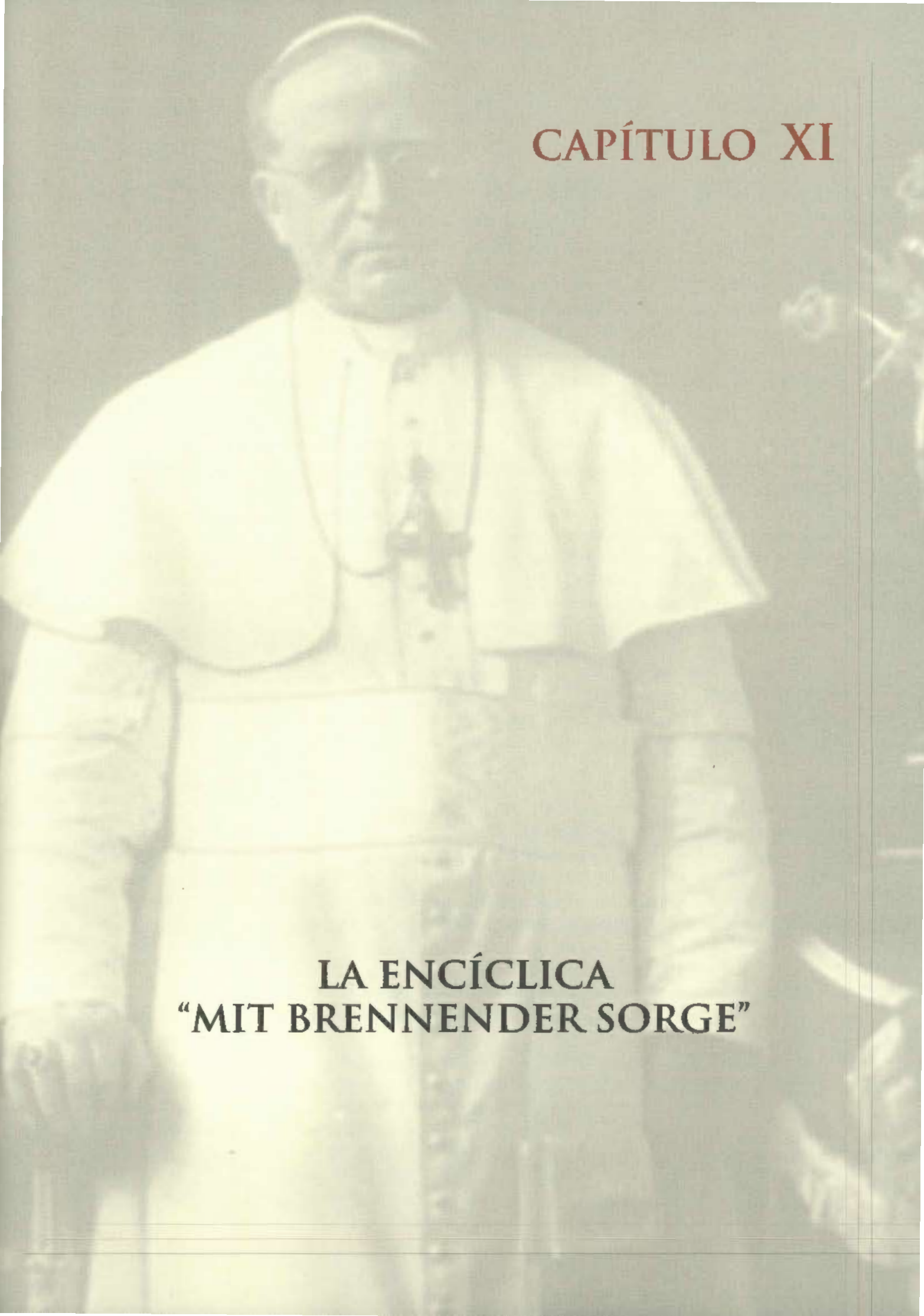
## CAPÍTULO X

### LA ENCÍCLICA “NON ABBIAMO BISOGNO”

En 1939 el Papa Pío XI promulgó la Encíclica “Non abbiamo bisogno” con la cual criticó el totalitarismo fascista. Escrita en italiano, esta encíclica condena el culto fanático del Estado Gendarme porque ataca a la libertad individual del hombre, monopoliza la enseñanza y abusa del juramento que se hace al ingresar en el partido fascista. Advierte sobre la imposibilidad de un entendimiento entre un Estado totalitario y la Iglesia y ensalza a la Acción Católica.

---





## CAPÍTULO XI

### LA ENCÍCLICA “MIT BRENNENDER SORGE”





## CAPÍTULO XI

### LA ENCÍCLICA “MIT BRENNENDER SORGE”

En 1937 el Papa Pío XI ya había criticado al totalitarismo nazi en la Encíclica “MIT BRENNENDER SORGE” (“Con viva preocupación”) escrita en alemán y promulgada en el Vaticano el 14 de Marzo de 1937, motivada por la propaganda nazi de índole anticlerical.

Entonces, el Tercer Reich Alemán abrió varios procesos contra clérigos, bajo la acusación de delitos monetarios. La campaña fue intensa contra el clero regular de conventos y monasterios. La riqueza de la Iglesia era singularmente atrayente para los nazis. Por ello, era necesario expropiar a la Iglesia de sus bienes. Por esta razón, el Estado abrió en 1935 sesenta procesos contra miembros de las órdenes de los religiosos del Sagrado Corazón de Jesús, agustinos, jesuitas, mercedarios, franciscanos, etc. El régimen experimentó una especial complacencia al poder juzgar a los religiosos bajo la diabólica consigna nazi. Según andaban las cosas, los prelados podían criticar únicamente las tendenciosas informaciones propagandísticas y el sistemático desprecio del clero, así como la agitación creciente de las masas. Mientras tanto, el Estado permitía el lucro ilegal de los especuladores de la industria y de los militantes del partido nazi. Los periódicos, en descarada alabanza al régimen, ofrecían a sus lectores historias truculentas de conventos convertidos en infiernos de corrupción.

Así las cosas, el Papa Pío XI escribió, en alemán la encíclica “Mit Brennender Sorge”, con la cual, se dirigía a todos los alemanes, en general, y a los sacerdotes alemanes, en especial, en los siguientes términos: “Con viva preocupación y con asombro creciente venimos observando, hace ya largo tiempo, la vida dolorosa de la Iglesia y la opresión progresivamente agudizada contra los fieles, de uno y otro sexo”.

“Cuando Nos, Venerables Hermanos, en el verano de 1933, a instancia del Gobierno del Reich, aceptamos reanudar las gestiones para un Concordato, tomando por base un proyecto elaborado ya varios años antes, y llegamos así a un acuerdo solemne que satisfizo a todos vosotros, tuvimos por móvil la obligada solicitud de tutelar la libertad de la misión salvadora de la Iglesia en Alemania y en asegurar la salvación de las almas a ellas confiadas, y al mismo tiempo el sincero deseo de prestar un servicio capital al pacífico desenvolvimiento y al bienestar del pueblo alemán”.

“A pesar de muchas y graves consideraciones, nos determinamos entonces, no sin una propia violencia, a no negar nuestro consentimiento”.

“Si el árbol de la paz, por Nos plantado en tierra alemana con pura intención, no ha producido los frutos por Nos anhelados en interés de vuestro pueblo, no habrá nadie en el mundo entero, con ojos para ver y oídos para oír, que pueda decir, todavía hoy, que la culpa es de la Iglesia y de su Cabeza suprema”.

“En los surcos donde Nos habíamos esforzado en echar la simiente de la verdadera paz, otros esparcieron como el inimicus homo de la Sagrada Escritura- la cizaña de la desconfianza, del descontento, de la discordia, del odio, de la difamación, de la hostilidad profunda, oculta o manifiesta contra Cristo y su Iglesia, desencadenando una lucha que se alimentó en mil fuentes diversas y se sirvió de todos los medios. Sobre ellos, y solamente sobre ellos y sobre sus protectores, ocultos o manifiestos, recae la responsabilidad de que en el horizonte de Alemania no aparezca el arco iris de la paz, sino el nubarrón que presagia luchas religiosas desgarradoras”.

“Todo el que haya conservado en su ánimo un residuo de amor a la verdad, y en su corazón una sombra del sentido de justicia, habrá de admitir que en los años tan difíciles y llenos de tan graves acontecimientos que siguieron al Concordato, cada una de Nuestras palabras y de Nuestras acciones tuvo por norma la fidelidad a los acuerdos estipulados. Pero deberá también reconocer con extrañeza y con profunda reprobación, cómo por la otra parte se ha erigido en norma ordinaria el desfigurar arbitrariamente los pactos, eludirlos, desvirtuarlos y, finalmente, violarlos más o menos abiertamente”.

“Quien, con una confusión panteísta, identifica a Dios con el universo, materializando a Dios en el mundo o deificando al mundo en Dios, no pertenece a los verdaderos creyentes”.

“Ni tampoco lo es quien, siguiendo una pretendida concepción precristiana del antiguo germanismo, pone en lugar del Dios personal el hado sombrío e impersonal, negando la sabiduría divina y su providencia.... Si la raza o el pueblo, si el Estado o una forma determinada del mismo, si los representantes del poder estatal u otros elementos fundamentales de la sociedad humana tienen en el orden natural un puesto esencial y digno de respeto: con todo, quien los arranca de esta escala de valores terrenales elevándolos a suprema norma de todo, aun de los valores religiosos, y, divinizándolos con culto idolátrico, pervierte y falsifica el orden creado e impuesto por Dios, está lejos de la verdadera fe y de una concepción de la vida conforme a ella”.

“Solamente espíritus superficiales pueden caer en el error de hablar de un Dios nacional, de una religión nacional, y emprender la loca tarea de aprisionar en los límites de un pueblo solo, en la estrechez étnica de una sola raza, a Dios, creador del mundo, rey y legislador de los pueblos, ante cuya grandeza las naciones son gotitas de agua en un cubo”.

“Por eso, el que pretende desterrar de la Iglesia y de la escuela la historia bíblica y las sabias enseñanzas del Antiguo Testamento, blasfema la palabra de Dios, blasfema el plan de la salvación dispuesto por el Omnipotente”

“La Iglesia, fundada por el Salvador, es única para todos los pueblos y para todas las naciones: y bajo su bóveda, que cobija como el firmamento al universo entero, hallan puesto y asilo todos los pueblos y todas las lenguas, y pueden desarrollarse todas las propiedades, cualidades, misiones y cometidos, que han sido señalados por Dios creador y salvador a los individuos y a las sociedades humanas”.

“El que conozca la frase del Salvador acerca de los escándalos y de quienes los dan, sabe cómo la Iglesia y cada individuo deben juzgar sobre lo que fue y es pecado. Pero quien, fundándose en estos lamentables desacuerdos entre la fe y la vida, entre las palabras y los actos, entre la conducta exterior y los pensamientos interiores de algunos –aunque fuesen éstos



muchos-, echa en olvido, o conscientemente pasa en silencio la enorme suma de genuina actividad para llegar a la virtud, al espíritu de sacrificio, al amor fraternal, al heroísmo de santidad, en tantos miembros de la Iglesia, manifiesta una ceguera injusta y reprochable”.

“En vuestras regiones, Venerables Hermanos, se alzan voces, en coro cada vez más fuerte, que incitan a salir de la Iglesia; y entre los voceadores hay algunos que, por su posición oficial, intentan producir la impresión de que tal alejamiento de la Iglesia y consiguientemente la infidelidad a Cristo Rey, es testimonio particularmente convincente y meritorio de su fidelidad al actual régimen. Con presiones, ocultas y manifiestas, con intimidaciones, con perspectivas de ventajas económicas, profesionales, cívicas o de otro género, la adhesión de los católicos a su fe –y singularmente de algunas clases de funcionarios católicos- se halla sometida a una violencia tan ilegal como inhumana”.

“Revelación, en sentido cristiano, significa la palabra de Dios a los hombres. Usar ese término para indicar las cuestiones que provienen de la sangre y de la raza, o la irradiación de la historia de un pueblo, es, en todo caso, causar desorientaciones. Tales monedas falsas no merecen pasar al tesoro lingüístico de un fiel cristiano”.

“Quien con la palabra inmortalidad no quiere expresar más que una supervivencia colectiva en la continuidad del propio pueblo, para un porvenir de indeterminada duración en este mundo, pervierte y falsifica una de las verdades fundamentales de la fe cristiana”

“En su necio afán de ridiculizar la humildad cristiana como una degradación de sí mismo y como una actitud cobarde, la repugnante soberbia de estos innovadores no consigue más que hacerse ella misma ridícula”.

“Sabemos que muchísimos de vosotros, por ser fieles a la fe y a la Iglesia y por pertenecer a asociaciones religiosas, tuteladas por el Concordato, habéis tenido y tenéis que soportar trances duros de desprecio, de sospechas, de vituperios, acusados de antipatriotismo, perjudicados en vuestra vida profesional y social”.

“Nadie piensa en poner tropiezos a la juventud alemana en el camino que debiera conducirla a la realización de una verdadera unidad nacional y a fomentar un noble amor por la libertad y una inquebrantable devoción a la patria. A lo que Nos oponemos y Nos no debemos oponer es al antagonismo voluntario y sistemáticamente suscitado entre las preocupaciones de la educación nacional y las del deber religioso. Por eso, Nos decimos a esta juventud: “Cantad vuestros himnos de libertad, más no olvidéis que la verdadera libertad es la libertad de los hijos de Dios. No permitáis que la nobleza de esta insustituible libertad desaparezca en los grilletes serviles del pecado y de la concupiscencia”.

“Os hablan mucho de grandeza heroica, contraponiéndola osada y falsamente a la humildad y a la paciencia evangélica, ; pero por qué os ocultan que se da también un heroísmo en la lucha moral, y que la conservación de la pureza bautismal representa una acción heroica, que debería ser apreciada como merece, tanto en el campo religioso como en el natural? Os hablan de las fragilidades humanas en la historia de la Iglesia, pero ¿por qué os ocultan las grandes gestas que la acompañan a lo largo de los siglos, los santos que han producido, los beneficios que la civilización occidental recibió de la unidad vital entre la Iglesia y vuestro pueblo? Os hablan mucho de ejercicios deportivos, los cuales, si se usan en una bien entendida medida, dan gallardía física, que es un beneficio para la juventud. Pero hoy se les señala, con frecuencia, una extensión que no tiene en cuenta ni la formación integral y armónica del



cuerpo y del espíritu, ni el conveniente cuidado de la vida de familia, ni el mandamiento de santificar el día del Señor”.

“Hemos pesado cada palabra de esta Encíclica en la balanza de la verdad y, al mismo tiempo, del amor”.

“No queríamos ser culpables, con un silencio inoportuno, por no haber aclarado la situación; ni de haber endurecido, con un rigor excesivo, el corazón de aquellos, que estando confiados a Nuestra responsabilidad pastoral, no Nos son menos amados porque caminen ahora por las vías del error y porque se hayan alejado de la Iglesia”.

## CAPÍTULO XII

**EL RADIOMENSAJE DEL PAPA PIO XII  
EN EL DÍA DE PENTECOSTÉS  
(1° DE JUNIO DE 1941)**



## CAPÍTULO XII

# EL RADIOMENSAJE DEL PAPA PIO XII EN EL DÍA DE PENTECOSTÉS (1° DE JUNIO DE 1941)

Monseñor Eugenio Pacelli, ungido Papa en 1939 con el nombre de PIO XII dirigió el día de Pentecostés (1° de junio) el siguiente Radiomensaje:

1. *La solemnidad de Pentecostés, gloriosa Navidad de la Iglesia de Cristo, es para nuestro ánimo, amados hijos de todo el mundo, una invitación dulce y propicia altamente amonestadora para dirigirles, en medio de las dificultades y luchas de lo presente, un mensaje de amor, de exhortación y de consuelo. Os hablamos en su momento, en que todas las energías y fuerzas físicas e intelectuales de la humanidad, se hallan tensas bajo la férrea e inexorable ley de la guerra.*

*Pero las antenas de la Colina Vaticana, no pueden transmitir sino palabras animadas por el espíritu consolador.*

### LA RADIO Y PENTECOSTES

2. *Con sincera complacencia, nos servimos hoy de este maravillosos medio para llamar la atención del mundo católico sobre una conmemoración que merece esculpirse con caracteres de oro en los fastos de la Iglesia; esto es, sobre el quincuagésimo aniversario de la publicación –ésta tuvo lugar el 15 de mayo de 1891- de la fundamental Encíclica social Rerum novarum de León XIII.*
3. *León XIII dirigió al mundo su mensaje, movido por la profunda convicción de que a la Iglesia le corresponde, no sólo el derecho, sino también el deber de pronunciar una autorizada palabra sobre las cuestiones sociales.*

*Es, competencia indiscutible de la Iglesia, en aquella parte del orden social en que éste se acerca y aun llega a tocar el campo moral, juzgar si las bases de un determinado ordenamiento social están de acuerdo con el orden inmutable que Dios Creador y Redentor ha manifestado por medio del derecho natural y de la revelación.*

### BENEFICIOS DE LA “RERUM NOVARUM”

4. *Consciente de tan gravísima responsabilidad, León XIII, al dirigir su Encíclica al mundo señalaba a la conciencia cristiana los errores y los peligros de la concepción de un socialismo materialista, las fatales consecuencias de un liberalismo económico harto empeñado en ignorar, olvidar o despreciar los deberes sociales, y exponía, con tan magistral claridad como*



admirable precisión, los principios convenientes y adecuados para mejorar –gradual y pacíficamente- las condiciones materiales y espirituales del obrero.

5. La Encíclica *Rerum novarum*, al acercarse al pueblo abrazándolo con estimación y amor, penetró en los corazones y en las mentes de la clase obrera e infundió en ella el sentimiento cristiano y la dignidad civil. Y mientras el Estado, durante el siglo XIX, por una soberbia exaltación de la libertad, consideraba como único fin suyo el tutelar la libertad con el derecho, León XIII le avisó que también era deber suyo el aplicarse a la previsión social, particularmente de los débiles y de todos los desheredados, con una amplia política social y con la creación de un derecho del trabajo. *Rerum novarum* fue la Carta Magna de la actividad social cristiana.
6. Las cuestiones que los cambios y las revoluciones sociales y, sobre todo, económicas, ofrecían a un examen moral después de la *Rerum novarum* han sido tratadas con penetrante agudeza por Nuestro inmediato Predecesor en la Encíclica *Quadragesimo Anno*.

## PROBLEMAS NUEVOS Y GRAVES

El momento presente hace muy difícil el señalar el prever los problemas y asuntos especiales, que a solicitud de la Iglesia presentará la vida social después del conflicto. No obstante, si lo futuro tiene sus raíces en lo pasado y si la experiencia de los últimos años nos es la maestra para lo porvenir, Nos pensamos servirnos de la conmemoración de hoy para dar ulteriores directrices morales sobre tres valores fundamentales de la vida social y económica; y lo haremos animados por el mismo espíritu de León XIII y desarrollando su visión, más que profética. Estos tres valores fundamentales, son: el uso de los bienes materiales, el trabajo y la familia.

7. La riqueza económica de un pueblo no consiste propiamente en la abundancia de bienes, sino, el debido bienestar personal de sus miembros. Si no se realizare esta distribución de los bienes o lo fuere sólo imperfectamente, no se logrará el verdadero fin de la economía nacional, pues, por muy grande que fuera la afortunada abundancia de los bienes disponibles, el pueblo, al no ser llamado a participar de ellos, no sería económicamente rico sino pobre.

## DEBER Y DERECHO NATURAL

8. El deber y el derecho de organizar el trabajo del pueblo pertenecen, ante todo, a los inmediatamente interesados: patronos y obreros. Si éstos no cumplen con su deber, corresponde entonces al Estado, el intervenir en el campo, en la división y en la distribución del trabajo, según la forma y medida que requieren el bien común directamente entendido.

## LA “RERUM NOVARUM” Y EL NUEVO ORDEN

9. Que no se extinga en vosotros ni se haga débil la voz insistente de los dos Pontífices de las Encíclicas sociales, que proclama el ineludible deber moral de cooperar al ordenamiento de la sociedad y, en modo especial, de la vida económica, excitando a la acción.

¿No es esto un deber sagrado para todo cristiano? No os acobarden, amados hijos, las dificultades externas, ni os desanime el obstáculo del creciente paganismo de la vida pública. No os conduzcan a engaño los suscitadores de errores y de teorías malsanas; corrientes que pretenden que, al pertenecer la redención al orden de la gracia sobrenatural y al ser por tanto obra exclusiva de Dios no necesita nuestra cooperación en este mundo. ¡Oh miserable ignorancia de la obra de Dios!: “Dicentes enim se esse sapientes, stulti facti sunt” (Rom. 22). Como si la primera eficacia de la gracia no fuera el corroborar nuestros sinceros esfuerzos para cumplir diariamente los mandatos de Dios, como individuos y como miembros de la sociedad; no os conforméis jamás, con aquella general mediocridad pública en que el común de los hombres no puede, observar los divinos preceptos.

10. *Si entre el propósito y la realidad apareció alguna vez evidente la desproporción; si hubo errores, comunes por lo demás a toda humana actividad; todo esto no puede en modo alguno ni hacer decaer el ánimo, ni detener vuestro paso, ni suscitar lamentos o acusaciones: tampoco se ha de olvidar el hecho consolador de que el inspirado mensaje del Pontífice de la Rerum novarum hizo nacer, pura y vivificadora, una fuente de espíritu social intenso, sincero y desinteresado. Conservad la noble llama del fraterno espíritu social que, hace medio siglo, encendió en los corazones de vuestros padres la luminosa y esplendente antorcha de la palabra de León XIII: Nutridla, avivadla, elevadla, ensanchad esta llama, llevadla doquier que oyereis un gemido de sufrimiento, un lamento de miseria, un grito de dolor; reanimadla sin cesar con el fuego del amor bebido en el Corazón del Redentor, a Quien está consagrado el mes que hoy comienza. Acudid a aquel Corazón divino, manso y humilde, fuente de todo consuelo en el trabajo y en el peso de toda actividad: es el Corazón de Aquél que a toda obra, genuina y pura, realizada en su nombre y con su espíritu, a favor de los que sufren, de los angustiados, de los abandonados por el mundo y de los desheredados de todo bien y fortuna, ha prometido la eterna recompensa de la bienaventuranza. ¡Vosotros, benditos de mi Padre! ¡Cuánto hicisteis al más pequeño de mis hermanos, me lo hicisteis a Mí!*





**CAPÍTULO XIII**

**LA ENCÍCLICA  
“MATER ET MAGISTRA”  
DEL PAPA JUAN XXIII**





## CAPÍTULO XIII

# LA ENCÍCLICA “MATER ET MAGISTRA” DEL PAPA JUAN XXIII

A setenta años de la “Rerum novarum” el Papa JUAN XXIII promulgó en el Vaticano, con fecha 15 de Mayo de 1961, la encíclica “MATER ET MAGISTRA”, que plantea, entre sus grandes principios, que es el hombre –y no el Estado -, el centro y fin de la vida social, la reafirmación de la propiedad privada como derecho individual y la subordinación del provecho privado al bien común; el concepto de bien común se eleva al rango supra-nacional, al consorcio de todas las naciones, se habla del “cripto-colonialismo”, y de la realística consideración de los pueblos subdesarrollados:

- (1) *Madre y Maestra de pueblos, la Iglesia católica fue fundada como tal por Jesucristo para que, en el transcurso de los siglos, encontraran su salvación, con la plenitud de una vida más excelente, todos cuantos habían de entrar en el seno de aquélla y recibir su abrazo. A esta Iglesia, columna y fundamento de la verdad, confió su divino Fundador una doble misión, la de engendrar hijos para sí y la de educarlos y dirigirlos, velando con maternal solicitud por la vida de los individuos y de los pueblos, cuya superior dignidad miró siempre la Iglesia con el máximo respeto y defendió con la mayor vigilancia.*
- (2) *La santa Iglesia, aunque tiene como misión principal santificar las almas y hacerlas partícipes de los bienes sobrenaturales, se preocupa, sin embargo, de las necesidades que la vida diaria plantea a los hombres, no sólo de las que afectan a su decoroso sustento, sino de las relativas a su interés y prosperidad.*
- (3) *Al realizar esta misión, la Iglesia cumple el mandato de su Fundador, Cristo, quien, si bien atendió principalmente a la salvación eterna del hombre, cuando dijo en una ocasión: Yo soy el camino, la verdad y la vida; y en otra: Yo soy la luz del mundo, al contemplar la multitud hambrienta, exclamó conmovido: Siento compasión de esta muchedumbre, demostrando que se preocupaba también de las necesidades materiales de los pueblos.*
- (4) *Nada, pues, tiene de extraño que la iglesia católica, siguiendo el ejemplo y cumpliendo el mandato de Cristo, haya mantenido constantemente en alto la antorcha de la caridad durante dos milenios.*
- (5) *Ahora bien, el testimonio más insigne de esta doctrina y acción social desarrollada por la Iglesia a lo largo de los siglos, ha sido y es, sin duda, la luminosa encíclica Rerum novarum, para definir los principios que habían de resolver el problema de la situación de los trabajadores en armonía con las normas de la doctrina cristiana.*
- (6) *Pocas veces la palabra de un Pontífice ha obtenido como entonces resonancia tan universal por el peso y alcance de su argumentación y la fuerza expresiva de sus afirmaciones. En realidad, las normas y llamamientos de León XIII adquirieron tanta importancia, que de ningún modo podrán olvidarse ya en lo sucesivo. Se abrió con ellos un camino más amplio a la acción de la Iglesia católica, cuyo Pastor supremo, sintiendo como propios los daños, los*

dolores y las aspiraciones de los humildes y de los oprimidos, se consagró entonces completamente a rehabilitar sus derechos.

## I. ENSEÑANZAS DE LA ENCICLICA “RERUM NOVARUM” Y SU DESARROLLO POSTERIOR EN EL MAGISTERIO DE PIO XI Y PIO XII

### LA ENCICLICA “RERUM NOVARUM”

*Situación económica y social:*

- (7) *Como es sabido, por aquel entonces la concepción del mundo económico que mayor difusión teórica y vigencia práctica había alcanzado, era una concepción que lo atribuía absolutamente todo a las fuerzas necesarias de la naturaleza y negaba, por tanto, la relación entre las leyes morales y las leyes económicas. Motivo único de la actividad económica, se afirmaba, es el exclusivo provecho individual.*
- (8) *En el mundo económico de aquel entonces se consideraba legítimo el imperio del más fuerte y dominaba completamente en el terreno de las relaciones comerciales.*
- (9) *Porque mientras las riquezas se acumulaban con exceso en manos de unos pocos, las masas trabajadoras quedaban sometidas a una miseria cada día más dura. Los salarios eran insuficientes e incluso de hambre; los proletarios se veían obligados a trabajar en condiciones tales, que amenazaban su salud, su integridad moral y su fe religiosa. Inhumanas sobre todo resultaban las condiciones de trabajo a las que eran sometidos con excesiva frecuencia los niños y las mujeres. Siempre amenazador se cernía ante los ojos de los asalariados el espectro del paro. La familia vivía sujeta a un proceso paulatino de desintegración.*
- (10) *Como consecuencia, ocurría, naturalmente, que los trabajadores, indignados de su propia suerte, pensaban rechazar públicamente esta injusta situación; y cundía de igual modo entre ellos con mayor amplitud los designios de los revolucionarios, quienes les proponían remedios mucho peores que los males que habían que remediar.*

*La Rerum novarum”, suma de la doctrina social católica:*

- (11) *Llegada la situación a este punto, publicó León XIII, con la Rerum novarum, su mensaje social, fundado en las exigencias de la propia naturaleza humana e inspirado en los principios y en el espíritu del Evangelio; mensaje que, si bien suscitó, como es frecuente, algunas discrepancias, obtuvo, sin embargo, universal admiración y general aplauso. En realidad, no era la primera vez que la Sede Apostólica, en lo relativo a intereses temporales, acudía a la defensa de los necesitados. Otros documentos de nuestro predecesor León XIII, de feliz memoria, habían ya abierto camino al que acabamos de mencionar. Fue, sin embargo la encíclica Rerum novarum la que formuló, por primera vez, una construcción sistemática de los principios y una perspectiva de aplicaciones para el futuro. Por lo cual, con toda razón juzgamos que hay que considerarla como verdadera suma de la doctrina católica en el campo económico y social.*

(12) *Se ha de reconocer que la publicación de esta encíclica demostró no poca audacia. Porque mientras algunos no tenían reparos en acusar a la Iglesia católica, como si ésta, ante la cuestión social, se limitase a predicar a los pobres la resignación y a los ricos la generosidad, León XIII no vaciló en proclamar y defender abiertamente los sagrados derechos de los trabajadores. Al iniciar la exposición de los principios de la doctrina católica en materia social, declaró paladinamente: Confiados y con pleno derecho nuestro iniciamos el tratamiento de esta cuestión, ya que se trata de un problema cuya solución viable será absolutamente nula si no se busca bajo los auspicios de la religión y de la Iglesia.*

Sus principios fundamentales:

(13) *Primeramente, con relación al trabajo, enseña que éste de ninguna manera puede considerarse como una mercancía cualquiera, porque procede directamente de la persona humana. Para la gran mayoría de los hombres, el trabajo es, en efecto, la única fuente de su decoroso sustento. Por esto no puede determinar su retribución la mera práctica del mercado, sino que han de fijarla las leyes de la justicia y de la equidad; en caso contrario, la justicia quedaría lesionada por completo en los contratos de trabajo, aun cuando éstos se hubiesen estipulado libremente por ambas partes.*

(14) *A lo dicho ha de añadirse que el derecho de poseer privadamente bienes, incluidos los de carácter instrumental, lo confiere a cada hombre la naturaleza, y el Estado no es dueño en modo alguno de abolirlo. Y como la propiedad privada lleva naturalmente intrínseca una función social, por eso quien disfruta de tal derecho debe necesariamente ejercerlo para beneficio propio y utilidad de los demás.*

(15) *Por lo que toca al Estado, cuyo fin es proveer al bien común en el orden temporal, no puede en modo alguno permanecer al margen de las actividades económicas de los ciudadanos, sino que, por el contrario ha de intervenir a tiempo, primero, para que aquéllos contribuyan a producir la abundancia de bienes materiales, cuyo uso es necesario para el ejercicio de la virtud, y, segundo, para tutelar los derechos de todos los ciudadanos, sobre todo de los más débiles, cuando son los trabajadores, las mujeres y los niños.*

(16) *Además, constituye una obligación del Estado vigilar que los contratos de trabajo se regulen de acuerdo con la justicia y la equidad, y que, al mismo tiempo, en los ambientes laborales no sufra mengua, ni en el cuerpo ni en el espíritu, la dignidad de la persona humana. A este respecto, en la encíclica de León XIII se exponen las bases fundamentales del orden justo y verdadero de la convivencia humana, que han servido para estructurar, de una u otra manera, la legislación social de los Estados en la época contemporánea, bases que, como ya observaba Pío XI, en la encíclica *Quadragesimo anno*, han contribuido al nacimiento y desarrollo de una nueva disciplina jurídica, el llamado derecho laboral.*

(17) *Por último, trabajadores y empresarios deben regular sus relaciones mutuas inspirándose en los principios de solidaridad humana y cristiana fraternidad, ya que tanto la libre competencia ilimitada que el liberalismo propugna como la lucha de clases que el marxismo predica, son totalmente contrarias a la naturaleza humana y a la concepción cristiana de la vida.*

(18) *He aquí, los principios fundamentales que deben servir de base a un sano orden económico y social.*



- (19) *Con toda razón, pues, ha sido y es reconocida hasta hoy la encíclica Rerum novarum como la carta magna de la instauración del nuevo orden económico y social.*

## LA ENCICLICA “QUADRAGESIMO ANNO”

- (20) *Pío XI, al cumplirse los cuarenta años de la publicación de aquel insigne código, conmemoró esta solemnidad con la encíclica Quadragesimo anno.*

### Contenido doctrinal:

- (21) *En este documento, el Sumo Pontífice confirma, ante todo, el derecho y el deber de la Iglesia católica de contribuir primordialmente a la adecuada solución de los gravísimos problemas sociales que tanto angustian a la humanidad.*
- (22) *Dudaban algunos entonces sobre el criterio que debían sostener realmente los católicos acerca de la propiedad privada, la retribución obligatoria de la mano de obra y, finalmente, la tendencia moderada del socialismo.*
- (23) *En lo que toca al primer punto, nuestro predecesor reitera el origen natural del derecho de propiedad privada, analizando y aclarando, además el fundamento de su función social.*
- (24) *En cuanto al régimen del salariado, rechaza primero el augusto Pontífice la tesis de los que lo consideran esencialmente injusto.*
- (25) *Es asimismo de suma importancia doctrinal y práctica la afirmación de Pío XI de que el trabajo no se puede valorar justamente ni retribuir con equidad si no se tiene en cuenta su doble naturaleza, social e individual.*

### Cambio Histórico:

- (26) *No olvidó, sin embargo Pío XI que, a lo largo de los cuarenta años transcurridos desde la publicación de la encíclica de León XIII, la realidad de la época había experimentado profundo cambio. Varios hechos lo probaban, entre ellos la libre competencia.*
- (27) *Por tanto, la dictadura económica ha suplantado al mercado libre; al deseo del lucro ha sucedido la desenfrenada ambición del poder; la economía toda se ha hecho horriblemente dura, inexorable, cruel. De aquí se seguía lógicamente que hasta las funciones públicas se pusieran al servicio de los económicamente poderosos; y de esta manera las riquezas acumuladas tiranizaban en cierto modo a todas las naciones.*

### Principios fundamentales:

- (28) *Mas los principios fundamentales que caracterizan la encíclica de Pío XI pueden reducirse a dos. Primer principio: prohibición absoluta de que en materia económica se establezca como ley suprema el interés individual o de grupo, o la libre competencia ilimitada, o el predominio abusivo de los económicamente poderosos, o el prestigio de la nación, o el afán de dominio, u otros criterios similares.*

- (29) *Por el contrario, en materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social.*
- (30) *El segundo principio de la encíclica de Pío XI manda que se establezca un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas y privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común.*

## EL RADIOMENSAJE “LA SOLENNITA”

- (31) *También ha contribuido no poco nuestro predecesor, de inmortal memoria, Pío XII a esta labor de definir los derechos y obligaciones de la vida social. El 1º de Junio de 1941, en la fiesta de Pentecostés, dirigió un radiomensaje al orbe entero para llamar la atención del mundo católico sobre un acontecimiento digno de ser esculpido con caracteres de oro en los fastos de la Iglesia: el quincuagésimo aniversario de la publicación de la trascendental encíclica “Rerum novarum”, de León XIII.*

Tres cuestiones fundamentales:

- (32) *En este radiomensaje, aquel gran Pontífice reivindica para la Iglesia la indiscutible competencia de juzgar si las bases de un orden social existente están de acuerdo con el orden inmutable que Dios, Creador y Redentor, ha promulgado por medio del derecho natural y de la revelación; confirma la vitalidad perenne y fecundidad inagotable de las enseñanzas de la encíclica de León XIII, y aprovecha la ocasión para explicar más profundamente las enseñanzas de la Iglesia católica sobre tres cuestiones fundamentales de la vida social y de la realidad económica, a saber, el uso de los bienes materiales, el trabajo y la familia, cuestiones todas que, por estar mutuamente entrelazadas y unidas, se apoyan unas a otras.*

## MOTIVOS DE ESTA NUEVA ENCICLICA

- (33) *Nos, por tanto, a la vista de lo anteriormente expuesto, sentimos el deber de mantener encendida la antorcha levantada por nuestros grandes predecesores y de exhortar a todos a que acepten como luz y estímulo las enseñanzas de sus encíclicas, si quieren resolver la cuestión social por los caminos más ajustados a las circunstancias de nuestro tiempo. Juzgamos, por tanto, necesaria la publicación de esta nuestra encíclica, no ya sólo para conmemorar justamente la Rerum novarum, sino también para que, de acuerdo con los cambios de la época, subrayemos y aclaremos con mayor detalle, por una parte, las enseñanzas de nuestros predecesores, y, por otra, expongamos con claridad el pensamiento de la Iglesia sobre los nuevos y más importantes problemas del momento.*

## I. PUNTUALIZACIÓN Y DESARROLLO DE LAS ENSEÑANZAS SOCIALES

## DE LOS PONTIFICES ANTERIORES

### INICIATIVA PRIVADA E INTERVENCION DE LOS PODERES PUBLICOS EN EL CAMPO ECONOMICO

- (34) *Como tesis inicial, hay que establecer que la economía debe ser obra, ante todo, de la iniciativa privada.*
- (35) *Sin embargo, por las razones que ya adujeron, es necesaria también la presencia activa del poder civil en esta materia, a fin de garantizar una producción creciente que promueva el progreso social y redunde en beneficio de todos los ciudadanos.*
- (36) *Esta acción del Estado, está fundamentada en el principio de la función subsidiaria, formulado por Pío XI en la encíclica Quadragesimo anno: Sigue en pie en la filosofía social un gravísimo principio, inamovible e inmutable: así como no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, así tampoco es justo, porque daña y perturba gravemente el recto orden social, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden realizar y ofrecer por sí mismas, y atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, en virtud de su propia naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos ni absorberlos.*

## LA SOCIALIZACION

*Definición, naturaleza y causas:*

- (37) *Una de las notas más características de nuestra época es el incremento de las relaciones sociales, o sea la progresiva multiplicación de las relaciones de convivencia, con la formación consiguiente de muchas formas de vida y de actividad asociada, que han sido recogidas, la mayoría de las veces, por el derecho público o por el derecho privado.*

*Ayudar sin incurrir en un nuevo colonialismo:*

- (38) *Es necesario, asimismo, que las naciones económicamente avanzadas eviten con especial cuidado la tentación de prestar su ayuda a los países pobres con el propósito de orientar en su propio provecho la situación política de dichos países y realizar así sus planes de hegemonía mundial.*
- (39) *Si en alguna ocasión se pretende llevar a acabo este propósito, débese denunciar abiertamente que lo que se pretende, en realidad, es instaurar una nueva forma de colonialismo.*
- (40) *Razones de necesidad y de justicia exigen, por consiguiente, que los Estados que prestan ayuda técnica y financiera a las naciones poco desarrolladas lo hagan sin intención alguna de dominio político.*





## CAPÍTULO XIV

### LA ENCÍCLICA “PACEM IN TERRIS” DEL PAPA JUAN XXIII





## CAPÍTULO XIV

# LA ENCÍCLICA “PACEM IN TERRIS” DEL PAPA JUAN XXIII



A los cuatro años y medio de su asunción al Papado y cincuentitrés días antes de morir, el Papa Juan XXIII promulgó en el Vaticano su famosa encíclica “Pacem in Terris”, el día de Jueves Santo, 11 de Abril de 1963.

Esta encíclica apareció dos años mas tarde de la “Mater et Magistra”, el 11 de Abril de 1963, el día de Jueves Santo, entre la primera y la segunda sesión del Concilio Vaticano II.

El impacto mundial de esta encíclica fue comentada por U Thant, Secretario General de las Naciones Unidas, por el Director General de la UNESCO al terminar la sesión 65 de su Consejo Ejecutivo, por la conferencia de Ginebra y por muchos Presidentes y Jefes de Estado, lo que demuestra el interés de todo el mundo por los pronunciamientos de la Iglesia en su doctrina social.

La introducción a esta famosa encíclica trata “Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad”:

“La paz en la tierra, suprema aspiración de toda la humanidad a través de la historia, es indudable que no puede establecerse ni consolidarse si no se respeta fielmente el orden establecido por Dios”.

Sintetizo, a continuación, inspirándome en el sumario los temas fundamentales de esta encíclica:

### PARTE PRIMERA

#### LOS DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE

11. *A la existencia, a un nivel de vida digno y a los servicios que éste exige;*
12. *A la buena fama, a la búsqueda de la verdad, a la libre expresión de las ideas y la información;*
13. *A la cultura y la enseñanza en todos sus grados;*
14. *A rendir culto a Dios según el dictamen de la recta conciencia;*
- 15-17. *A la libre elección del propio estado, al sostenimiento de la familia y la educación de los hijos;*
- 18-22. *A la libre iniciativa en lo económico, al trabajo, al salario justo y la propiedad privada;*
- 23-24. *A la libre asociación en todos los campos;*

25. *A la emigración dentro y fuera del país;*  
 26-27. *A la participación activa en la vida pública y a la defensa jurídica de todos estos derechos.*

Los deberes naturales del hombre son:

- 28-29. *Conservar la vida, vivir dignamente, buscar la verdad;*  
 29. *Reconocer y respetar los derechos ajenos;*  
 31-32. *Colaborar para hacer fácil a todos el ejercicio de los derechos indicados;*  
 33. *Colaborar en la prosperidad común;*  
 34. *Proceder consciente y responsablemente en todas las esferas de la vida.*

La convivencia debe basarse:

35. *En la verdad, justicia, amor y libertad. El desarrollo de la sociedad es paralelo al desarrollo de la libertad.*  
 36-38. *Es una realidad principalmente espiritual, en la que deben encontrar su orientación todos los valores sociales de la humanidad.*  
 39-44. *Tres notas caracterizan actualmente la convivencia: primera, la presencia activa de los trabajadores en el campo económico-social; segunda, el ingreso de la mujer en la vida pública; tercera, la independencia de los pueblos afroasiáticos y la acentuación del principio de igualdad de todos los hombres.*  
 45. *Todo ello puede facilitar una convivencia fundada en el orden moral divino.*

## PARTE SEGUNDA

### RELACIONES ENTRE LOS PODERES PUBLICOS Y EL CIUDADANO

- 46-48. *La autoridad es necesaria en toda sociedad. Su origen deriva de Dios, Consiste en la facultad de mandar según razón. Es ante todo una fuerza moral.*  
 49-51. *Debe respetar el orden establecido por Dios. Sólo así se salva la dignidad de la obediencia en el ciudadano. La legislación no debe apartarse del orden moral en que la autoridad se basa.*  
 52. *Esta doctrina se concilia perfectamente con la democracia legítima.*  
 53-54. *El bien común es la razón de ser de la autoridad. A su logro deben contribuir todos los ciudadanos y las entidades intermedias.*  
 55. *El contenido del bien común está determinado por las exigencias de la naturaleza humana y por las características de cada grupo humano.*  
 56. *En el disfrute del bien común deben participar todos los ciudadanos. El estado debe garantizar que tengan una participación efectiva.*  
 57-59. *Por otra parte, el contenido del bien común abarca tanto los bienes del cuerpo como los del espíritu. No debe, por tanto, obstaculizar el fin último del hombre.*

En materia de bien común, los poderes públicos tienen los siguientes deberes:

- 60-61. *Promover los derechos del hombre y facilitar a éste el cumplimiento de sus deberes;*  
 62. *Armonizar los derechos y deberes de los ciudadanos y tutelar su ejercicio equilibrado;*

63. *Contribuir a la creación de un ambiente social que facilite el ejercicio y cumplimiento de derechos y deberes; evitar desequilibrios económicos, sociales y culturales en el seno de la comunidad;*
64. *Simultanear desarrollo económico y progreso social, crear y mantener servicios públicos, dar remedio en caso de calamidades públicas, amplia oferta de trabajo y salario justo;*
- 65-66. *Evitar que se creen posiciones de privilegio y no ahogar la iniciativa privada.*
67. *La estructura jurídica de los poderes públicos está condicionada por la situación histórica de cada país.*
68. *El principio de la división de poderes, entendido como residencia de las diversas funciones en órganos diferenciados, es muy conveniente, porque garantiza y protege al ciudadano.*
69. *El poder legislativo debe atender a la moral y a la realidad del momento; el ejecutivo debe aplicar la ley con sentido realista; el judicial debe proceder con independencia. El ciudadano y las entidades intermedias deben tener una tutela eficaz.*
- 70-72. *La ordenación jurídica del Estado es elemento fundamental para la realización del bien común, pero no siempre puede amoldarse a la cambiante realidad. Las autoridades deben atenerse al ordenamiento jurídico y a su inspiración de fondo, así como también a las exigencias concretas de la vida social. Cualidades morales que para ello debe poseer el gobernante.*
- 73-74. *Debe favorecerse y estimularse la participación del ciudadano en la vida pública la cual es un derecho y un deber del que se siguen muchas ventajas.*
- 75-77. *En materia de derecho constitucional, la tendencia moderna recoge en las constituciones la carta de los derechos del hombre, la estructura y funcionamiento de los poderes públicos y las relaciones de éstos con el ciudadano.*
- 78-79. *El voluntarismo jurídico es falso. Pero la tendencia apuntada es signo de la creciente conciencia que el hombre va adquiriendo de sus derechos y deberes.*

## PARTE TERCERA.- RELACIONES ENTRE LOS ESTADOS

- 80-85. *Las comunidades políticas son, en el orden internacional, sujetos de derechos y deberes. Sus relaciones están sometidas al orden moral.*

*Las relaciones internacionales deben basarse:*

- 86-90. *En la verdad: Hay, pues, que eliminar todo racismo. Hay que sancionar el principio de igualdad natural de todos los Estados. Hay que sanear el mundo de la información para fomentar el mutuo conocimiento de los pueblos;*
- 91-97. *En la justicia: cada Estado tiene el derecho de ser respetado y el deber de respetar a los demás. Las diferencias no deben zanjarse por la fuerza, sino con soluciones equitativas alcanzadas de mutuo acuerdo. Deben respetarse los valores de las minorías étnicas y nacionales, pero éstas deben a su vez mantener sus pretensiones dentro de los límites que la justicia y la realidad imponen;*
98. *En la solidaridad común: expresada en múltiples formas de colaboración y asociación. Hoy día la acción conjunta de los Estados es absolutamente necesaria incluso para lograr el bien común de la propia comunidad política.*
- 99-100. *Deben fomentarse los intercambios entre los ciudadanos y entidades intermedias de todos los pueblos.*
- 101-102. *Debe procurarse que el capital acuda a donde hay mano de obra disponible o tierras cultivables no explotadas todavía.*



- 103-108. Debe resolverse el problema de los prófugos políticos y tutelarse el derecho natural del hombre a la emigración.
- 109-119. Debe cesar la carrera de armamentos. Hay que proscribir las armas nucleares. Debe lograrse un desarme mutuo gradual y garantizado. Este desarme requiere el previo desarme de las conciencias, el cual exige el reconocimiento general de un orden moral común y superior. Es ésta una exigencia de la razón, un deseo de todos los hombres honrados y una fuente de bienes para los pueblos;
- 120-125. En la libertad: ninguna nación debe oprimir a las otras ni interferirse en sus asuntos. El principio de la mutua ayuda es hoy más imperioso que nunca. Los países desarrollados deben ayudar a los que están en vías de desarrollo o situación de subdesarrollo, pero esta ayuda no debe lesionar la libertad e independencia del país al que se ayuda. Deben respetarse también las características propias y las instituciones tradicionales de cada pueblo.
- 126-129. Las diferencias internacionales no deben resolverse por la fuerza de las armas, sino por medio de convenios. La guerra no es ya un medio apto para resarcir el derecho violado.

## PARTE CUARTA.- ESTABLECIMIENTO DE UNA COMUNIDAD MUNDIAL

- 130-131. Necesidad de una autoridad mundial. La interdependencia de los Estados en todos los campos es hoy un hecho y una necesidad ineludible, que plantea el problema de atender debidamente al bien universal de la humanidad.
- 132-135. La organización actual de la autoridad pública estatal en relación con este bien común universal es insuficiente. El derecho internacional ha sido rebasado en este punto.
- 136-138. Por exigencias del orden moral, hoy día es necesaria una autoridad pública única en un plano mundial. Lo exige el bien común universal. Esta autoridad nueva debe establecerse con el consentimiento de todas las naciones y no debe ser impuesta por la fuerza.
139. El bien común universal. La autoridad pública mundial debe proteger en primer lugar los derechos de la persona humana.
140. Las relaciones entre esta autoridad y las autoridades nacionales deben estar regidas por el principio de subsidiariedad.
141. Campo propio de dicha autoridad son todos los problemas que el bien común universal plantea. Pero dejando a salvo la autonomía de las autoridades nacionales en todo lo que éstas puedan resolver por sí solas.
- 142-145. La O.N.U.: su creación y finalidades. Su esfera de competencia. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Tiene algunos puntos no probables. Pero es un primer paso para la creación de la comunidad mundial.

## PARTE QUINTA.- RECOMENDACIONES PASTORALES

146. El deber de intervenir en la vida pública. El católico debe procurar que las instituciones civiles ayuden al hombre en el orden natural y sobrenatural.
- 147-148. Deben estar, para ello, preparados técnicamente y poseer experiencia probada para cristianizar la vida social moderna.
- 149-150. Deben actuar de acuerdo con las leyes propias de cada técnica o actividad y ajustar su conducta al orden moral natural y revelado.
- 151-153. Fe y conducta: Se observa un debilitamiento de la inspiración cristiana en países de antigua tradición cristiana. La causa de este hecho es la falta de coherencia entre la fe y la conducta de ciertos católicos; incoherencia debida principalmente a una instrucción deficiente

*en la doctrina cristiana y a una insuficiente práctica de la moral cristiana. Hay que lograr que la formación religiosa esté al nivel de la formación profesional que cada uno tiene.*

154-156. *Criterios para la acción social de los católicos.*

154-157. *Es difícil determinar la aplicación práctica de los principios a cada situación concreta. La aceleración actual de la vida aumenta esta dificultad. El cristiano no puede vivir contento con lo logrado en este campo. Queda mucho por realizar todavía.*

157. *Los principios expuestos en esta encíclica ofrecen campo amplio para colaborar con los cristianos separados y aun con los hombres que observan los principios de la ley natural.*

158. *Hay que distinguir entre el hombre que yerra y el error que profesa. El hombre es siempre susceptible de salvación.*

159-160. *Hay que distinguir también las teorías filosóficas y las iniciativas de carácter económico, social, cultural y político. En estas últimas pueden haber elementos utilizables. En consecuencia, ciertos contactos de orden práctico, que antes eran inútiles, hoy pueden ser provechosos. La prudencia es la que debe determinar la decisión concreta en cada caso. Es la autoridad competente la que debe decidir en este punto.*

161-162. *No es la revolución la que arregla los problemas; hay que lograr las soluciones por la vía de la evolución pacífica. La vida no procede por saltos, sino paso a paso.*

## EPILOGO

163. *Hay que restablecer todos los grados de la convivencia en la verdad, justicia, amor y libertad. Tarea ardua, pero nobilísima, a la que están llamados todos los hombres de buena voluntad.*

164-165. *No son muchos los hombres preparados para llevarla a cabo. Pero merecen el elogio del Papa, quien los alienta a perseverar en la empresa. Todos los cristianos deben ser hoy antorchas de luz en el caliginoso mundo actual. Su acción será tanto más eficaz cuanto más unidos estén con Dios.*

166-167. *El Papa anhela la consolidación de la paz. A la paz consagrará todos sus esfuerzos. Pero la paz será palabra vana si no se funda en el orden divino que esta encíclica ha recordado.*

168-172. *Es ésta una empresa en la que se requiere el auxilio del cielo. Hay que volver a Cristo, Príncipe de la Paz. La sagrada liturgia nos lo recuerda en estos días. Amaos todos por la paz.*





CAPÍTULO XV

EL CONCILIO VATICANO II





## CAPÍTULO XV

# EL CONCILIO VATICANO II

Uno de los más grandes acontecimientos históricos de todos los tiempos y, especialmente, del siglo XX, fue el Concilio Vaticano II inaugurado por el Papa Juan XXIII el 11 de Octubre de 1962 y clausurado por el Papa Pablo VI en la plaza de San Pedro el 8 de Diciembre de 1965.

Un concilio es una asamblea de eclesiásticos que se reúnen para tratar de asuntos de la Iglesia.

Un concilio ecuménico es presidido por el Papa, quien lo convoca, lo preside y lo confirma bajo la inspiración del Espíritu Santo, quien es su principal protagonista porque es el mismo Espíritu Santo el que habla por el Concilio.

La Biblia y la tradición son fuentes que establecen la autoridad, la certidumbre y la santidad de los Concilios de la Iglesia. Así, en la época de los Apóstoles la Iglesia se reunió en Jerusalén para tratar de algunas cuestiones de que dan cuenta “Hechos de los Apóstoles”, 15, 6 a 29 y Gálatas 2, 2 a 10 (véase). Así también, el Concilio de Antioquía, véase: Hechos, 15, 30 a 33; Gálatas, 2, 11 a 29.

Adviértase, cómo en Gálatas 3-1-3, la fé apasionada de San Pablo exhorta y fustiga a los galatas por haberse dejado fascinar y persuadir por herejes que pervierten el Evangelio de Cristo: 1, 6-7: “Me maravillo de que tan pronto abandonando al que os llamó a la gracia de Cristo os hayais pasado a otro evangelio. No es que haya otro; lo que hay es que algunos os turban y pretenden pervertir el evangelio de Cristo”. Y los enrostra: “¡ Oh insensatos galátas! ¿quién os fascinó a vosotros para no obedecer a la verdad”. (3-1)... “Tan necios sois? ¿Habiendo comenzado por el Espíritu, ahora vais a acabar por la carne?(3-3).

La historia de los Concilios es la historia de la Iglesia Católica que, a partir de Cristo, instruye por medio de su palabra y dá su ejemplo a los apóstoles y que, luego, a partir de la experiencia de Pentecostés proclama su fé en el Espíritu Santo. Por ello, “la Iglesia profesa su fé en el Espíritu Santo que es Señor y dador de vida”(1).

Así lo profesa el Concilio de Nicea y el de Constantinopla y así prosigue ininterrumpidamente la historia conciliar de la Iglesia hasta el Concilio Vaticano II que ha planteado al mundo “un espíritu nuevo, un humanismo nuevo, una nueva esperanza y una nueva visión de la historia y del mundo en que vivimos”(2).

(1).- JUAN PABLO II: Encíclica “Dominum et Vivificantem”, Introducción 1.

(2).- MONSEÑOR CASIMIRO MORCILLO, Arzobispo de Madrid, Prólogo a “Concilio Vaticano II. Constituciones, Decretos, Declaraciones”, pág, Biblioteca de autores cristianos, B.A.C., Madrid - MCMLXX

Según el Santo Padre Juan XXIII, recientemente canonizado por Juan Pablo II, “La Iglesia asiste en nuestros días a una grave crisis de la humanidad que traerá consigo profundas mutaciones. Un orden nuevo se está gestando, y la Iglesia tiene ante sí misiones inmensas, como en las épocas más trágicas de la historia”. “Lo que se exige hoy de la Iglesia es que infunda en las venas de la humanidad la virtud perenne del Evangelio. La humanidad alardea de sus recientes conquistas en el campo científico y técnico, pero sufre también las consecuencias de un orden temporal que algunos han querido organizar prescindiendo de Dios. Por esto, el progreso espiritual del hombre contemporáneo no ha seguido los pasos del progreso material. De aquí surgen la indiferencia por los bienes inmortales, el afán desordenado por los placeres de la tierra, que el progreso técnico pone con tanta facilidad al alcance de todos, y, por último, un hecho completamente nuevo y desconcertante, cual es la existencia de un ateísmo militante, que ha invadido ya a muchos pueblos”<sup>(3)</sup>.

El Concilio Vaticano II se desarrolló mediante una Comisión ante-preparatoria presidida por el Cardenal **TARDINI**.

La primera etapa conciliar se desarrolló del 11 de Octubre al 8 de Diciembre de 1962.

El 3 de Junio de 1963 muere el Papa Juan XXIII y el Cónclave cardenalicio eligió el 21 de Junio de ese mismo año a Monseñor **GIOVANNI BATTISTA MONTINI** que había sido Secretario de estado del Vaticano pasando a gobernar, la Iglesia con el nombre de Paulo VI hasta el 6 de Agosto de 1978 en que murió.

El 27 de Junio de 1963 el Papa Pablo VI anunció que la segunda etapa conciliar se abriría el 29 de Septiembre encargando de dirigir los trabajos del Concilio a los Cardenales Agagianan, Lercaro, Doepfner y Suenens.

En el Concilio participaron más de 2,800 obispos más una serie de observadores ortodoxos y protestantes, pero, sobretudo, una serie de teólogos de extraordinaria influencia por su docencia pedagógica en las cátedras de Teología como **YVES CONGAR**, **HENRY DE LUBAC**, **TEILHARD DE CHARDIN** y el padre jesuita **KARL RAHNER** que era un brillante profesor de Teología en Innsbruck, Múnich y en Münster y profesor honorario en Madrid, Strasburgo, Notre Dame, Saint Louis y Yale a quien Juan XXIII lo nombró en 1960 consultor de la comisión preparatoria del Concilio y a quien Pablo VI le agradeció personalmente su labor teológica. Su influjo en el desarrollo del Concilio, como asesor del episcopado alemán y austríaco y perito de varias comisiones fue extraordinario<sup>(4)</sup>. Sus ideas contribuyeron a conformar muchos de los decretos conciliares más cruciales.

(3).- **JUAN XXIII**: “Constitución Humanae Salutis”, 2. cfr. en “Concilio Vaticano II”, pág. 10, B.A.C., Madrid, MCMLXX.

(4).- Exponente de este reconocimiento universal son las incontables personalidades que se adhirieron en 1964 al Libro-Homenaje ofrecido con motivo de su sesenta aniversario, entre ellos, catorce cardenales, dos patriarcas, cientodieciseis arzobispos y numerosos teólogos católicos y protestantes y profesores de muchísimas universidades. Con motivo de su 70 aniversario, la Universidad de Madrid le dedicó un Libro – Homenaje intitulado “Teología y Mundo Contemporáneo. Homenaje a Karl Rahner en su 70 cumpleaños” Ediciones Cristianas, Madrid, 1975.

El documento central del Concilio fue el Decreto o Constitución dogmática “**LUMEN GENTIUM**” que empieza así: “**LUMEN GENTIUM** cum sit Christus”... “Cristo es la luz de los pueblos. Por ello este sacrosanto Sínodo, reunido en el Espíritu Santo, desea ardientemente iluminar a todos los hombres, anunciando el Evangelio a toda criatura (cf. Mc 16,15), con la claridad de Cristo, que resplandece sobre la faz de la Iglesia. Y porque la Iglesia es en Cristo como un sacramento, o sea signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano, ella se propone presentar a sus fieles y a todo el mundo con mayor precisión su naturaleza y su misión universal, abundando en la doctrina de los concilios precedentes. Las condiciones de nuestra época hacen más urgente este deber de la Iglesia, a saber, el que todos los hombres, que hoy están más íntimamente unidos por múltiples vínculos sociales, técnicos y culturales, consigan también la unidad completa en Cristo”<sup>(5)</sup>.

El otro gran documento conciliar del Vaticano II fue la Constitución Pastoral “Gaudium et spes” promulgada por Paulo VI el 7 de Diciembre de 1965, según la cual: “Gaudium et spes”: “Los gozos y las esperanzas, las tristezas y las angustias de los hombres de nuestros tiempos, sobre todo de los pobres y de cuantos sufren, son a la vez gozos y esperanzas, tristezas y angustias de los discípulos de Cristo. Nada hay verdaderamente humano que no encuentre eco en su corazón. La comunidad cristiana está integrada por hombres que, reunidos en Cristo, son guiados por el Espíritu Santo en su peregrinar hacia el reino del Padre y han recibido la buena nueva de la salvación para comunicarla a todos. La iglesia por ello se siente íntima y realmente solidaria del género humano y de su historia”<sup>(6)</sup>.

(5).- Concilio Vaticano II, pág. 40-41, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLXX

(6).- CONCILIO VATICANO II, pág. 260-261, B. A.C., Madrid, MCMLXX.







**CAPÍTULO XVI**

**EL PENSAMIENTO Y LAS ENCÍCLICAS  
DE JUAN PABLO II**



## CAPITULO XVI

# EL PENSAMIENTO Y LAS ENCÍCLICAS DE JUAN PABLO II

Santo y sabio, Monseñor KAROL WOJTYLA, arzobispo de Cracovia, fue nombrado por la Gracia de Dios, Vicario de Cristo, asumiendo el Papado en 1979 con el nombre de Juan Pablo II.

La génesis de su vocación sacerdotal nos la ha explicado el Santo Padre en un hermoso libro de autobiografía titulado “Don y Misterio”. Leámoslo:

*“¿Cuál es la historia de mi vocación sacerdotal? La conoce sobre todo Dios. En su dimensión más profunda, toda vocación sacerdotal es un gran misterio, es un don que supera infinitamente al hombre”*



*“La vocación es el misterio de la elección divina: “No me habéis elegido vosotros a mí, sino que yo os he elegido a vosotros, y os he destinado para que vayáis y deis fruto, y que vuestro fruto permanezca” (Jn 15, 16). Antes de haber sido formado yo en el seno materno, te conocía, y antes que nacieses, te tenía consagrado: yo, profeta de las naciones te constituí (Jn 1, 5)”*

*“Por eso, cuando en las más diversas circunstancias, hablamos del sacerdocio y damos testimonio del mismo, debemos hacerlo con gran humildad, conscientes de que Dios “nos ha llamado con una vocación santa, no por nuestras obras, sino por su propia determinación y por su gracia” (2 Tm 1, 9)”*

*“En el otoño de 1942 tomé la decisión definitiva de entrar en el seminario de Cracovia, que funcionaba clandestinamente. Comencé los estudios en la Facultad teológica de la Universidad Jaghellonica, también clandestina, mientras continuaba trabajando como obrero en Solvay”*

*“Durante el período de la ocupación el Arzobispo Metropolitano estableció el seminario, siempre de modo clandestino, en su residencia. Permanecí en este seminario peculiar, desde septiembre de 1944 hasta el 18 de enero de 1945, el día -o mejor dicho, la noche- de la liberación”*

*“Los años sucesivos, 1944 y 1945, fueron testigos de mi creciente dedicación en la Universidad Jaghellonica. En la Facultad teológica tuve la suerte de conocer algunos profesores eminentes. Hoy abrazo con un recuerdo lleno de gratitud a todos mis profesores, que en el período del seminario contribuyeron a mi formación. ¡Qué el Señor recompense sus esfuerzos y sacrificios!”*



“A comienzos del quinto año, el Arzobispo decidió que me trasladara a Roma para completar mis estudios. Fue así como, anticipándome a mis compañeros, fui ordenado sacerdote el 1 de Noviembre de 1946 (1)”.

“Quien se dispone a recibir la sagrada Ordenación se postra totalmente y apoya la frente sobre el suelo del templo, manifestando así su completa disponibilidad para sumir el ministerio que le es confiado. Este rito ha marcado profundamente mi existencia sacerdotal. Años más tarde, en la Basílica de San Pedro –estábamos al principio del Concilio- recordando el momento de la Ordenación sacerdotal, escribí una poesía de la cual quiero citar un fragmento:

“Eres tú, Pedro. Quieres ser aquí el Suelo sobre el que caminan los otros.... para llegar allá donde guías sus pasos...

Quieres ser Aquél que sostiene los pasos, como la roca sostiene el caminar ruidoso de un rebaño:

Roca es también el suelo de un templo gigantesco.  
Y el pasto es la cruz”

(Iglesia: Los pastores y las Fuentes. Basílica de San Pedro, otoño de 1962: 11.X-8.XII. El Suelo)(2).

“A principios de julio de 1948 defendía la tesis doctoral en el Angelicum e inmediatamente después me puse en camino de regreso a Polonia. He aludido antes a que en los dos años de permanencia en la Ciudad Eterna había “aprendido” intensamente Roma: la Roma de las catacumbas, la Roma de los mártires, la Roma de Pedro y Pablo, la Roma de los confesores. Vuelvo a menudo a aquellos años con la memoria llena de emoción. Al regresar llevaba conmigo no sólo un mayor bagaje de cultura teológica, sino también la consolidación de mi sacerdocio y la profundización de mi visión de la Iglesia. Aquel período de intenso estudio junto a las Tumbas de los Apóstoles me había dado tanto desde todos los puntos de vista”.

“Ciertamente podría añadir muchos otros detalles acerca de esta experiencia decisiva. Prefiero, sin embargo, resumirlo todo diciendo que gracias a Roma mi sacerdocio se había enriquecido con una dimensión europea y universal. Regresaba de Roma a Cracovia con el sentido de la universalidad de la misión sacerdotal, que sería magistralmente expresado por el Concilio Vaticano II, sobre todo en la Constitución dogmática sobre la Iglesia “Lumen Gentium”(3).

(1).- JUAN PABLO II: “Don y Misterio. Autobiografía. En el 50 aniversario de mi ordenación sacerdotal”, pag. 27-29. Plaza & Janes Editores, Barcelona, 1997.

(2).- JUAN PABLO II: ob. cit., pag. 59-60.

(3).- JUAN PABLO II: “Don y Misterio. Autobiografía. En el 50 aniversario de mi ordenación sacerdotal”, pag. 73-74. Plaza & Janes Editores, Barcelona, 1997.

Justamente, sus decisivas intervenciones en el Concilio Vaticano II suscitaron la atención acerca de él entre todos los Obispos del Mundo y los teólogos que asistían a este sínodo mundial. El Espíritu de Dios hablaba por su boca y, por ello, creo que en un Santo. Lo advierto leyendo todas sus intervenciones, todas sus encíclicas, todas y cada una de sus profundas reflexiones, como la que estoy leyendo hoy día en “L’osservatore romano” correspondiente al 6 de Octubre del 2000: y que dice:

*“Los santos nos invitan a dar Testimonio de Cristo” (Al final de la misa de canonización de 123 beatos, el día Domingo 1 de Octubre del 2000).*

*“Los santos que hoy han sido elevados a la gloria de los altares nos impulsan a dirigir la mirada a Cristo. Viviendo arraigados en la fe en él, el Redentor de todos los hombres, el Hijo unigénito que está en el seno del Padre y lo relevó (cf. Jn 1, 18). Los santos nos invitan a confesarlo con alegría, a amarlo con todo el corazón y a dar testimonio de él.*

*En la cumbre del Año jubilar, con la declaración Dominus Iesus –Jesús es el Señor-, que aprobé de forma especial, quise invitar a todos los cristianos a renovar su adhesión a él con la alegría de la fe, testimoniando unánimemente que él es, también hoy y mañana, “el camino, la verdad y la vida”(Jn 14, 6). Nuestra confesión de Cristo como Hijo único, mediante el cual nosotros mismos vemos el rostro del Padre (cf. Jn 14, 8), no es arrogancia que desprecie las demás religiones, sino reconocimiento gozoso porque Cristo se nos ha manifestado sin ningún mérito de nuestra parte. Y él, al mismo tiempo, nos ha comprometido a seguir dando lo que hemos recibido y también a comunicar a los demás lo que se nos ha dado, porque la verdad dada y el amor que es Dios pertenecen a todos los hombres” (\*).*

---

(\*).-JUAN PABLO II: “Los santos nos invitan a dar testimonio de Cristo” en “L’osservatore romano” del 6 de Octubre del 2000, pág. 1.

**En el pensamiento de Juan Pablo II “la santidad es una semejanza a Cristo”<sup>(5)</sup>.**

*Pero, la santidad exige la humildad porque “la humildad es el primer paso hacia la santidad”<sup>(6)</sup>.*

Y aquí debo subrayar que la santidad se debe alcanzar en la vida ordinaria y en el trabajo de todos los días:

*“Con la mirada puesta en Dios, podéis y debéis santificaros sin apartaros de vuestras ocupaciones diarias, en el campo, en la familia, en el trato de amistad, en las diversiones, en el descanso”<sup>(7)</sup>.*

*“Ser santo significa oponerse al pecado, a la ruptura con Dios. El hombre que no sigue a Jesús permanece esclavo del pecado”<sup>(8)</sup>.*

*“La verdad es que todos estamos llamados – no tengamos miedo de la palabra – a la santidad (; y el mundo tiene hoy muchas necesidades de santos!) una santidad cultivada por todos, vivida según los dones y las funciones que cada uno ha recibido”<sup>(9)</sup>.*

*“El Señor llama a todos los cristianos a la santidad, a imitarle, a la vida según el evangelio”<sup>(10)</sup>.*

*“La santidad cristiana tiene su raíz en la adhesión a Cristo por medio de la fé y del bautismo. Es lo que pone de relieve el texto Paulino: “un solo Señor, una sola fé, un solo bautismo”(Efesios, 4, 5), citado por el Concilio Vaticano II que, de allí deduce la afirmación sobre la comunión que vincula a los cristianos n Cristo y en la Iglesia (“Lumen Gentium”, 32). En esta participación en la vida de Cristo mediante el bautismo se injerta la santidad ontológica, eclesiológica y ética de todo creyente, sea clérigo o laico.*

*La santidad es pertenencia a Dios y esta pertenencia se realiza en el bautismo, cuando Cristo toma posesión del ser humano para hacerlo partícipe de la naturaleza divina que hay en EL en virtud de la encarnación.*

*Cristo se convierte así, de verdad en vida del alma. De esta santidad ontológica brota el compromiso de la santidad ética. Todos deben tender a la santidad, porque ya tienen en sí mismos el germen; deben desarrollar esa santidad que se les ha concedido. Todos deben vivir como conviene a los santos (Efesios, 5, 3) y revestirse, como elegidos de Dios, santos y amados, de entrañas de misericordia, de bondad, humildad, mansedumbre y paciencia (“Colosenses, 3, 12”). La santidad que poseen no los libra de las tentaciones, ni de las culpas, porque, en los bautizados, sigue existiendo la fragilidad de la naturaleza humana durante la vida presente. El Concilio de Trento enseña, al respecto, que nadie puede evitar durante toda su vida el pecado, incluso venial, sin un privilegio especial de Dios, como la Iglesia cree que acaeció con la Santísima Virgen. Eso nos impulsa a orar para obtener del Señor una gracia siempre nueva, la perseverancia en el bien y el perdón de los pecados: “Perdona nuestras ofensas”(Mateo, 6, 12) (Audiencia General del 24 de Febrero de 1992)”<sup>(11)</sup>.*

(5).- PEDRO JESUS LASANTE: “Diccionario de Teología y Espiritualidad de Juan Pablo II”, Madrid, 1992, parágrafo 4062, pág. 1075.

(6).- PEDRO JESUS LASANTE: ob. cit., paragrafo 4068, pág. 1075.

(7).- PEDRO JESUS LASANTE: ob. cit., paragrafo 4085, pág. 1079.

(8).- PEDRO JESUS LASANTE: ob. cit., paragrafo 4104, pág. 1083.

(9).- PEDRO JESUS LASANTE: ob. cit., paragrafo 4118, pág. 1087.

(10).- PEDRO JESUS LASANTE: ob. cit., paragrafo 4119, pág. 1087.

(11).- PEDRO JESUS LASANTE: ob. cit., paragrafo 4110, pág. 1084 - 1085.

Así, pues, el pensamiento de KAROL WOJTYLA nos evidencia a un santo, a un sabio y a un predestinado para ser ungido como el Vicario de Cristo en la tierra. Así, pues, Monseñor Karol Wojtyla, que ya había dado pruebas de su espiritualidad desde el sacerdocio, sustenta su tesis doctoral en Roma en 1948 investigando la mística de San Juan de la Cruz (Fontiveros, 1542 – Andalucía, 1591), autor de numerosos poemas místicos y de cuatro tratados : “Noche Oscura del alma”, “Subida al monte carmelo”, “Cántico espiritual” y “Llama de amor viva”.

Su Tesis doctoral intitulada “El problema de la fé en San Juan de la Cruz” fue sustentada en el Colegio Belga de los Dominicos, en donde reinaba una lumbrera de la teología: el Padre Reginald Garrigou – Lagrange, teólogo y filósofo francés, dominico – (2 de febrero de 1877 – m. en Roma el 15 de Febrero de 1964), autor de un libro formidable que también nosotros hemos leído y que es la quinta esencia del tomismo y fuente de nuestra inspiración: “La síntesis tomista”.

Recibido de Doctor en Teología “Summa cum laude”, Karol Wojtyla visitó Francia , Bélgica y Holanda y, luego, regresó a Polonia en donde fue Profesor en la Universidad de Lublin en la cátedra de Moral y en la que también se doctoró con una tesis de habilitación para convertirse en titular de la cátedra con una investigación sobre la filosofía de Max Scheler, el gran teórico de la intuición emocional, de la óptica esencial de lo divino que es amor absoluto, de la ética material de los valores, del puesto del hombre en el cosmos y de la sociología del saber (München, 22 de Agosto de 1874 – Frankfurt 10 de mayo de 1928).

La tesis, inspirada en uno de los filósofos mas apasionantes, se titulaba “Evaluaciones sobre la posibilidad de fundar una ética católica sobre la base del sistema de Max Scheler” y le deparó, además, la oportunidad de empalmar la teología mística de San Juan de la Cruz, sobre la que versaba su tesis doctoral en teología, con la ética material de los valores y la teología del amor, así como la intuición emocional inspirada en el pensamiento de Max Scheler, que constituía y constituye la esencia de su pensamiento filosófico, que va más allá y trasciende, espiritual y emocionalmente, al racionalismo aristotélico- tomista.

Precisando esto, dice Juan Pablo II en su autobiografía: “Ciertamente, como enseña el mismo Tomas, la <<ciencia infusa>>, que es fruto de una intervención especial del Espíritu Santo, no exime del deber de procurarse la <<ciencia adquirida>>.”

Por lo que a mí respecta, como he dicho antes, inmediatamente después de la ordenación sacerdotal fui enviado a Roma para perfeccionar los estudios. Más tarde, por decisión de mi obispo, tuve que ocuparme de la ciencia como profesor de ética en la Facultad teológica de Cracovia y en la Universidad Católica de Lublin. Fruto de estos estudios fueron el doctorado sobre San Juan de la Cruz y después la tesis sobre Max Scheler para la enseñanza libre: más en concreto, sobre la aportación que su sistema ético de tipo fenomenológico puede dar a la formación de la teología moral. Debo verdaderamente mucho a este trabajo de investigación. Sobre mi precedente formación aristotélico – tomista se injertaba así el método fenomenológico, lo cual me ha permitido emprender numerosos ensayos creativos en este campo. Pienso especialmente en el libro “Persona y acción”. De este modo me he introducido en la corriente contemporánea del personalismo filosófico, cuyo estudio ha tenido repercusión en los frutos pastorales. A menudo constato que muchas de las reflexiones maduradas en estos estudios me ayudan durante los encuentros con las personas, individualmente o en los encuentros con las multitudes de fieles, con ocasión de los viajes apostólicos. Esta formación en el horizonte cultural del personalismo me ha dado una conciencia más profunda de cómo cada uno es una persona única e irrepetible, y considero que esto es muy importante para todo sacerdote.



## EL DIÁLOGO CON EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

*Gracias a los encuentros y coloquios con naturalistas, físicos, biólogos y también con historiadores, he aprendido a apreciar la importancia de las otras ramas del saber relativas a las materias científicas, desde las cuales se puede llegar a la verdad partiendo de perspectivas diversas. Es preciso, pues, que el esplendor de la verdad -Veritatis splendor- las acompañe continuamente, permitiendo a los hombres encontrarse, intercambiar las reflexiones y enriquecerse recíprocamente. He traído conmigo desde Cracovia a Roma la tradición de encuentros interdisciplinarios periódicos, que tienen lugar de modo regular durante el verano en Castel Gandolfo. Trato de ser fiel a esta buena costumbre” (12).*

Con todas estas virtudes carismáticas, su profundidad filosófica, teológica y humana, su gran oratoria, su vasto dominio de las lenguas, su genialidad, su propaganda pastoral del Concilio Vaticano II - en el que había intervenido decisivamente para darle una nueva fisonomía al proyecto de la Constitución “*Gaudium et Spes*” -, sus múltiples reuniones con los obispos y sus sermones de los que trataría en su libro “*Los fundamentos de la renovación conciliar*”, publicado en 1972, harían de Monseñor Karol Wojtyła, “el Papa del destino”, como lo definió el Cardenal Wyszinski, quien lo conocía sobradamente, porque había sido su superior eclesial como Primado de Polonia y por el profundo afecto espiritual que ambos mutuamente se guardaban como se evidenció en el Cónclave en el que Monseñor Wyszinski postuló la candidatura de Wojtyła desde el cuarto escrutinio en el que se empezó a descartar a los candidatos italianos que eran los Cardenales Siri y Benelli. En la octava votación el Cardenal Wojtyła alcanzó 91 votos con lo cual definió su Vicariato. Desde cuando se había perfilado la posibilidad de ser Papa Monseñor Karol Wojtyła se había vuelto silencioso y reservado. Durante la última votación contuvo la emoción y escribió una frase en latín y, ante la pregunta de Monseñor Villot de si aceptaba la elección, dijo: “Obedeciendo el artículo 86 de la constitución “*de eligendo Summo Romano Pontefice*”, al amor de Cristo, mi Señor, confiando en la dulcísima madre María, bien consciente de las dificultades, acepto” (13).

El 16 de Octubre de 1978 fué elegido por el cónclave cardenalicio y adoptó el nombre de Juan Pablo II. Sucedió a Juan Pablo I, nombre adoptado por el Cardenal de Venecia, Albino Luciani, quien a solo un mes después de su elección fue encontrado muerto en el departamento papal a causa de una embolia coronaria.

El mismo Papa Juan Pablo II estuvo a punto de morir asesinado el 13 de Mayo de 1981, a las 16:19 de la tarde, cuando una ráfaga de balas lo hirió gravemente en el vientre y en la mano. El autor del atentado, Mehmet Ali Agca, fue detenido, procesado y condenado, pero, perdonado por el Papa.

(12).- JUAN PABLO II: “*Don y Misterio. Autobiografía*”, pág. 107 a 111. Plaza & Janes Editores, Barcelona, 1997.

(13).- MIECZYSLAW MALINSKI: “*Karol Wojtyła. Su vida y su obra*”. pág. 70, traducción española, Buenos Aires, sin fecha.

Cfr. EAMON DUFFY: “*Santos y Pecadores. Una historia de los Papas*”. pág. 282 y sigs., traducido al español por Andrés Linares, Acento Editorial, Madrid, 1998.

El 16 de Octubre de 1978 fué elegido por el cónclave cardenalicio y adoptó el nombre de Juan Pablo II. Sucedió a Juan Pablo I, nombre adoptado por el Cardenal de Venecia, Albino Luciani, quien a solo un mes después de su elección fue encontrado muerto en el departamento papal a causa de una embolia coronaria.

El mismo Papa Juan Pablo II estuvo a punto de morir asesinado el 13 de Mayo de 1981, a las 16:19 de la tarde, cuando una ráfaga de balas lo hirió gravemente en el vientre y en la mano. El autor del atentado, Mehmet Ali Agca, fue detenido, procesado y condenado, pero, perdonado por el Papa.

En otro de sus libros geniales titulado “Cruzando el umbral de la esperanza”, el santo y sabio Papa Juan Pablo II, nos dice “no hay que tener miedo cuando la gente te llama Vicario de Cristo, cuando te dicen Santo Padre o Su Santidad o emplean otras expresiones semejantes a éstas, que parecen incluso contrarias al Evangelio. “Tampoco os hagáis llamar maestros, porque sólo uno es vuestro Maestro: Cristo” (Mateo 23, 9-10). Pero estas expresiones surgieron al comienzo de una larga tradición, entraron en el lenguaje común, y tampoco hay que tenerles miedo”.

“Todas las veces en que Cristo exhorta a “no tener miedo” se refiere tanto a Dios como al hombre. Quiere decir: No tengáis miedo de Dios, que según los filósofos, es el Absoluto trascendente; no tengáis miedo de Dios, sino invocadle conmigo: “Padre nuestro” (Mateo 6, 9). No tengáis miedo de decir: ¡Padre! Desead incluso ser perfectos como lo es Él, porque Él es perfecto”.

“Cristo es el sacramento, el signo tangible, visible, del Dios invisible. Sacramento implica presencia. Dios está con nosotros. Dios, infinitamente perfecto, no sólo está con el hombre, sino que Él mismo se ha hecho hombre en Jesucristo. ¡No tengáis miedo de Dios que se ha hecho hombre!. “Solamente el Padre conoce al Hijo y sólo el Hijo conoce al Padre”(cfr. Mateo 11, 27).

“Bienaventurado tú, Simón, hijo de Juan, porque no te ha revelado esto ni la carne ni la sangre, sino mi Padre que está en los Cielos” (Mateo 16, 17). Pedro pronunció estas palabras en virtud del Espíritu Santo”(14).

“El Papa es llamado también Vicario de Cristo. Este titulo debe ser visto dentro del contexto total del Evangelio. Antes de subir al cielo, Jesús dijo a los apóstoles: “Yo estaré con vosotros todos los días hasta el fin del mundo” (Mateo 28, 20). La expresión Vicario de Cristo, más que una dignidad es un servicio: pretende señalar las tareas del Papa en la Iglesia, su **ministerio petrino**, que tiene como fin el bien de la Iglesia y de los fieles. Lo entendió perfectamente San Gregorio Magno, quien, de entre todos los títulos relativos a la función del Obispo de Roma, prefería el de “Servus Servorum Dei” (“Siervo de los siervos de Dios”)(15).

(14).- JUAN PABLO II: “Cruzando el umbral de la esperanza”, pág. 33 y 34, Editorial Norma, 1994.

(15).- JUAN PABLO II: “Cruzando el umbral de la esperanza”, pág. 39, ed. Cit.

“En el capítulo VII de “Cruzando el umbral de la esperanza”, el periodista le hace una pregunta al Papa y éste la responde. Veámoslo:

## PREGUNTA:

“¿Por qué Jesús no podría ser solamente un sabio, como Sócrates, o un profeta, como Mahoma, o un iluminado, como Buda? ¿Cómo mantener esa inaudita certeza de que este hebreo condenado a muerte en una oscura provincia es el Hijo de Dios, de la misma naturaleza que el Padre? Esta pretensión cristiana no tiene parangón, por su radicalidad, con ninguna otra creencia religiosa. San Pablo mismo la define como “escándalo y locura”

## RESPUESTA:

“San Pablo está profundamente convencido de que Cristo es absolutamente original, de que es único e irrepetible. Si fuese solamente un sabio, como Sócrates, si fuese un “profeta”, como Mahoma, si fuese un “iluminado”, como Buda, no sería sin duda lo que es. Y es el único mediador entre Dios y los hombres”.

“Es Mediador por el hecho de ser Dios-hombre. Lleva en sí mismo todo el mundo íntimo de la divinidad, todo el misterio trinitario y a la vez el misterio de la vida en el tiempo y en la inmortalidad. Es hombre verdadero. En Él lo divino no se confunde con lo humano. Sigue siendo algo esencialmente divino”.

“¿Pero Cristo, al mismo tiempo, es tan humano....! Gracias a esto todo el mundo de los hombres, toda la historia de la humanidad encuentra en Él su expresión ante Dios. Y no ante un Dios lejano, inalcanzable, sino ante un Dios que está en Él, más aún, que es Él mismo. Esto no existe en ninguna otra religión ni, mucho menos, en ninguna filosofía”.

“¿Cristo es irrepetible! No habla solamente, como Mahoma, promulga principios de disciplina religiosa, a los que deben atenerse todos los adoradores de Dios. Cristo tampoco es simplemente un sabio en el sentido en que lo fue Sócrates, cuya libre aceptación de la muerte en nombre de la verdad tiene, sin embargo, rasgos que se asemejan al sacrificio de la Cruz”.

“Menos aún es semejante a Buda, con su negación de todo lo creado. Buda tiene razón cuando no ve la posibilidad de la salvación del hombre en la creación, pero se equivoca cuando por ese motivo niega a todo lo creado cualquier valor para el hombre. Cristo no hace esto ni puede hacerlo, porque es testigo eterno del Padre y de ese amor que el Padre tiene por Su criatura desde el comienzo. El Creador, desde el comienzo, ve un múltiple bien en lo creado, lo ve especialmente en el hombre formado a Su imagen y semejanza; ve ese bien, en cierto sentido, a través del hijo encarnado. Lo ve como una tarea para su Hijo y para todas las criaturas racionales. Esforzándonos hasta el límite de la visión divina, podremos decir que Dios ve este bien de modo especial a través de la Pasión y Muerte del Hijo”.

“Este bien será confirmado por la Resurrección que, realmente, es el principio de una creación nueva, del reencuentro en Dios de todo lo creado, el definitivo destino de todas las criaturas. Y tal destino se expresa en el hecho de que Dios será “todo en todos” (I Corintios 15, 28)”.

“Cristo desde el comienzo, está en el centro de la fé y de la vida de la Iglesia. Y también en el centro del Magisterio y de la teología. En cuanto al Magisterio, hay que referirse a todo el primer milenio, empezando por el primer Concilio de Nicea, siguiendo con los de Éfeso y Calcedonia, y luego hasta el segundo Concilio de Nicea, que es la consecuencia de los precedentes. Todos los concilios del primer milenio giran en torno al misterio de la Santísima Trinidad, comprendida la procesión del Espíritu Santo: pero todos, en su raíz, son cristológicos. Desde que Pedro confesó: “Tu eres Cristo, el Hijo de Dios vivo” (Mateo 16, 16), Cristo está en el centro de la fé y de la vida de los cristianos, en el centro de su testimonio, que no pocas veces ha llegado hasta la efusión de sangre”.

“Gracias a esta fé, la Iglesia conoció una creciente expansión, a pesar de las persecuciones, la fé cristianizó progresivamente el mundo antiguo. Y si más tarde surgió la amenaza del arrianismo, la verdadera fé en Cristo, Dios-hombre, según la confesión de Pedro junto a Cesarea de Filipo, no dejó de ser el centro de la vida, del testimonio, del culto y de la liturgia. Se podría hablar de una concentración cristológica del cristianismo, que se produjo ya desde el inicio”.

“Esto se refiere en primer lugar a la fé y se refiere a la tradición viva de la Iglesia. Una expresión peculiar suya tanto en el culto mariano como en la mariología es: “Fue concebido del Espíritu Santo, nació de María virgen” (Credo). La marianidad y la mariología de la Iglesia no son más que otro aspecto de la citada concentración cristológica”.

“Si, no hay que cansarse de repetirlo. A pesar de algunos aspectos convergentes, Cristo no se parece ni a Mahoma ni a Sócrates ni a Buda. Es del todo original e irrepetible. La originalidad de Cristo, señalada en las palabras pronunciadas por Pedro junto a Cesarea de Filipo, constituye el centro de la fé de la Iglesia expresada en el Símbolo: “Yo creo en Dios, Padre Omnipotente, Creador del Cielo y de la Tierra; y en Jesucristo, Su único Hijo, nuestro Señor, el cual fue concebido del Espíritu Santo, nació de María Virgen, padeció bajo Poncio Pilato, fue crucificado, muerto y sepultado; descendió a los infiernos, el tercer día resucitó de la muerte; subió al Cielo, se sentó a la Derecha de Dios Padre Omnipotente”.

“Este llamado Símbolo apostólico es la expresión de la fé de Pedro y de toda la Iglesia. Desde el siglo IV entrará en el uso catequético y litúrgico el Símbolo niceno-constantinopolitano, que amplía su enseñanza. La amplía como consecuencia del creciente conocimiento que la Iglesia alcanza, al penetrar progresivamente en la cultura helénica y al advertir, por tanto, con mayor claridad la necesidad de los planteamientos doctrinales adecuados y convincentes para aquel mundo”.

“En Nicea y en Constantinopla se definió, pues, que Jesucristo es “El Hijo unigénito del eterno Padre, engendrado y no creado, de Su misma sustancia, por medio del cual todas las cosas han sido creadas”.

“Estas formulaciones no son simplemente fruto del helenismo; provienen directamente del patrimonio apostólico. Si queremos buscar su fuente, la encontramos en primer lugar en Pablo y en Juan”.

“La cristología de Pablo es extraordinariamente rica. Su punto de partida se debe al acontecimiento sucedido en las puertas de Damasco. En aquella circunstancia, el joven fariseo fue herido con la ceguera, pero, al mismo tiempo, con los ojos del alma vio toda la verdad sobre Cristo resucitado. Esta verdad es la que él expresó luego en sus cartas”.



*“Las palabras de la profesión de fé de Nicea no son sino reflejo de la doctrina de Pablo. En ellas se recoge, además, también la herencia de Juan, en particular la herencia contenida en el prólogo (cfr. Juan I, 1-18), pero no sólo ahí: todo su Evangelio, además de sus cartas, es un testimonio de la Palabra de Vida, de “lo que hemos oído, lo que hemos visto con nuestros ojos, lo que tocaron nuestras manos” (I Juan I, 1).*

*“Bajo cierto aspecto, Juan tiene mayores títulos que Pablo para ser calificado como testigo, a pesar de que el testimonio de Pablo siga siendo particularmente impresionante. Es importante esta comparación entre Pablo y Juan. Juan escribe más tarde, Pablo antes; por tanto, es sobre todo en Pablo donde se encuentran las primeras expresiones de la fé”.*

*“Y no sólo en Pablo, sino también en Lucas, que era seguidor de Pablo. En Lucas encontramos la frase que podría ser considerada como un puente entre Pablo y Juan. Me refiero a las palabras que Cristo pronunció –como anota el Evangelista– “exaltando en el Espíritu Santo” (cfr. Lucas 10, 21): “Yo te alabo, Padre, Señor del Cielo y de la tierra, porque has escondido estas cosas a los doctos y a los sabios y las has revelado a los pequeños. Nadie conoce quién es el Hijo sino el Padre, ni quién es el Padre sino el Hijo y aquél a quien el Hijo quiera revelarlo” (Lucas 10, 21-22). Lucas dice aquí lo mismo que Mateo pone en labios de Jesús cuando se dirige a Pedro: “Ni la carne ni la sangre te lo han revelado, sino mi Padre que está en los cielos” (Mateo 16, 17). Pero cuando afirma Lucas encuentra también una precisa correspondencia en las palabras del prólogo de Juan: “A Dios nadie lo ha visto jamás; el Hijo Unigénito, el que está en el seno del Padre, El lo ha revelado” (Juan 1, 18).*

*“Esta verdad evangélica, por otra parte, se repite en tantos otros pasajes joánicos, que es difícil en este momento recordarlos. La cristología del Nuevo Testamento es “rompedora”. Los Padres, la gran escolástica, la teología de los siguientes siglos nos han hecho más que volver, con admiración siempre renovada, al patrimonio recibido, para encauzar y progresivamente desarrollar su investigación”.*

*“Usted recuerda que mi primera encíclica sobre el Redentor del hombre (Redemptor hominis) apareció algunos meses después de mi elección, el 16 de octubre de 1978. Esto quiere decir que en realidad llevaba conmigo su contenido. Tuve solamente, en cierto modo, que “copiar” con la memoria y con la experiencia lo que ya vivía estando aún en el umbral de mi pontificado”.*

*“Lo subrayo porque la encíclica constituye la confirmación, por un lado, de la tradición de las escuelas de las que provengo y, por otro, del estilo pastoral al que esa tradición se refiere. El Ministerio de la Redención está visto con los ojos de la gran renovación del hombre y de todo lo que es humano, propuesto por el Concilio, especialmente en la Gaudium et Spes. La encíclica quiere ser un gran himno de alegría por el hecho de que el hombre ha sido redimido por Cristo”<sup>(16)</sup>.*

Gran escritor, Monseñor Karol Wojtyła, ungido por la gracia de Dios, Vicario de Cristo, nos ilumina en cada una de sus páginas con su fé, con su sabiduría y con su santidad.

Gran orador y líder carismático nos da la evidencia de su radical entrega a su misión en sus visitas pastorales a todo el mundo. Sabio, santo y peregrino nos ha entregado un riquísimo y profundo magisterio pontificio, que no tiene parangón en la historia. En sus mensajes, la clave fundamental de su magisterio nos la da su remisión constante al Concilio Vaticano II en el que desarrolló la doctrina como uno de sus más grandes participantes con sus geniales intervenciones de las que se infiere que *“Hemos celebrado el Concilio Vaticano II, como una gracia de*

*Dios y un don del Espíritu Santo, del que se han derivado muchísimos frutos espirituales para la iglesia así como también para todos los hombres de nuestra época”<sup>(17)</sup>.*

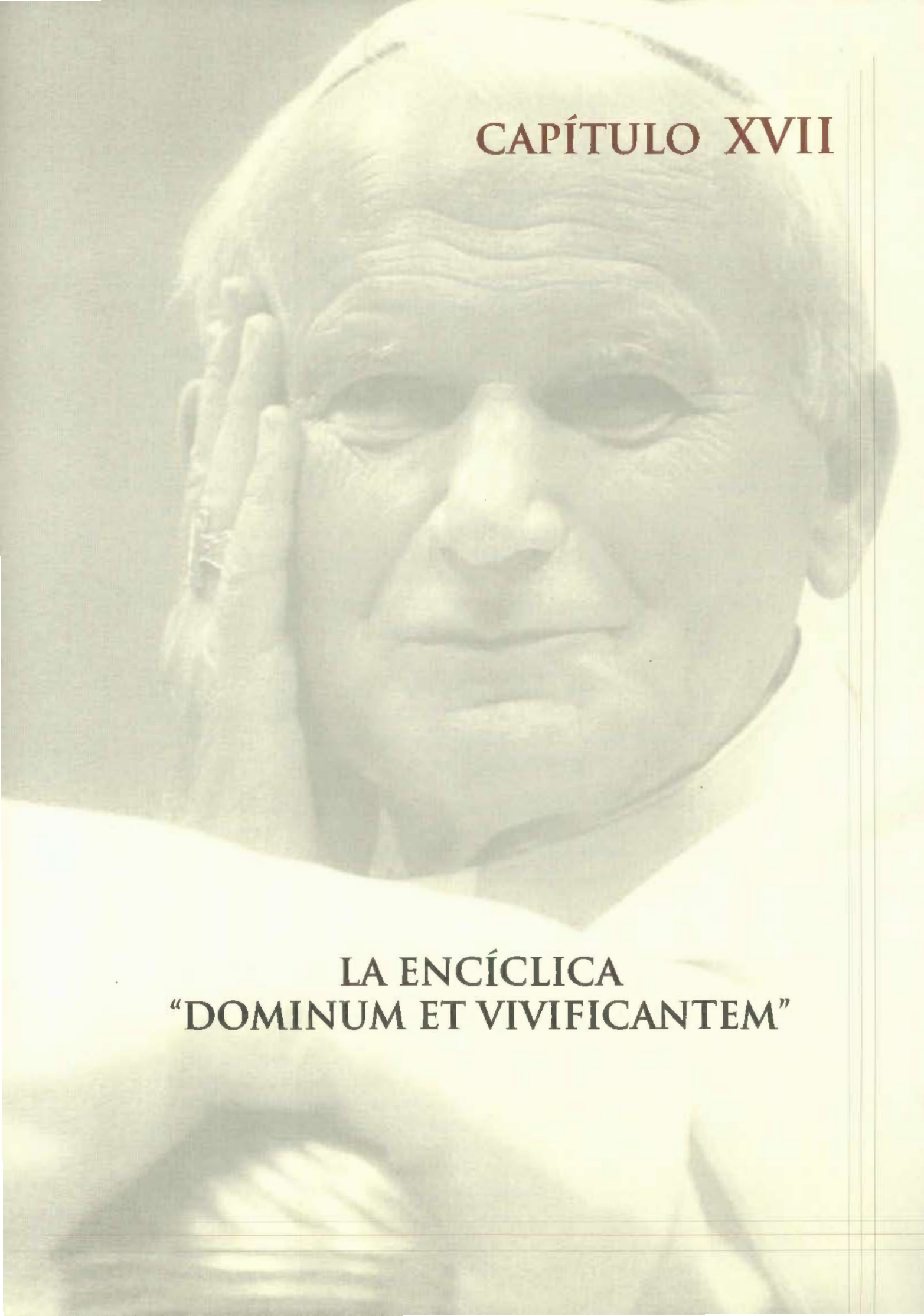
---

---

(\*).- JUAN PABLO II: “Cruzando el umbral de la esperanza”, pág. 66 a 71, Editorial Norma, 1994.

(<sup>17</sup>).- CONCILIO VATICANO II, Relación Final, I, 5.





**CAPÍTULO XVII**

**LA ENCÍCLICA  
“DOMINUM ET VIVIFICANTEM”**





## CAPITULO XVII

### LA ENCÍCLICA “DOMINUM ET VIVIFICANTEM”

El tema del Espíritu Santo lo ha desarrollado luminosamente Juan Pablo II en su Encíclica “DOMINUM ET VIVIFICANTEM” promulgada en el Vaticano el 18 de Mayo de 1986 que trata sobre el Espíritu Santo, Señor y dador de vida:

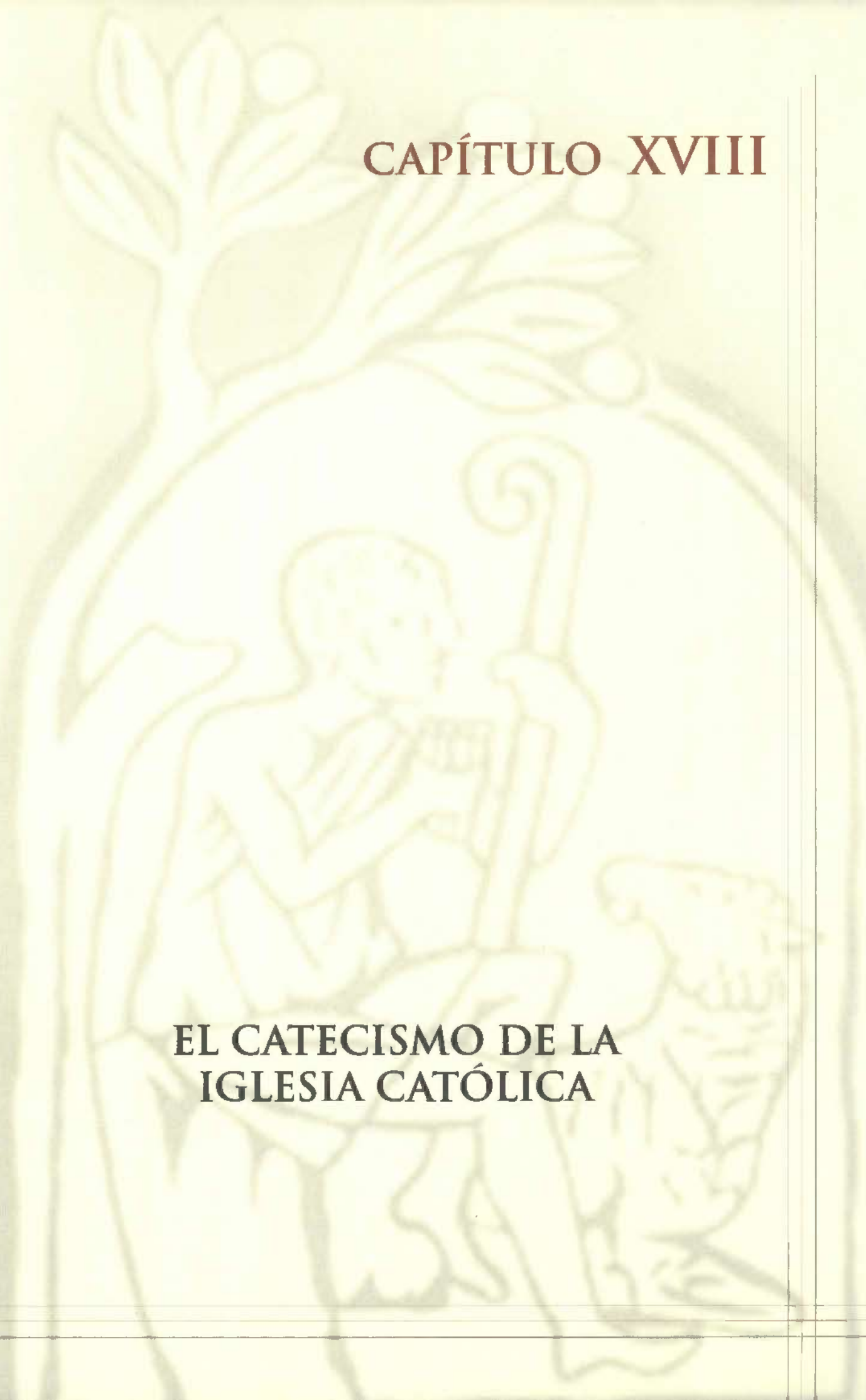
- 1a 1. La Iglesia profesa su fé en el Espíritu Santo que es “Señor y dador de vida”. Así lo profesa el Símbolo de la Fé, llamado nicenoconstantinopolitano por el nombre de los dos Concilios –Nicea (a. 325) y Constantinopla (a. 381)-, en los que fue formulado o promulgado. En ellos se añade también que el Espíritu Santo “habló por los profetas”.
- 1b Son palabras que la Iglesia recibe de la fuente misma de su fé, Jesucristo. En efecto, según el Evangelio de Juan, el Espíritu Santo nos es dado con la nueva vida, como anuncia y promete Jesús el día grande de la fiesta de los Tabernáculos: “Si alguno tiene sed, venga a mí, y beba el que cree en mí”, como dice la Escritura: “De se seno correrán ríos de agua viva”. Y el evangelista explica: “Esto decía refiriéndose al Espíritu que iban a recibir los que creyeran en él”. Es el mismo símil del agua usado por Jesús en su coloquio con la Samaritana, cuando habla de una “fuente de agua que brota para la vida eterna”, y en el coloquio con Nicodemo, cuando anuncia la necesidad de un nuevo nacimiento “de agua y de Espíritu” para “entrar en el Reino de Dios”.
- 1c La Iglesia por tanto, instruida por la palabra de Cristo, partiendo de la experiencia de Pentecostés y de su historia apostólica, proclama desde el principio de su fé en el Espíritu Santo, como aquél que es dador de vida, aquél en el que el inescrutable Dios uno y trino se comunica a los hombres, constituyendo en ellos la fuente de vida eterna.
- 2a 2. Esta fé, profesada ininterrumpidamente por la Iglesia, debe ser siempre fortalecida y profundizada en la conciencia del pueblo de Dios. Durante el último siglo esto ha sucedido varias veces; desde León XIII, que publicó la Encíclica “Divinum illud munus” (a. 1897) dedicada enteramente al Espíritu Santo, pasando por Pío XII, que en la Encíclica “Mystici Corporis” (a. 1943) se refirió al Espíritu Santo como principio vital de la Iglesia, en la cual actúa conjuntamente con Cristo, Cabeza del Cuerpo Místico, hasta el Concilio Ecuménico Vaticano II, que ha hecho sentir la necesidad de una profundización de la doctrina sobre el Espíritu Santo, como subraya Pablo IV: “A la cristología y especialmente a la eclesiología del Concilio debe suceder un estudio nuevo y un culto nuevo del Espíritu Santo, justamente como necesario complemento de la doctrina conciliar”.
- 2b “En nuestra época, pues, estamos de nuevo llamados, por la fé siempre antigua y siempre nueva de la Iglesia, a acercarnos al Espíritu Santo que es el dador de vida. Nos ayuda a ello y nos estimula también la herencia común con las Iglesias orientales, las cuales han custodiado celosamente las riquezas extraordinarias de las enseñanzas de los Padres sobre el Espíritu Santo. También por esto podemos decir que uno de los acontecimientos eclesiales más importantes de los últimos años ha sido el XVI centenario del I Concilio de Constantinopla, celebrado contemporáneamente en Constantinopla y en Roma en la solemnidad de Pente-

costés del 1981. El Espíritu Santo ha sido comprendido mejor en aquella ocasión, mientras se meditaba sobre el misterio de la Iglesia, como aquél que indica los caminos que llevan a la unión de los cristianos, más aún, como la fuente suprema de esta unidad, que proviene de Dios mismo y a la que San Pablo dio una expresión particular con las palabras con que frecuentemente se inicia la liturgia eucarística: “La gracia de nuestro Señor Jesucristo, el amor del Padre y la comunión del Espíritu Santo esté con todos vosotros”.

2c De esta exhortación han partido, en cierto modo, y en ella se han inspirado las precedentes Encíclicas *Redemptor hominis* y *Drives in misericordia*, las cuales celebran el hecho de nuestra salvación realizada en el Hijo, enviado por el Padre al mundo, “para que el mundo se salve por él” y “toda lengua proclame: Jesucristo es Señor, para gloria de Dios Padre”. De esta misma exhortación arranca ahora la presente Encíclica sobre el Espíritu Santo, que procede del Padre y del Hijo, que con el Padre y el Hijo recibe una misma adoración y gloria: él es una Persona divina que está en el centro de la fé cristiana y es la fuente y fuerza dinámica de la renovación de la Iglesia. Esta Encíclica arranca de la herencia profunda del Concilio. En efecto, los textos conciliares, gracias a su enseñanza sobre la Iglesia en si misma y sobre la Iglesia en el mundo, nos animan a penetrar cada vez más en el misterio trinitario de Dios, siguiendo el itinerario evangélico, patrístico y litúrgico: al Padre, por Cristo, en el Espíritu Santo.

# CAPÍTULO XVIII

## EL CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA







## CAPÍTULO XVIII

# EL CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA

Desarrollo ulterior de la Encíclica “DOMINUM ET VIVIFICANTEM” de 1986, de su fuente de inspiración que es el Concilio Vaticano II de 1962-1965 y de su divina inspiración que es el Espíritu Santo, es el **CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA** promulgado en virtud de la Constitución Apostólica “FIDEI DEPOSITUM” el 11 de Octubre de 1992, en el trigésimo aniversario de la apertura del Concilio Vaticano II y en el decimocuarto año del Pontificado de Juan Pablo II:

*“FIDEI DEPOSITUM”, “Conservar el depósito de la fé es la misión que el Señor confió a su Iglesia y que ella realiza en todo tiempo”.*

*“El Catecismo de la Iglesia Católica es fruto de una amplia colaboración. Es el resultado de seis años de trabajo intenso llevado a cabo en un espíritu de atenta apertura y con perseverante ánimo”.*

*“En 1986, confíe a una Comisión de doce cardenales y obispos, presidida por el Cardenal JOSEPH RATZINGER<sup>(25)</sup>, la tarea de preparar un proyecto del Catecismo solicitado por los Padres del Sínodo. Un Comité de redacción de siete obispos de diócesis, expertos en teología y en catequesis, fue encargado de realizar el trabajo junto a la Comisión”.*

*“un proyecto del Catecismo solicitado por los Padres del Sínodo. Un Comité de redacción de siete obispos de diócesis, expertos en teología y en catequesis, fue encargado de realizar el trabajo junto a la Comisión”.*

---

(25).- El Cardenal JOSEPH RATZINGER nació en Marktl am Inn, en Alemania el 16 de abril de 1927. A los 16 años fue reclutado por la Fuerza Aérea como miembro del escuadrón anti-aéreo y a los 17 años pasó a servir a la infantería. En la primavera de 1945 dejó el ejército y en 1947 ingresó al Instituto Teológico de la Universidad de Múnich ordenándose de Sacerdote el 29 de Junio de 1951, en la fiesta de San Pedro y San Pablo. Profesor de Filosofía y Teología en la Universidad de Múnich doctorándose en teología en 1953 con la tesis “Pueblo y Casa de Dios en la Doctrina de la Iglesia de San Agustín”. En Abril de 1959 es nombrado profesor principal de Teología Fundamental en Bonn. Fue consejero teológico del Cardenal Frings de Colonia durante el Concilio Vaticano II de 1962 a 1965. Después de enseñar en Tübinga fue Catedrático principal de Dogmática en la Universidad de Ratisbona y vicepresidente de la misma Universidad y en 1966 profesor de Teología Dogmática en la Universidad de Tübingen. En 1972 junto con von Balthasar y Henri de Lubac fundó la Revista “Communio”, dedicada a la Teología y a la Cultura y, luego, fue nombrado arzobispo de Munich. El 25 de Noviembre de 1981 fue nombrado por Juan Pablo II Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la fe y en Noviembre del 2002 Decano del Colegio Cardenalicio. A la muerte de Juan Pablo II, fue elegido Papa el 19 de Abril del año 2005, asumiendo con el nombre de Benedicto XVI. Entre otros libros ha escrito: “¿El fin de los Tiempos?” libro que recoge sus discusiones y puntos de vista sostenidos con los profesores Johann Baptist Metz, Eveline Goodman-Thau y el teólogo protestante Jürgen Moltmann; “Verdad y tolerancia: Fe cristiana y religiones Mundiales”, libro en el que encara la tolerancia y la verdad en el difícil reto de reunir las diversas concepciones religiosas de la verdad. “Dios está entre nosotros” libro en el que encara las dimensiones bíblica, histórica y teológica de la Eucaristía. “Contemplar al traspasado: una aproximación a la Cristología espiritual” “El sacerdote Católico como maestro y guía Moral” “Dios y el Mundo: creer y vivir en nuestro tiempo” “En el principio...: una comprensión Católica de la historia de la creación y la caída” “Introducción al catecismo de la Iglesia Católica” “MI vida: Memorias 1927- 1977” “Naturaleza y Misión de la teología.: ensayos sobre la teología oriental sobre los debates actuales” “Principios de teología Católica” “El espíritu de la liturgia” “Una mirada a Europa . La Iglesia en el mundo moderno” “Valores en eoca de transtomo” “La interpretación bíblica en crisis” “Servidores de vuestra alegría” “meditaciones sobre la espiritualidad sacerdotal” “Juan Pablo II: un Papa entr dos Milenios” “Revelación y tradición” “La Iglesia y la mujer” “Iglesia, ecumenismo y política” “Ser cristiano en la era neo-pagana”.

“la Comisión, encargada de dar directrices y de velar por el desarrollo de los trabajos, ha seguido atentamente todas las etapas de la redacción de las nueve versiones sucesivas. El Comité de redacción, por su parte, asumió la responsabilidad de escribir el texto, de introducir en él las modificaciones indicadas por la Comisión y de examinar las observaciones que numerosos teólogos, exegetas, catequetas y, sobre todo, los obispos del mundo entero, formularon en orden al perfeccionamiento del texto. Los miembros del Comité redactor han llevado a cabo su tarea en un intercambio enriquecedor y fructuoso que ha contribuido a garantizar la unidad y homogeneidad del texto”.

“El proyecto fue objeto de una amplia consulta a todos los obispos católicos, a sus Conferencias episcopales o Sínodos, a institutos de teología y de catequesis. En su conjunto, el proyecto recibió una acogida considerablemente favorable por parte del Episcopado. Podemos decir ciertamente que este Catecismo es fruto de una colaboración de todo el Episcopado de la Iglesia católica, que acogido cumplidamente mi invitación a corresponsabilizarse en una iniciativa que atañe de cerca de toda la vida eclesial. Esta respuesta suscita en mí un profundo sentimiento de gozo, porque el concurso de tantas voces expresa verdaderamente lo que se puede llamar “sinfonía” de la fé. La realización de este Catecismo refleja así la naturaleza colegial del Episcopado y atestigua la catolicidad de la Iglesia”.

“Un catecismo debe presentar fiel y orgánicamente la enseñanza de la Sagrada Escritura, de la tradición viva de la Iglesia y del Magisterio auténtico, así como la herencia espiritual de los Padres, de los santos y santas de la Iglesia para permitir conocer mejor el misterio cristiano y reavivar la fé del Pueblo de Dios. Debe tener en cuenta las explicitaciones de la doctrina que el Espíritu Santo ha sugerido a la Iglesia a lo largo de los siglos. Es también que ayude a iluminar con la luz de la fé las situaciones nuevas y los problemas que en el pasado aún no se habían planteado”.

“El Catecismo, por tanto, contiene nuevas y cosas antiguas (cf. Mt. 13, 52), pues la fé es siempre la misma y la fuente siempre de luces nuevas”.

11. “Este Catecismo tiene por fin presentar una exposición orgánica y sintética de los contenidos esenciales y fundamentales de la doctrina católica, tanto sobre la fé como sobre la moral, a la Luz del Concilio Vaticano II y del conjunto de la Tradición de la Iglesia. Sus fuentes principales son la Sagrada Escritura, los Santos Padres, la Liturgia y el Magisterio de la Iglesia. Está destinado a servir “como un punto de referencia para los catecismos o compendios que sean compuestos en los diversos países”.
- 683 “Nadie puede decir: “¡Jesús es Señor!” sino por el influjo del Espíritu Santo”(1 Co 12, 3). “Dios ha enviado a nuestros corazones el Espíritu de su Hijo que clama ¡Abbá, Padre!” (Ga 4, 6). Este conocimiento de fé no es posible sino en el Espíritu Santo. Para entrar en contacto con Cristo, es necesario primeramente haber sido atraído por el Espíritu Santo. El es quien nos precede y despierta en nosotros la fé. Mediante el Bautismo, primer sacramento de la fé, la Vida, que tiene su fuente en el Padre y se nos ofrece por el Hijo, se nos comunica íntima y personalmente por el Espíritu Santo en la Iglesia”.
- 684 “El Espíritu Santo con su gracia es el “primero” que nos despierta en la fé y nos inicia en la vida nueva que es: “que te conozca a ti, el único Dios verdadero, y a tu enviado, Jesucristo” (Jn. 17, 3). No obstante, es el “último” en la revelación de las personas de la Santísima Trinidad. S. Gregorio Nacianceno, “el Teólogo”, explica esta progresión por medio de la pedagogía de la “condescendencia” divina”.



- 685 **“Creer en el Espíritu Santo es, por tanto, profesar que el Espíritu Santo es una de las personas de la Santísima Trinidad, consubstancial al Padre y al Hijo, “que con el Padre y el Hijo recibe una misma adoración y gloria (Símbolo de Nicea-Constantinopla). Por eso se ha hablado del misterio divino del Espíritu Santo en la “teología” trinitaria, en tanto que aquí no se tratará del Espíritu Santo sino en la “Economía” divina.**
- 687 **“Nadie conoce lo íntimo de Dios, sino el Espíritu de Dios” (1 Co. 2, 11). Pues bien, su Espíritu que lo revela nos hace conocer a Cristo, su Verbo, su Palabra viva, pero no se revela a sí mismo. El que “habló por los profetas” nos hace oír la Palabra del Padre. Pero a él no le oímos. No le conocemos sino en la obra mediante la cual nos revela al Verbo y nos dispone a recibir al Verbo en la Fé. El Espíritu de verdad que nos “desvela” a Cristo “no habla de sí mismo” (Jn. 16, 13). Un ocultamiento tan discreto, propiamente divino, explica por qué “el mundo no puede recibirle, porque no le ve ni le conoce”, mientras que los que creen en Cristo le conocen porque él mora en ellos”.**
- 688 **“la Iglesia, comunión viviente en la fé de los apóstoles que ella transmite, es el lugar de nuestro conocimiento del Espíritu Santo”:**
- en las Escrituras que El ha inspirado;
  - en la Tradición, de a cual los Padres de la Iglesia son testigos siempre actuales;
  - en el Magisterio de la Iglesia, al que El asiste;
  - en la liturgia sacramental, a través de sus palabras y sus símbolos, en donde el Espíritu Santo nos pone en comunión con Cristo;
  - en la oración en la cual El intercede por nosotros;
  - en los carismas y ministerios mediante los que se edifica la Iglesia;
  - en los signos de vida apostólica y misionera;
  - en el testimonio de los santos, donde El manifiesta su santidad y continúa la obra de la salvación”.
- 689 **“Aquél al que el Padre ha enviado a nuestros corazones, el Espíritu de su Hijo, es realmente Dios. Consubstancial con el Padre y el Hijo, es inseparable de ellos, tanto en la vida íntima de la trinidad como en su don de amor para el mundo. Pero al adorar a la Santísima Trinidad vivificante, consubstancial e indivisible, la fé de la Iglesia profesa también la distinción de las Personas, conjunta en la que el Hijo y el Espíritu Santo son distintos pero inseparables. Sin ninguna duda, Cristo es quien se manifiesta, Imagen visible de Dios invisible, epro es el Espíritu Santo quien lo revela”.**

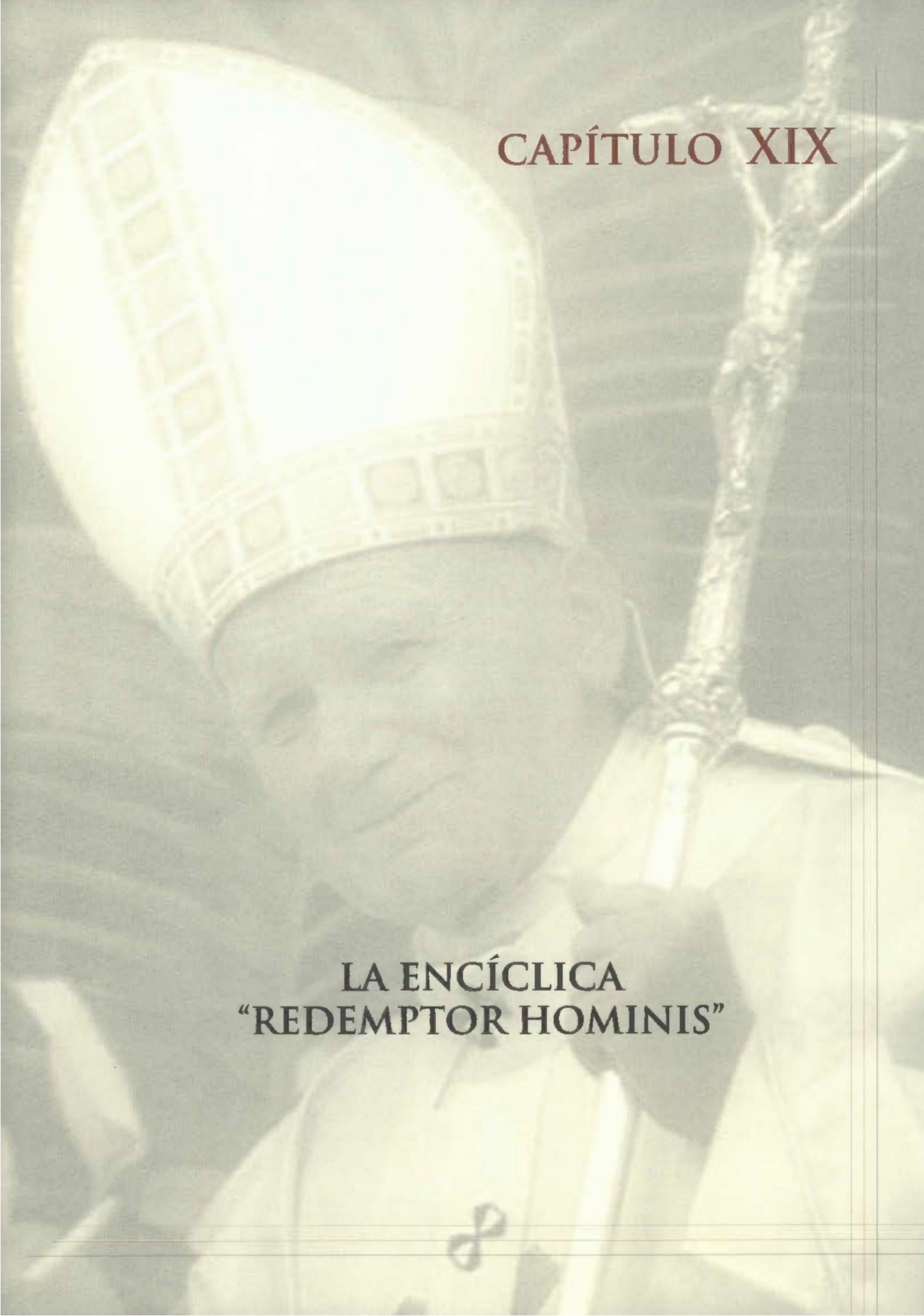
## LOS APELATIVOS DEL ESPIRITU SANTO

- 692 **“Jesús cuando anuncia y promete la venida del Espíritu Santo, le llama el “Paráclito”, literalmente “aquel que es llamado junto a uno”, “advocatus” (Jn. 14, 16. 26; 15, 26; 16, 7). “Paráclito” se traduce habitualmente por “Consolador”, siendo Jesús el primer consolador. El mismo Señor llama al Espíritu Santo “Espíritu de verdad”(Jn. 16, 13).**
- 693 **“Además de su nombre propio, que es el más empleado en el libro de los Hechos y en las cartas de los apóstoles, en S. Pablo se encuentran los siguientes apelativos: el Espíritu de la promesa, el Espíritu de adopción, el Espíritu de Cristo (Rm. 8, 11), el Espíritu del Señor (2**



Co. 3, 17), el Espíritu de Dios (Rm. 8, 9.14; 15, 19; 1 Co. 6, 11; 7, 40), y en S. Pedro, el Espíritu de gloria (1 P. 4, 14)”.

- 748 **“Cristo es la luz de los pueblos. Por eso, este sacrosanto Sínodo, reunido en el Espíritu Santo, desea vehementemente iluminar a todos los hombres con la luz de Cristo, que resplandece sobre el rostro de la Iglesia, anunciando el Evangelio a todas las criaturas”.** Con estas palabras comienza la **“Constitución dogmática sobre la Iglesia”** del Concilio Vaticano II. Así, el concilio muestra que el artículo de la fé sobre la Iglesia depende enteramente de los artículos que se refieren a Cristo Jesús. La Iglesia no tiene otra luz que la de Cristo; ella es, según una imagen predilecta de los Padres de la Iglesia, comparable a la luna cuya luz es reflejo del sol”.
- 749 **“El artículo sobre la Iglesia depende enteramente también del que le precede, sobre el Espíritu Santo. “En efecto, después de haber mostrado que el Espíritu Santo es la fuente de dador de toda santidad, confesamos ahora que es El quien ha dotado de Santidad a la Iglesia”.** La Iglesia, según la expresión de los Padres, es el lugar **“donde florece el Espíritu”.**
-



# CAPÍTULO XIX

## LA ENCÍCLICA “REDEMPTOR HOMINIS”



## CAPÍTULO XIX

### LA ENCÍCLICA “REDEMPTOR HOMINIS”

**En su primera Encíclica “Redemptor Hominis” promulgada el 4 de marzo de 1979 nos dijo Juan Pablo II que:**

**“EL REDENTOR DEL HOMBRE, Jesucristo, es el centro del cosmos y de la historia. A El se vuelve mi pensamiento y mi corazón en esta hora solemne que está viviendo la Iglesia y la entera familia humana contemporánea. En efecto, este tiempo en el que, después del amado predecesor Juan Pablo I, Dios me ha confiado por misterioso designio el servicio universal vinculado con la Catedral de San Pedro en Roma, está ya muy cercano al año dos mil. Es difícil decir en estos momentos lo que ese año indicará en el cuadrante de la historia humana y cómo será para cada uno de los pueblos, naciones, países y continentes, por más que ya desde ahora se trate de prever algunos acontecimientos. Para la iglesia, para el Pueblo de Dios que se ha extendido –aunque de manera desigual– hasta lo más lejano confines de la tierra, aquel año de una gran Jubileo”.**

3a **“Con plena confianza en el Espíritu de Verdad entro pues en la rica herencia de los recientes pontificados. Esta herencia está vigorosamente enraizada en la conciencia de la Iglesia de un modo totalmente nuevo, jamás conocido anteriormente, gracias al Concilio Vaticano II, convocado e inaugurado por Juan XXIII y, después, felizmente concluido y actuado con perseverancia por Pablo VI, cuya actividad he podido observar de cerca. Me maravillaron siempre su profunda prudencia y valentía, así como su constancia y paciencia en el difícil periodo postconciliar de su pontificado. Como timonel de la Iglesia, barca de Pedro, sabía conservar una tranquilidad y un equilibrio providencial, incluso en los momentos más críticos, cuando parecía que ella era sacudida desde dentro, manteniendo una esperanza incommovible en su compactibilidad. Lo que, efectivamente, el Espíritu dijo a la Iglesia mediante el Concilio de nuestro tiempo, lo que en esta Iglesia dice a todas las Iglesias<sup>(\*)</sup> no puede –a pesar de inquietudes momentáneas– servir más que para una mayor cohesión de todo el Pueblo de Dios, consciente de su misión salvífica”.**

3b **Precisamente de esta conciencia contemporánea de la Iglesia, Pablo VI hizo el tema primero de su fundamental Encíclica que comienza con las palabras *Ecclesiam suam*” a esta Encíclica séame permitido, ante todo, referirme en este primero y, por así decirlo, documento inaugural del actual pontificado. Iluminada y sostenida por el Espíritu Santo, la Iglesia tiene una conciencia cada vez más profunda, sea respecto de su misterio divino sea respecto, de su misión humana, sea finalmente respecto de sus mismas debilidades humanas: es precisamente esta conciencia la que debe seguir siendo la fuente principal del amor de esta Iglesia, al igual que el amor por su parte contribuye a consolidar y profundizar esa conciencia. Pablo VI nos ha dejado el testimonio de esa profundísima conciencia de Iglesia. A través de los múltiples y frecuentemente dolorosos acontecimientos de su pontificado, nos ha enseñado el amor intrépido a la Iglesia, la cual, como enseña el Concilio, es “sacramento, o sea signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano”<sup>(\*\*)</sup>.**

(\*) Cf. Ap 2,7.

(\*\*) CONC. VAT. II, Const. Dogm. Lumen Gentium, I: AAS 57 (1965).



4a Precisamente por esta razón, la conciencia de la Iglesia debe ir unida con una apertura universal, a fin de que todos puedan encontrar en ella “la insondable riqueza de Cristo”<sup>(28)</sup>, de que habla el Apóstol de las Gentes. Tal apertura, orgánicamente unida con la conciencia de la propia naturaleza, con la certeza de la propia verdad, de la que dijo Cristo: “no es mía, sino del Padre que me ha enviado”<sup>(29)</sup>, determina el dinamismo apostólico, es decir, misionero de la Iglesia, profesando y proclamando íntegramente toda la verdad transmitida por Cristo. Ella debe conducir, al mismo tiempo, a aquel diálogo que Pablo VI en la Encíclica *Ecclesiam suam* llamó “diálogo de la salvación”, distinguiendo con precisión los diversos ámbitos dentro de los cuales debe ser llevado a cabo<sup>(30)</sup>. Cuando hoy me refiero a este documento programático del pontificado de Pablo VI, no ceso de dar gracias a Dios, porque este gran predecesor mío, y al mismo tiempo verdadero padre, no obstante las diversas debilidades internas que han afectado a la Iglesia en el periodo postconciliar, ha sabido presentar *ad extra*, al exterior, su auténtico rostro.

De este modo, también una gran parte de la familia humana, en los distintos ámbitos de su múltiple existencia, se ha hecho, a mi parecer, más consciente de cómo sea verdaderamente necesaria para ella la Iglesia de Cristo, su misión y su servicio. Esta conciencia se ha demostrado a veces más fuerte que las diversas orientaciones críticas, que atacaban *ab intra*, desde dentro a los hombres de la Iglesia y a su actividad. Tal crítica creciente ha tenido sin duda causas diversas y estamos seguros, por otra parte, de que no ha estado siempre privada de un sincero amor a la Iglesia. Indudablemente, se ha manifestado en ella, entre otras cosas, la tendencia a superar el así llamado triunfalismo, del que se discutía frecuentemente en el Concilio. Pero si es justo que la Iglesia, siguiendo el ejemplo de su Maestro que era “humilde de corazón”<sup>(31)</sup>, esté fundada asimismo en la humildad, que tenga el sentido crítico respecto a todo lo que constituye su carácter y su actividad humana, que sea siempre muy exigente consigo misma, del mismo modo el criticismo debe tener también sus justos límites. En caso contrario deja de ser constructivo, no revela la verdad, el amor y la gratitud por la gracia, de la que nos hacemos principal y plenamente partícipes en la Iglesia y mediante la Iglesia. Además el espíritu crítico no sería expresión de la actitud de Servicio, sino más bien de la voluntad de dirigir la opinión de los demás según la opinión propia, divulgada a veces de manera demasiado desconsiderada.

<sup>(28)</sup>- Ef. 3, 8.

<sup>(29)</sup>- Jn. 14, 24.

<sup>(30)</sup>- PABLO VI, Enc. *Ecclesiam suam*: AAS 56 (1964) 650 ss.

<sup>(31)</sup>- Mt. 11, 29.

## EL PENSAMIENTO DE JUAN PABLO II ES PROFUNDO E INABARCABLE, POR LA VASTEDAD DE SUS TEMAS.

Me veo precisado por ello a hacer una paráfrasis del Prólogo escrito por Monseñor Mario Tagliaferri, al libro “Encíclicas de Juan Pablo II”, página XI y sigs., Madrid, 1995: *“Para superar esa dificultad (de inabarcabilidad del pensamiento del Papa) es necesario descubrir ciertas claves fundamentales de su magisterio. Ante todo, se advertirá que el Papa remite constantemente al Concilio Vaticano II, el cual constituye así el trasfondo de sus enseñanzas. Estas sólo a la luz del Concilio alcanzan su plena inteligibilidad. Ya en su primer mensaje urbi et orbi, es decir, a la ciudad de Roma y al mundo entero, Juan Pablo II, dentro de la declaración de propósitos al llegar al Sumo Pontificado, colocaba, en primer lugar, su deseo de “insistir en la permanente importancia del Concilio Vaticano II”. Años más tarde, en 1985, al cumplirse veinte años de la clausura del Concilio, Juan Pablo II decidió convocar un Sínodo extraordinario para reflexionar sobre la magnitud de la gracia de Dios había otorgado a la Iglesia mediante el Concilio y hacer un examen de conciencia sobre el grado en que la hemos hecho fructificar en la Iglesia durante los años posteriores al Concilio mismo. En ese Sínodo, los obispos reunidos en torno al Papa declararon: “Hemos celebrado unánimemente el Concilio Vaticano II como una gracia de Dios y un don del Espíritu Santo”.*

---





CAPÍTULO XX

EL CÓDIGO DE DERECHO  
CANÓNICO





## CAPÍTULO XX

# EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

Pero Juan Pablo II, además de remitir, sin cesar, al Concilio Vaticano II, ha realizado dos obras fundamentales que lo prolongan. Ante todo, ha llevado a término y ha promulgado el nuevo **Código de Derecho Canónico**. Se trata de un Código “que corresponde de lleno a la naturaleza de la iglesia. Este nuevo Código podría entenderse como un gran esfuerzo por traducir a lenguaje canónico esta doctrina misma, es decir, la eclesiología conciliar”. El Papa ha dicho del nuevo Código: Es el Código del Concilio y, en este sentido, es el “**último documento conciliar**”.

**EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO** fue promulgado el 25 de Enero de 1983 en virtud de la Constitución “*Sacrae Disciplinae Leges*” por el cual se derroga el Código de 1917 y se estructura el sistema en siete libros que son:

- Libro I: De las Normas generales.
- Libro II: Del Pueblo de Dios.
- Libro III: La función de enseñar de la Iglesia.
- Libro IV: De la función de santificar de la Iglesia.
- Libro V: De los bienes temporales de la Iglesia.
- Libro VI: De las sanciones de la Iglesia.
- Libro VII: De los Procesos.

“Sin embargo, el polifacético magisterio pontificio de Juan Pablo II no se reduce a las encíclicas, con ser ésta su máximo exponente. Hay también otros documentos, como las “cartas apostólicas”, “exhortaciones apostólicas”. “mensajes”, etc. Y continuamente dirige al mundo discursos y alocuciones:

- Cada miércoles, como motivo de la audiencia general, pronuncia un discurso catequético, junto con los saludos habituales a la muchedumbre.
- Cada domingo, a la hora del Angelus, tiene el Papa una alocución que recoge la actualidad mundial de la semana, sobre la que proyecta la luz del Evangelio.
- En Pascua y en Navidad dirige sus respectivos mensajes “*urbi et orbi*”.
- Con motivo de las visitas “*ad limina*” que los obispos de todo el mundo hacen al Papa cada cinco años, el Santo Padre les habla de la problemática de sus países, en el marco de la situación mundial.
- En las audiencias a los Jefes de Estado y altos dignatarios, recepciones al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede y en los diversos contactos con el mundo de la política, no falta el discurso papal, sobre la situación de la humanidad y la presencia y misión de la Iglesia, sal de la tierra y luz del mundo.

Son algunas de las más conocidas intervenciones habituales del Papa desde el Vaticano, como ya era habitual en los Papas anteriores. Pero en el caso de Juan Pablo II, siguiendo la pauta que tímidamente inició Pablo VI, las salidas a Roma y los frecuentes viajes a Italia y a todo el mundo son también ocasiones propicias para tomar el pulso a la situación de la sociedad en sus distintos estamentos y en las diversas situaciones según naciones y continentes, y ser testigo de Jesús ante la humanidad.

Todo ello constituye un acervo doctrinal de máxima autoridad y de enorme interés y actualidad que se halla disperso en folletos, revistas y periódicos<sup>(22)</sup> que hacen de Juan Pablo II uno de los más significativos protagonistas de la historia de la humanidad y uno de los más grandes Papas de todos los tiempos, cuyas encíclicas y mensajes nos enseñan a caminar en una sociedad más justa y solidaria.

Es, pues, nuestro deber conocer y divulgar la doctrina social de la Iglesia que, como dice el Papa Juan Pablo II “no es una tercera vía entre el capitalismo liberal y el socialismo marxista y ni siquiera una posible alternativa a otras soluciones menos contrapuestas radicalmente. No es, tampoco, una ideología sino, la respuesta reflexiva a las complejas realidades de la vida del hombre en sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fé y de la tradición eclesial. Es la respuesta de la Iglesia a las tribulaciones de la historia formulando una auténtica justicia social, unida a la caridad cristiana en un clima de libertad, de respeto recíproco, de fraternidad”. (Discurso del Papa a los Obreros italianos el 9 de Diciembre de 1978)(Encíclica “Sollicitudo Rei Socialis”, 41g).

“Aliento, pues, a todos a profundizar en el pensamiento social católico, que tiene su fuente más profunda en la revelación. Escuchad la enseñanza social de la Iglesia, adheríos vitalmente a ella, dejando que ilumine vuestra conducta y convirtiéndoos en propagadores incansables de los principios de juicio y de acción que os ofrece el magisterio, haciendo llegar sus contenidos a todos los hombres y mujeres”. (Homilía de Juan Pablo II en Chalco, México, 7 de Mayo de 1990).

---

(22).- JOSE A. MARTÍNEZ PUCHE, Orden de Predicadores, O.P.: “Prólogo” a la obra de PEDRO JESÚS LASANTA “Diccionario Social y Moral de Juan Pablo II”, pág. 11, Madrid, 1995.



**CAPÍTULO XXI**

**LA CONSTITUCIÓN  
EX CORDE ECCLESIAE  
PROMULGADA  
EL 15 DE AGOSTO DE 1990  
POR JUAN PABLO II**



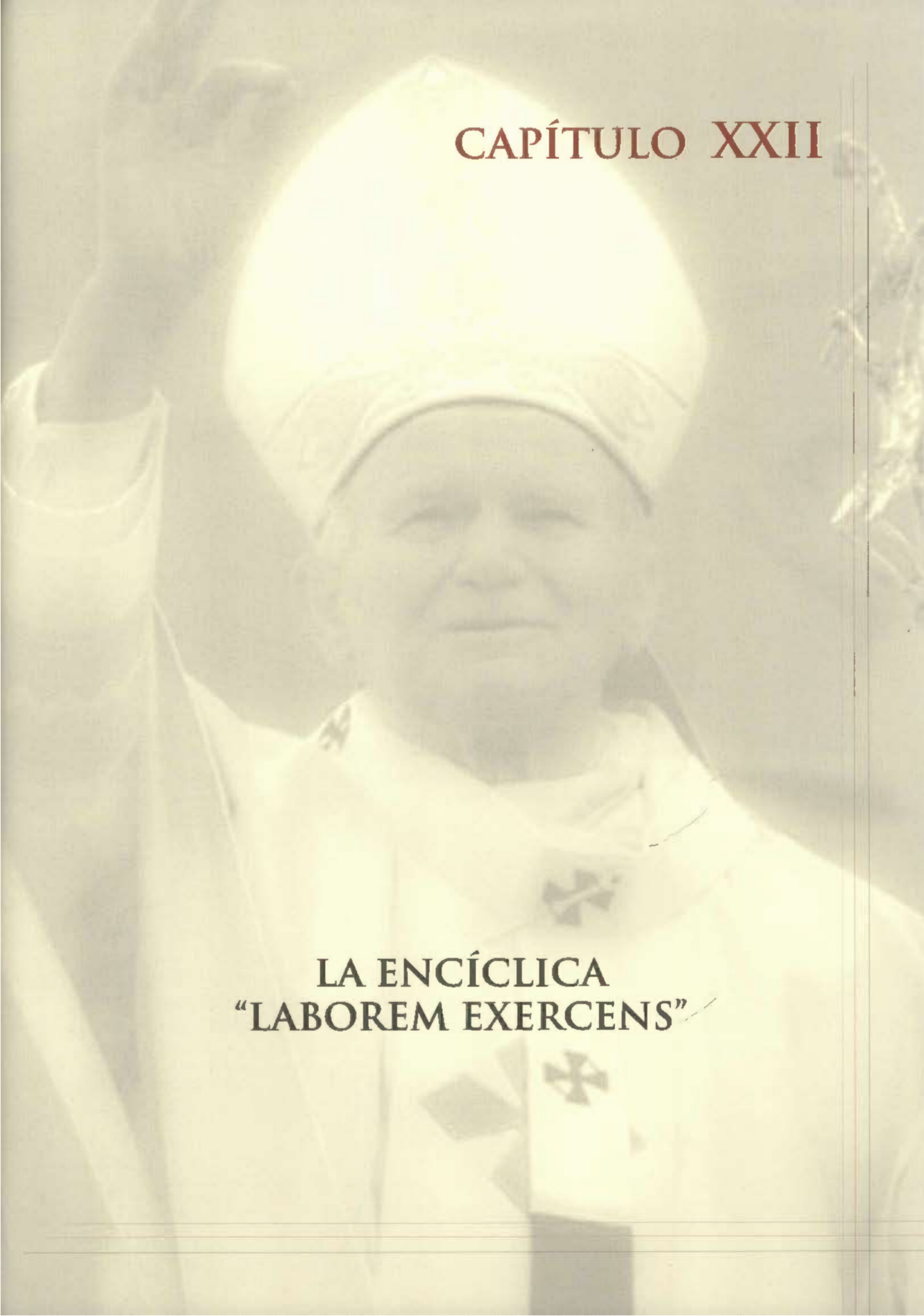


## CAPÍTULO XXI

# LA CONSTITUCIÓN EX CORDE ECCLESIAE PROMULGADA EL 15 DE AGOSTO DE 1990 POR JUAN PABLO II

“Nacida del corazón de la Iglesia, la Universidad Católica se inserta en el curso de la tradición que remonta al origen mismo de la Universidad como institución, y se ha revelado siempre como un centro incomparable de creatividad y de irradiación del saber para el bien de la humanidad. Por su vocación, la *Universitas magistrorum et scholarium*, se consagra a la investigación, a la enseñanza y a la formación de los estudiantes...”. Así empieza esta fundamental Constitución apostólica del sumo pontífice, Juan Pablo II, sobre las universidades católicas, cuyo desconocimiento, tergiversación e incumplimiento está dando lugar a un grave problema, en nuestros días, con la Universidad Católica de Lima y que, esperamos, que las autoridades universitarias y el claustro en pleno, sepan acoger, cumplir y aplicar con arreglo al texto y al espíritu de la Constitución apostólica en referencia a cuyo artículo 11° de sus **Normas Transitorias** establece: “Quedan abrogadas las leyes particulares o costumbres, actualmente en vigor, que sean contrarias a esta Constitución. Igualmente quedan abolidos los privilegios concedidos hasta hoy por la Santa Sede a personas físicas o morales, y que estén en contra de esta Constitución”. Clarísimo, todo lo que se diga en contra, es tergiversación, mala fe o demagogia.





**CAPÍTULO XXII**

**LA ENCÍCLICA  
“LABOREM EXERCENS”**





## CAPÍTULO XXII

### LA ENCÍCLICA “LABOREM EXERCENS”

Promulgada por el PAPA JUAN PABLO II en el Vaticano el 14 DE SEPTIEMBRE DE 1981 conmemorando el 90 ANIVERSARIO DE LA “RERUM NOVARUM”

**“CON SU TRABAJO el hombre ha de procurarse el pan cotidiano<sup>(1)</sup>, contribuir al continuo progreso de las ciencias y la técnica, y sobre todo a la incesante elevación cultural y moral de la sociedad en la que vive en comunidad con sus hermanos. Y <<trabajo>> significa todo tipo de acción realizada por el hombre independientemente de sus características o circunstancias; significa toda actividad humana que se puede o se debe reconocer como trabajo entre las múltiples actividades de las que el hombre es capaz y a las que está predispuesto por la naturaleza misma en virtud de su humanidad. Hecho a imagen y semejanza de Dios<sup>(2)</sup> en el mundo visible y puesto en él para que dominase la tierra,<sup>(3)</sup> el hombre está por ello, desde el principio, llamado al trabajo. El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas”.**

(Laborem Excersens, o)

#### I INTRODUCCIÓN

##### 1.- EL TRABAJO HUMANO 90 años después de la RERUM NOVARUM.

**“Habiéndose cumplido, noventa años desde la publicación –por obra de León XIII, el gran Pontífice de la << cuestión social >>– de aquella Encíclica de decisiva importancia, que comienza con las palabras Rerum Novarum, deseo dedicar este documento precisamente al trabajo humano, y más aún deseo dedicarlo al hombre en el vasto contexto de esa realidad que es el trabajo”.**

(Laborem Excersens, 1a)

**“En el espacio de los años que nos separan de la publicación de la Encíclica Rerum Novarum, la cuestión social no ha dejado de ocupar la atención de la Iglesia. Prueba de ello son los numerosos documentos del Magisterio, publicados por los Pontífices, así como por el Concilio Vaticano II. Prueba asimismo de ello son las declaraciones de los Episcopados o la actividad de los diversos centros de pensamiento y de iniciativas concretas de apostolado, tanto a escala internacional como escala de Iglesias Locales. Es difícil enumerar aquí detalladamente todas las manifestaciones del vivo interés de la Iglesia y de los cristianos por la cuestión social, dado que son muy numerosas”.**

(Laborem Excersens, 2b)

(1).- Cfr. Sal 127 (128), 2; cfr. también Gén 3, 17-19; Prov 10, 22; Ex 1, 8-14; Jer 22, 13.

(2).- Cfr. Gén 1, 26.

(3).- Cfr. *ibid.*, 1, 28.

“La distribución desproporcionada de riqueza y miseria, la existencia de Países y Continentes desarrollados y no desarrollados, exigen una justa distribución y la búsqueda de vías para un justo desarrollo de todos. En esta dirección se mueven las enseñanzas contenidas en la Encíclica Mater et Magistra de Juan XXIII, en la Constitución pastoral Gaudium et Spes del Concilio Vaticano II y en la Encíclica Populorum Progressio de Pablo VI”.

(Laborem Excersens, 2c)

“Si en el pasado, como centro de tal cuestión, se ponía de relieve ante todo el problema de la <<clase>>, en época más reciente se coloca en primer plano el problema del <<mundo>>. Por lo tanto, se considera no sólo el ámbito de clase, sino también el ámbito mundial de la desigualdad y de la injusticia; y, en consecuencia, no sólo la dimensión de clase, sino la dimensión mundial de las tareas que llevan a la realización de la justicia en el mundo contemporáneo”.

(Laborem Excersens, 2d)

**“EL TRABAJO HUMANO ES UNA CLAVE, QUIZÁ LA CLAVE ESENCIAL, DE TODA LA CUESTIÓN SOCIAL”**

(Laborem Excersens, 3b)

“La Iglesia está convencida de que el trabajo constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la tierra”.

(Laborem Excersens, 4a)

En el número 7a de “Laborem Exercens” se consagra el “EVANGELIO DEL TRABAJO”: “La verdad cristiana sobre el trabajo debía contraponerse a las diversas corrientes del pensamiento materialista y <<economicista>>”.

“La cuestión obrera, denominada, a veces, cuestión proletaria ha hecho surgir y casi irrumpir un gran impulso de solidaridad entre los hombres del trabajo y, ante todo, entre los trabajadores de la industria. La llamada a la solidaridad y a la acción común, tenía un importante valor desde el punto de vista de la ética social. Era la reacción contra la degradación del hombre como sujeto del trabajo y contra la inaudita y concomitante explotación en el campo de las ganancias, de las condiciones de trabajo y de la previsión social”.

La proletarización creciente abarca a algunas categorías o grupos de la inteligencia trabajadora especialmente cuando junto con el acceso cada vez más amplio a la instrucción, con el número cada vez más numeroso de personas, que han conseguido un diploma por su preparación cultural, disminuye la demanda de su trabajo. Tal desocupación de los intelectuales tiene lugar o aumenta cuando la instrucción accesible no está orientada hacia los tipos de empleo o de servicios requeridos o cuando el trabajo para el que se requiere la instrucción, es menos buscado o menos pagado que un trabajo manual.

“Por eso, hay que seguir preguntándose sobre el sujeto del trabajo y las condiciones en las que vive. Para realizar la justicia social en las diversas partes del mundo, en los distintos Países, y en las relaciones entre ellos, son siempre necesarios nuevos movimientos de solidaridad de los hombres del trabajo y de solidaridad con los hombres del trabajo. Esta solidaridad debe estar siempre presente allí donde lo requiere la degradación social del sujeto del trabajo, la explotación de los trabajadores, y las crecientes zonas de miseria e incluso de hambre. La Iglesia está vivamente comprometida en esta causa, porque la considera como su misión, su servicio, como verificación de su fidelidad a Cristo, para poder ser verdaderamente la <<Iglesia de los Pobres>>”

(Laborem Excersens, 8f)

“La antinomia entre el trabajo y capital no tiene su origen en la estructura del mismo proceso de producción, y ni siquiera en la del proceso económico en general. Tal proceso demuestra en efecto la compenetración recíproca entre el trabajo y lo que estamos acostumbrados a llamar el capital; demuestra su vinculación indisoluble. El hombre, trabajando en cualquier puesto de trabajo, ya sea éste relativamente primitivo o bien ultramoderno, puede darse cuenta fácilmente de que con su trabajo entra en un doble patrimonio, es decir, en el patrimonio de lo que ha sido dado a todos los hombres con los recursos de la naturaleza y de lo que los demás ya han elaborado anteriormente sobre la base de estos recursos, ante todo desarrollando la técnica, es decir, formando un conjunto de instrumentos de trabajo, cada vez más perfectos: el hombre, trabajando, al mismo tiempo <<reemplaza en el trabajo a los demás>>(†).

Aceptamos sin dificultad dicha imagen del campo y del proceso del trabajo humano, guiados por la inteligencia o por la fe que recibe la luz de la Palabra de Dios. Esta es una imagen coherente, teológica y al mismo tiempo humanística. El Hombre es en ella el <<señor>> de las creaturas, que están puestas a su disposición en el mundo visible. Si en el proceso del trabajo se descubre alguna dependencia, ésta es la dependencia del Dador de todos los recursos de la creación, y es a su vez la dependencia de los demás hombres, a cuyo trabajo y a cuyas iniciativas debemos las ya perfeccionadas y ampliadas posibilidades de nuestro trabajo. De todo esto que en el proceso de producción constituye un conjunto de <<cosas>>, de los instrumentos, del capital, podemos solamente afirmar que condiciona el trabajo del hombre; no podemos, en cambio, afirmar que ello constituya casi el <<sujeto>> anónimo que hace dependiente al hombre y su trabajo.”

(Laborem Excersens, 13b)

(†)- Cfr. Jn 4, 38.



“La ruptura de esta imagen coherente, en la que se salvaguarda estrechamente el principio de la primacía de la persona sobre las cosas, ha tenido lugar en la mente humana, alguna vez, después de un largo período de incubación en la vida práctica. Se ha realizado de modo tal que el trabajo ha sido separado del capital y contrapuesto al capital, y el capital contrapuesto al trabajo, casi como dos fuerzas anónimas, dos factores de producción colocados juntos en la misma perspectiva <<economística>>. En tal planteamiento del problema había un error fundamental, que se puede llamar el error del economismo, si se considera el trabajo humano exclusivamente según su finalidad económica. Se puede también y se debe llamar este error fundamental del pensamiento un error del materialismo, en cuanto que el economismo incluye, directa o indirectamente, la convicción de la primacía y de la superioridad de lo que es material, mientras por otra parte el economismo sitúa lo que es espiritual y personal (la acción del hombre, los valores morales y similares) directa o indirectamente, en una posición subordinada a la realidad material. Esto no es todavía el materialismo teórico en el pleno sentido de la palabra; pero es ya ciertamente materialismo práctico, el cual, no tanto por las premisas derivadas de la teoría materialista, cuanto por un determinado modo de valorar, es decir, de una cierta jerarquía de los bienes, basada sobre la inmediata y mayor atracción de lo que es material, es considerado capaz de apagar las necesidades del hombre”.

(Laborem Excersens, 13c)

**“El error de pensar según las categorías del economismo ha avanzado al mismo tiempo que surgía la filosofía materialista y se desarrollaba esta filosofía desde la fase más elemental y común (llamada también materialismo vulgar, porque pretende reducir la realidad espiritual a un fenómeno superfluo) hasta la fase del llamado materialismo dialéctico”.**

(Laborem Excersens, 13d)

---

# CAPÍTULO XXIII



## LA ENCÍCLICA “SOLLICITUDO REI SOCIALIS”



## CAPÍTULO XXIII

### LA ENCÍCLICA “SOLLICITUDO REI SOCIALIS”

La doctrina social de la Iglesia se consagra además en dos formidables encíclicas del Papa Juan Pablo II: la “SOLLICITUDO REI SOCIALIS” promulgada el 30 de Diciembre de 1987 y la “CENTESIMUS ANNUS” promulgada el 1 de Mayo de 1991, en ambos se concluye que a partir de la “RERUM NOVARUM” se ha formado ya “un <<corpus>> doctrinal renovado en el que mediante la palabra revelada por Jesucristo y mediante la asistencia del Espíritu Santo se leen los hechos según se desenvuelven en el curso de la historia. Se intenta guiar de este modo a los hombres para que ellos mismos den una respuesta, con la ayuda de la razón y de la ciencia a su vocación de constructores responsables de la sociedad terrena”

(Sollicitudo Rei Socialis, 1, Introducción)

Advierte Juan Pablo II que el tiempo últimamente esta sometido a una continua aceleración en la historia.

Y el tiempo que caracteriza a la vigilia del tercer milenio constituye un tiempo de “ADVIEN-TO” y por ello se hace preciso la reflexión sobre este tiempo.

(Sollicitudo Rei Socialis, 4b, 4c, 4d)

Durante este tiempo “la primera constatación negativa que se debe hacer es el profundo abismo entre las áreas del llamado norte desarrollado y la del sur en vías de desarrollo. Esta terminología geográfica es aplicable paralelamente a la desigualdad social”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 14a)

“Los países en vías de desarrollo se encuentran en una situación de gravísimo retraso”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 14d)

“A lo dicho hay que añadir todavía las diferencias de cultura y de los sistemas de valores que hacen mucha mas compleja la cuestión social debido a que ha asumido una dimensión mundial”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 14e)



“En el lenguaje corriente se habla de mundos distintos: Primer Mundo, Segundo Mundo, Tercer Mundo y Cuarto mundo. Estas expresiones y terminologías esconden incluso un contenido moral, frente al cual la Iglesia no puede permanecer indiferente”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 14f)

“15. El cuadro trazado precedentemente sería sin embargo incompleto, si a los <<indicadores económicos y sociales>> del subdesarrollo no se añadieran otros igualmente negativos, más preocupantes todavía, comenzando por el plano cultural. Estos son: el analfabetismo, la dificultad o imposibilidad de acceder a los niveles superiores de instrucción, la incapacidad de participar en la construcción de la propia Nación, las diversas formas de explotación y de opresión económica, social, política y también religiosa de la persona humana y de sus derechos, las discriminaciones de todo tipo, de modo especial más odiosa basada en la diferencia racial. Si alguna de estas plagas se halla en algunas zonas del Norte más desarrollado, sin lugar a duda éstas son más frecuentes, más duraderas y más difíciles de extirpar en los países en vías de desarrollo y menos avanzados”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 15a)

“En pocas palabras, el subdesarrollo de nuestros días no es sólo económico, sino también cultura, político y simplemente humano, como ya indicaba hace veinte años Encíclica Populorum Progressio. Por consiguiente, es menester preguntar si la triste realidad de hoy no sea, al menos en parte, el resultado de una concepción demasiado limitada, es decir, prevalentemente económica, del desarrollo”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 15f)

“Es necesario denunciar la existencia de unos mecanismos económicos, financieros y sociales, los cuales, aunque manejados por la voluntad de los hombres, funcionan de modo casi automático, haciendo más rígida las situaciones de riqueza de los unos y de pobreza de los otros. Estos mecanismos, maniobrados por los países más desarrollados de modo directo o indirecto, favorecen a causas de su mismo funcionamiento los intereses de los que los maniobran, aunque terminan por sofocar o condicionar las economías de los países menos desarrollados. Es necesario someter en el futuro estos mecanismos a un análisis atento bajo el aspecto ético-moral”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 16c)

“Entre los indicadores específicos del subdesarrollo, que afectan de modo creciente también a los países desarrollados, hay dos particularmente reveladores de una situación dramática. En primer lugar, la crisis de la vivienda”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 17b)

“La falta de vivienda se verifica a nivel universal y se debe, en parte, al fenómeno siempre creciente de la urbanización”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 17c)

“La falta de vivienda, que es un problema en sí mismo bastante grave, es digno de ser considerado como signo o síntesis de toda una serie de insuficiencias económicas, sociales, culturales o simplemente humanas”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 17d)

**“18. Otro indicador, común a gran parte de las naciones, es el fenómeno del desempleo y del subempleo”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 18a)

“Si este aparece de modo alarmante en los países en vía de desarrollo, con su alto índice de crecimiento demográfico y el número tal elevado de población juvenil, en los países de gran desarrollo económico parece que se contraen las fuentes de trabajo, y así, las posibilidades de empleo, en vez de aumentar, disminuyen”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 18b)

“También este triste fenómeno, con su secuela de efectos negativos a nivel individual y social, desde la degradación hasta la pérdida del respeto que todo hombre y mujer se debe a sí mismo, nos lleva a preguntarnos seriamente sobre el tipo de desarrollo, que se ha perseguido en el curso de los últimos veinte años”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 18c)

“En Occidente existe, en efecto, un sistema inspirado históricamente en el capitalismo liberal, tal como se desarrolló en el siglo pasado; en Oriente se da un sistema inspirado en el colectivo marxista, que nació de la interpretación de la condición de la clase proletaria, realizada a la luz de una peculiar lectura de la historia.”

(Sollicitudo Rei Socialis, 20e)

“Cada una de estas dos ideología, al hacer referencia a dos visiones tan diversas del hombre, de su libertad y de su cometido social, ha propuesto y promueve, bajo el aspecto económico, unas formas antitéticas de organización del trabajo y de estructuras de la propiedad, especialmente en lo referente a los llamados medios de producción”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 20f)

“Es inevitable que la contraposición ideológica, al desarrollar sistemas y centros antagónicos de poder, con sus formas de propaganda y de doctrina, se convirtiera en una creciente contraposición militar, dando origen a dos bloques de potencias armadas, cada uno desconfiado y temeroso del prevalecer ajeno”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 20g)

“Los países subdesarrollados, en vez de transformarse en naciones autónomas, preocupadas de su propio marcha hacia la justa participación en los bienes y servicios destinados a todos, se convierten en piezas de un mecanismo y de un engranaje gigantesco. Esto sucede a menudo en el campo de los medios de comunicación social, los cuales, al estar dirigidos mayormente por centros de la parte Norte del mundo, no siempre tienen en la debida consideración las prioridades y los problemas propios de estos Países, ni respetan su fisonomía cultural; a menudo, imponen una visión desviada de la vida y del hombre y así no responden a las exigencias del verdadero desarrollo”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 22b)

“Si a todo esto se añade el peligro tremendo, conocido por todos, que representan las armas atómicas acumuladas hasta lo increíble, la conclusión lógica es la siguiente: el panorama del mundo actual, incluso el económico, en vez de causar preocupación por un verdadero desarrollo que conduzca a todos hacia una vida <<más humana>> parece destinado a encaminarnos más rápidamente hacia la muerte”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 24b)

“Las consecuencias de este estado de cosas se manifiestan en el acentuarse de una plaga típica y reveladora de los desequilibrios y conflictos del mundo contemporáneo: los millones de refugiados, a quienes las guerras, calamidades naturales, persecuciones y discriminaciones de todo tipo han hecho perder casa, trabajo, familia y patria. La tragedia de estas multitudes se refleja en el rostro descompuesto de hombres, mujeres y niños que, en un mundo dividido e inhóspito, no consiguen encontrar ya un hogar”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 24c)

“Ni se pueden cerrar los ojos a otra dolorosa plaga del mundo actual: el fenómeno del terrorismo, entendido como propósito de matar y destruir indistintamente hombre y bienes, y crear precisamente un clima de terror y de inseguridad, a menudo incluso con la captura de rehenes. Aun cuando se aduce como motivación de esta actuación inhumana cualquier ideología o creación de una sociedad mejor, los actos de terrorismo nunca son justificables. Pero muchos menos lo son cuando, como sucede hoy, tales decisiones y actos, que a veces llegan a verdaderas mortandades, ciertos secuestros de personas inocentes y ajenas a los conflictos, se proponen un fin propagandístico a favor de la propia causa. Ante tanto horror y tanto sufrimiento siguen siendo siempre válidas las palabras que pronuncié hace algunos años y que quisiera repetir una vez más: <<El cristianismo prohíbe... el recurso a las vías del odio, al asesinato de personas indefensas y a los métodos del terrorismo>>”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 24d)



**“Superando los imperialismos de todo tipo y propósitos por mantener la propia hegemonía, las Naciones más fuertes y más dotadas deben sentirse moralmente responsables de las otras, con el fin de instaurar un verdadero sistema internacional que se base en la igualdad de todos los pueblos y en el debido respeto de sus legítimas diferencias. Los Países económicamente más débiles, o que están en el límite de la supervivencia, asistidos por los demás pueblos y por la comunidad internacional, deben ser capaces de aportar a su vez al bien común sus tesoros de humanidad y de cultura, que de otro modo se perderían para siempre”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 39d)

**“La solidaridad nos ayuda a ver al <<otro>>- persona, pueblo o Nación-, no como un instrumento cualquiera para explotar a poco coste su capacidad de trabajo y resistencia física, abandonándolo cuando ya no sirve, sino común <<semejante>> nuestro, una <<ayuda>> (cf. Gén 2, 18. 20), para hacerlo participe, como nosotros, del banquete de la vida al que todos los hombres son igualmente invitados por Dios. De aquí la importancia de despertar la conciencia religiosa de los hombres y de los pueblos”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 39e)

**“Se excluye así la explotación, la opresión y la anulación de los demás. Tales hechos, en la presente división del mundo en bloques contrapuestos, van a confundir en el peligro de guerra”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 39f)

**“LAS “ESTRUCTURAS DE PECADO”, y los pecados que conducen a ellas, se oponen con igual radicalidad a la paz y al desarrollo, pues el desarrollo, según la conocida expresión de la Encíclica de Pablo VI, es <<el nuevo nombre de la paz>>”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 39g)

**“De está manera, la solidaridad que proponemos es un camino hacia la paz y hacia el desarrollo”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 39h)

**“40. La solidaridad es sin duda una virtud cristiana”.**

(Sollicitudo Rei Socialis, 40a)



“A la luz de la fé, la solidaridad tiende a superarse a sí misma, al revestirse de la dimensiones específicamente cristianas de gratuidad total, perdón y reconciliación. Entonces el prójimo no es solamente un ser humano con sus derechos y su igualdad fundamental con todos, sino que se convierte en la imagen viva de Dios Padre, rescatada por la sangre de Jesucristo y puesta bajo la acción permanente del Espíritu Santo. Por tanto, debe ser amado, aunque sea enemigo, con el mismo amor con que le ama el Señor, y por él se debe estar dispuestos al sacrificio, incluso extremo: <<dar la vida por los hermanos>> (cf. 1 Jn 3, 16)”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 40b)

“Por eso la solidaridad debe cooperar en la realización de este designio divino, tanto a nivel individual, como a nivel nacional e internacional. Los <<mecanismos perversos>> y las <<estructuras de pecado>>, de que hemos hablado, sólo podrán ser vencidos mediante el ejercicio de la solidaridad humana y cristiana, a la que la Iglesia invita y que promueve incansablemente. Sólo así tantas energías positivas podrán ser dedicadas plenamente a favor del desarrollo y de la paz”.

(Sollicitudo Rei Socialis, 40d)

---

A faded, sepia-toned portrait of Pope John XXIII, looking slightly to the right with a gentle expression. The image is the background of the page.

## CAPÍTULO XXIV

### LA ENCÍCLICA “CENTESIMUS ANNUS”



## CAPÍTULO XXIV

### LA ENCÍCLICA “CENTESIMUS ANNUS”

El 1 de mayo de 1991, el Papa Juan Pablo II promulgo la encíclica “CENTESIMUS ANNUS” que tenia por objeto conmemorar el centenario de la “RERUM NOVARUM” – que marcó una fecha de relevante importancia en la historia de la Iglesia y de la humanidad y “poner en evidencia la fecundidad de los principios expresados por León XIII los cuales pertenecen al patrimonio doctrinal de la iglesia”.

(Centessimus Annus, 3e)

“Juan Pablo II escribió esta encíclica inspirándose en la imagen evangélica del escriba que se ha hecho discípulo del Reino de los Cielos”.

(Centessimus Annus, 3c)

“11. La relectura de aquella Encíclica, a la luz de las realidades contemporáneas, nos permite apreciar la constante preocupación y dedicación de la Iglesia por aquellas personas que son objeto de predilección por parte de Jesús, nuestro Señor. El contenido del texto es un testimonio excelente de continuidad, dentro de la iglesia, de lo que ahora se llama <<opción preferencial por los pobres>>; opción que en la Sollicitudo rei socialis es definida como una <<forma especial de primacía en el ejercicio de la caridad cristiana>>.”<sup>(37)</sup> La Encíclica sobre la <<cuestión obrera>> es, pues, una Encíclica sobre los pobres y sobre la terrible condición a la que el nuevo y con frecuencia violento proceso de industrialización había reducido a grandes multitudes. También hoy, en gran parte del mundo, semejantes procesos de transformación económica, social y política originan los mismos males”.

(Centessimus Annus, 11a)

“13. Ahondando ahora en esta reflexión y haciendo referencia a lo que ya se ha dicho en las Encíclicas Laborem exercens y Sollicitudo rei socialis, hay que añadir aquí que el error fundamental del socialismo es de carácter antropológico. Efectivamente, considera a todo hombre como un simple elemento y una molécula del organismo social, de manera que el bien del individuo se subordina al funcionamiento del mecanismo económico – social. Por otra parte, considera que este mismo bien pueda ser alcanzado al margen de su opción autónoma, de su responsabilidad asumida, única y exclusiva, ante el bien o el mal. El hombre queda reducido así a una serie de relaciones sociales, desapareciendo el concepto de persona como sujeto autónomo de decisión moral, que es quien edifica el orden social, mediante tal decisión. De esta errónea concepción de la persona provie-

---

<sup>(37)</sup>- Enc. Sollicitudo rei socialis. 42: l. c., 572.



nen la distorsión del derecho, que define el ámbito del ejercicio de la libertad, y la oposición a la propiedad privada. El hombre, en efecto, cuando carece de algo que pueda llamar <<suyo>> y no tiene posibilidad de ganar para vivir por su propia iniciativa, pasa a depender de la máquina social y de quienes la controlan, lo cual le crea dificultades mayores para reconocer su dignidad de persona y entorpece su camino para la constitución de una auténtica comunidad humana”.

(Centessimus Annus, 13a)

“14. De la misma raíz atea brota también la elección de los medios de acción propias del socialismo, condenado en la *Rerum novarum*. Se trata de la lucha de clases. La iglesia sabe muy bien que, a lo largo de la historia, surgen inevitablemente los conflictos de intereses entre diversos grupos sociales y que frente a ellos el cristianismo no pocas veces debe pronunciarse con coherencia y decisión. Por lo demás, la Encíclica *Laborem exercens* ha reconocido claramente el papel positivo del conflicto cuando se configura como <<lucha por la justicia social>>(1). Ya en la *Quadragesimo anno* se decía: <<En efecto, cuando la lucha de clases se abstiene de los actos de violencia y del odio recíproco, se transforma poco a poco en una discusión honesta, fundada en la búsqueda de la justicia>>”(2).

(Centessimus Annus, 14a)

“15. La *Rerum novarum* se opone a la estatalización de los medios de producción, que reduciría a todo ciudadano a una <<pieza>> en el engranaje de la máquina estatal. Con no menor decisión crítica una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción”.

(Centessimus Annus, 15a)

“Por otra parte, la sociedad y el Estado deben asegurar unos niveles salariales adecuados al mantenimiento del trabajador y de su familia, incluso con una cierta capacidad de ahorro”.

(Centessimus Annus, 15c)

(1).- Cf. Enc. *Laborem exercens*, 11-15: I. c., 602-618.

(2).- PÍO XI, Enc. *Quadragesimo anno*, II: I. c., 213.

“17. Leyendo la Encíclica en relación con todo el rico Magisterio leoniano,<sup>(3)</sup> se nota que, en el fondo, está señalando las consecuencias de un error de mayor alcance en el campo económico-social. Es el error que, como ya se ha dicho, consiste en una concepción de la libertad humana que la aparta de la obediencia de la verdad y, por tanto, también del deber de respetar los derechos de los demás hombres. El contenido de la libertad se transforma entonces en amor propio, con desprecio de Dios y del prójimo; amor que conduce al afianzamiento ilimitado del propio interés y que no se deja limitar por ninguna obligación de justicia”<sup>(4)</sup>.

(Centessimus Annus, 17a)

“Este error precisamente llega a sus extremas consecuencias durante el trágico ciclo de las guerras que sacudieron Europa y el mundo entre 1914 y 1945. Fueron guerras originadas por el militarismo, por el nacionalismo exasperado, por las formas de totalitarismo relacionado con ellas, así como por guerras derivadas de la lucha de clases, de guerras civiles e ideológicas. Sin la terrible carga de odio y rencor, acumulada a causa de tantas injusticias, bien sea a nivel internacional bien sea dentro de cada Estado, no hubieran sido posibles guerras de tanta crueldad en las que no se dudó ante la violación de los derechos humanos más sagrados; en las que fue planificado y llevado a cabo el exterminio de pueblos y grupos sociales enteros. Recordamos aquí singularmente al pueblo hebreo, cuyo terrible destino se ha convertido en símbolo de las aberraciones adonde puede llegar el hombre cuando se vuelve contra Dios”.

(Centessimus Annus, 17b)

“La *Rerum novarum* combatía las ideologías que llevan al odio e indicaba la vía para vencer la violencia y el rencor mediante la justicia”.

(Centessimus Annus, 17c)

<sup>(3)</sup>- Cf. Enc. *Arcanum divinae sapientiae* (10 Febrero 1880): Leonis XIII P. M. Acta, II, Romae 1882, 10-40; Enc. *Diuturnum illud* (29 Junio 1881): Leonis XIII P. M. Acta, II, Romae 1882, 269-287; Enc. *Inmortale Dei* (1 Noviembre 1885): Leonis XIII P. M. Acta, V, Romae 1886, 118-150; Enc. *Sapientiae christianae* (10 Enero 1890): Leonis XIII P. M. Acta, X, Romae 1891, 10-41; Enc. *Quod Apostolici muneris* (28 Diciembre 1878): Leonis XIII P. M. Acta, I, Romae 1881, 170-183; Enc. *Libertas praestantissimum* (20 Junio 1888): Leonis XIII P. M. Acta, VIII, Romae 1889, 212-246.

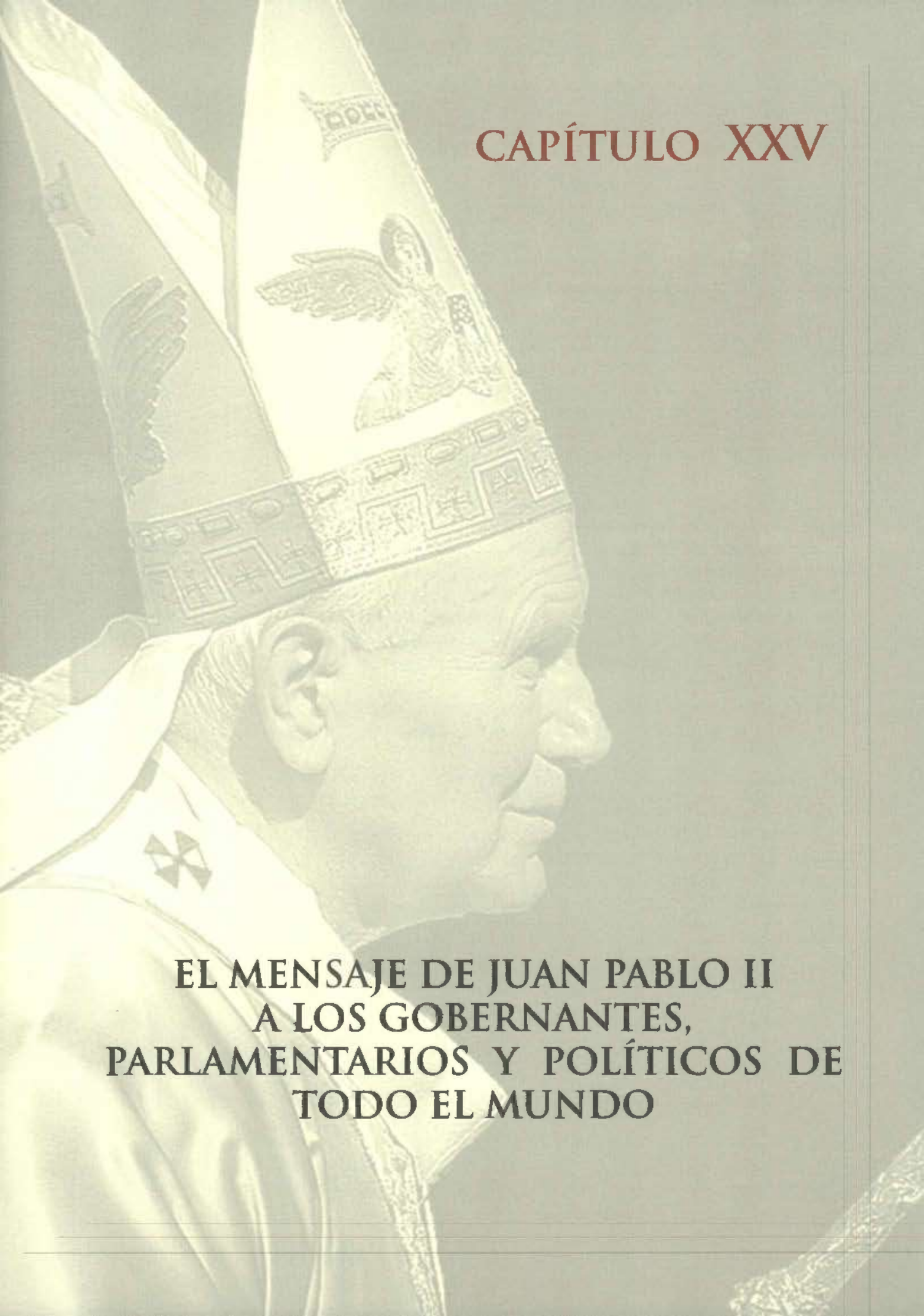
<sup>(4)</sup>- Cf. LEÓN XIII, Enc. *Libertas praestantissimum*: I. C., 224-226.

“Los grupos extremistas, que tratan de resolver tales controversias por medio de las armas encuentran fácilmente apoyos políticos y militares, son armados y adiestrados para la guerra, mientras que quienes se esfuerzan por encontrar soluciones pacíficas y humanas, respetuosas para con los legítimos intereses de todas las partes, permanecen aislados y caen a menudo víctima de sus adversarios. Incluso la militarización de tantos Países del Tercer Mundo y las luchas fratricidas que los han atormentado, la difusión del terrorismo y de medios cada vez más crueles de lucha político-militar tienen una de sus causas principales en la precariedad de la paz que ha seguido a la segunda guerra mundial. En definitiva, sobre todo el mundo se cierne la amenaza de una guerra atómica, capaz de acabar con la humanidad. La ciencia utilizada para fines militares pone a disposición del odio, fomentado por las ideologías, el instrumento decisivo. Pero la guerra puede terminar, sin vencedores ni vencidos, en un suicidio de la humanidad; por lo cual hay que repudiar la lógica que conduce a ella, la idea de que la lucha por la destrucción del adversario, la contradicción y la guerra misma sean factores de progreso y de avance de la historia.<sup>(42)</sup> Cuando se comprende la necesidad de este rechazo, deben entrar forzosamente en crisis tanto la lógica de la <<guerra total>>, como la de la <<lucha de clases>>”.

(Centessimus Annus, 18c)

---

<sup>(42)</sup>.-Cf. JUAN XXIII, Enc. *Pacem in terris* (11 Abril 1963), III: AAS 55 (1963), 286-289.



CAPÍTULO XXV

EL MENSAJE DE JUAN PABLO II  
A LOS GOBERNANTES,  
PARLAMENTARIOS Y POLÍTICOS DE  
TODO EL MUNDO





## CAPÍTULO XXV

# EL MENSAJE DE JUAN PABLO II A LOS GOBERNANTES, PARLAMENTARIOS Y POLÍTICOS DE TODO EL MUNDO

El domingo 5 de Noviembre del 2000, el Papa JuanPablo II se dirigió a los gobernantes, parlamentarios y políticos de todo el mundo instándolos a ser fieles a Dios y a su conciencia. El tema es de tremenda actualidad en el mundo y, particularmente, en el Perú, que atraviesa una corrosiva crisis en la ética y en la moral de los políticos, en general, en todas sus instituciones y en el núcleo mismo de la sociedad que es la familia. El discurso del Santo Padre se dio como oportunidad de una meditación sobre el jubileo de los gobernantes, de los parlamentarios y de los políticos, que está registrado en “L’OSSERVATORE ROMANO” N° 45 (1663), correspondiente al 10 de Noviembre del 2000, en cuya página 5, dijo el Santo Padre que: “Para vencer el egoísmo de las personas y de las naciones, lo que debe crecer en el mundo es el espíritu de solidaridad. Solo así se podrá poner freno a la búsqueda de poder político y riqueza económica por encima de cualquier referencia a otros valores. En un mundo globalizado, en que el mercado desempeña un papel tremendo en la economía, pero que tiende a desentenderse de toda consideración moral asumiendo como única norma la ley del máximo beneficio, los cristianos llamados por Dios a la vida política, tienen la misión difícil pero necesaria, de doblegar las leyes del mercado salvaje a las leyes de la justicia y de la solidaridad”.

Debo aún referirme a la brillante homilía del Papa ante un millón de jóvenes de España en la Base Aérea de Cuatro Vientos, el sábado 3 de Mayo del 2003:

**“El drama de la cultura actual es la falta de interioridad, la ausencia de contemplación. Sin interioridad la cultura carece de entrañas, es como un cuerpo que no ha encontrado todavía su alma”.**

“Amados jóvenes, sabéis bien cuanto me preocupa la paz en el mundo. La espiral de la violencia, el terrorismo y la guerra provoca, todavía en nuestros días, odio y muerte. La paz-lo sabemos- es ante todo un don de lo alto que debemos pedir con insistencia y que, además, debemos construir entre todos mediante una profunda conversión interior. Por eso, hoy quiero comprometeros a ser operadores y artífices de la paz. Responded a la violencia ciega y al odio inhumano con el poder fascinante del amor. Venced la enemistad con la fuerza del perdón”.

“;Nunca os dejéis desalentar por el mal!. Para ello necesitáis la ayuda de la oración y el consuelo que brota de una amistad íntima con Cristo. Sólo así, viviendo la experiencia del amor de Dios e irradiando la fraternidad evangélica, podréis ser los constructores de un mundo mejor, auténticos hombres y mujeres pacíficos y pacificadores”.

“Queridos jóvenes, ¡id con confianza al encuentro de Jesús! Y, como los nuevos santos, ¡no tengáis miedo de hablar de El!, pues Cristo es la respuesta verdadera a todas las preguntas sobre el hombre y su destino. Es preciso que vosotros, jóvenes, os convirtáis en apóstoles de

vuestros coetáneos. No os desaniméis, porque no estáis solos: el Señor nunca dejará de acompañaros, con su gracia y el don de su espíritu”.

“Al concluir mis palabras quiero invocar a María, la estrella luminosa que anuncia el despuntar del Sol que nace de lo alto, Jesucristo:

¡Dios te salve, María, llena de gracia!  
Esta noche te pido  
Por los jóvenes de España,  
Jóvenes llenos de sueños y esperanzas.  
Ellos son centinelas del mañana,  
el pueblo de las bienaventuranzas;  
son la esperanza viva de la Iglesia  
y del Papa.  
Santa María, Madre de los jóvenes,  
Intercede para que sean  
Testigos de Cristo resucitado,  
Apóstoles humildes y valientes  
del tercer milenio,  
heraldos generosos del Evangelio.  
Santa María, Virgen inmaculada,  
reza con nosotros,  
reza por nosotros. Amén.



## CAPÍTULO XXVI

**LOS ONCE DOCTORADOS DE  
JUAN PABLO II Y SU COMPROMISO  
CON LA PERSONA HUMANA A LA  
QUE EL DERECHO DEBE SERVIR**





## CAPÍTULO XXVI

# LOS ONCE DOCTORADOS DE JUAN PABLO II Y SU COMPROMISO CON LA PERSONA HUMANA A LA QUE EL DERECHO DEBE SERVIR

Para terminar, permítaseme aún referirme a su discurso con motivo de su incorporación como Doctor Honoris Causa en la Universidad de Roma “La Sapienza”. Cabe resaltar que éste es el undécimo doctorado “Honoris Causa” que recibe el Papa Juan Pablo II. El primero se lo otorgó, el 23 de junio de 1977, la Universidad “Juan Gutemberg” de Maguncia (Alemania), siendo cardenal arzobispo de Cracovia. El segundo, ya siendo Papa, el 6 de mayo de 1982, en jurisprudencia, la Universidad de Cambridge (Inglaterra). El tercero la Universidad de Coimbra (Portugal), el 15 de mayo de 1982. El cuarto y el quinto los recibió en su tierra y se los dieron la Universidad Católica de Lublin, el 17 de junio de 1983, y la Universidad Jaghellonica de Cracovia, el 22 de junio del mismo año. El sexto se lo concedió la “Franciscan University” de Steubenville (Estados Unidos), el 30 de octubre de 1986; el séptimo, la Academia Minero Siderúrgica Stanislaw Staszic de Cracovia, el 8 de febrero del 2000. El octavo, el noveno y el décimo se los confieren, el 26 de marzo del 2001; el Ateneo Superior de la Universidad “Cardenal Wyszynski” de Varsovia, el 15 de diciembre del 2001. El Sábado 17 de Mayo del 2003, víspera de su 83º cumpleaños, como antes mencioné, la Universidad “La Sapienza” le otorgó el título de Doctor Honoris Causa y en dicho evento, al contestar en un brillante discurso, en esencia, sostuvo lo siguiente:

**“El principio que me ha guiado en mi compromiso es que la persona humana tal como ha sido creada por Dios es el fundamento y el fin de la vida social, a la que el derecho civil debe servir. En efecto, “la centralidad de la persona humana en el derecho se expresa eficazmente en el aforismo clásico:”Hominum causa omne ius constitutum est”. Esto quiere decir que el derecho es tal si se pone como su fundamento al hombre en su verdad.”**

“En realidad, la Iglesia no puede abandonar jamás al hombre, cuyo destino está unido íntima e indisolublemente a Cristo”.

“Por último, me he esforzado por destacar, pidiendo que se expresaran en normas jurídicas obligatorias, muchos otros derechos, como el derecho a no ser discriminados a causa de la raza, la lengua, la religión o el sexo; el derecho a la propiedad privada, que es válido y necesario, pero que no hay que separar jamás del principio más fundamental de destino universal de los bienes (cf. Sollicitudo rei socialis, 42; Centesimus annus, 6); el derecho a la libertad de asociación, de expresión y de información siempre en el respeto de la verdad y de la dignidad de las personas; el derecho-que hoy es también un serio deber- de participar en la vida política, (Christi fidelis laici 42); el derecho a la iniciativa económica (cf. Centesimus annus, 48; Sollicitudo rei socialis, 15); el derecho a la habitación, es decir, el derecho a la vivienda para toda persona con su familia, estrechamente relacionado con el derecho a formar una familia y a tener un trabajo retribuido adecuadamente; el derecho a la educación y a la cultura porque el

analfabetismo constituye una gran pobreza y con frecuencia es sinónimo de marginación; el derecho de las minorías a existir y a conservar y desarrollar su propia cultura; el derecho al trabajo y los derechos a los trabajadores, tema al que dediqué la encíclica *LABOREM EXERCENS*".

“Los hombres y las mujeres del tercer milenio inscriban en las leyes y traduzcan en los comportamientos los valores perennes en los que se funda toda civilización auténtica”.

---



## CAPÍTULO XXVII

“MANE NOBISCUM DOMINE” :  
“QUÉDATE CON NOSOTROS SEÑOR”





## CAPÍTULO XXVII

### “MANE NOBISCUM DOMINE” : “QUÉDATE CON NOSOTROS SEÑOR”

**“*Mane Nobiscum Domine*”**. “Quédate con nosotros, Señor, porque atardece y el día va de caída (Lucas 24, 29). Así como los discípulos cuando reconocieron en el peregrino de Emaús a la figura del Señor resucitado y así como empiezan las palabras de la gran encíclica de Juan Pablo II del 7 de Octubre del 2004, así también nosotros quisiéramos quedarnos reflexionando sobre este hermoso tema... que no tiene fin.....”







## CAPÍTULO XXVIII

LA MUERTE DE JUAN PABLO II,  
SANTO Y SABIO DE NUESTRA ÉPOCA





## CAPÍTULO XXVIII

### LA MUERTE DE JUAN PABLO II, SANTO Y SABIO DE NUESTRA ÉPOCA

El sábado 2 de abril del 2005, siendo las 9:37 p.m, hora de Roma, 3:10 am, hora de Lima, murió nuestro amado Papa Juan Pablo II.

Fué uno de los líderes más grandes de todos los tiempos, por su defensa de la libertad. Con motivo de su muerte “il giornale di Roma” dijo: “*Papa nostro que estas en los cielos*”. Y evocó sus palabras dirigidas a los terroristas y a los que piensan como ellos: **“aquellos que se han dejado engañar por las falsas ideologías del terror”, a ellos les digo: “el mal nunca es camino para el bien”**.

Sus últimos años fueron el Pontificado del sufrimiento. Y cuando algunos Cardenales le pidieron su renuncia les dijo: “no renuncio. ¿Acaso Jesucristo se bajó de su cruz? Déjenme, pues, en mi cruz”.

---

## BIBLIOGRAFIA DE JUAN PABLO II:

- *"Don y Misterio. Autobiografía. En el 50 aniversario de mi ordenación sacerdotal"*, Plaza & Janes editores, S.A., Barcelona, 1997.
- *"Cruzando el umbral de la esperanza"*, editorial Norma, S.A., Barcelona, 1994.
- *"Memoria e identidad. Conversaciones al filo de dos milenios"*, editorial Planeta, Bogotá, 2005.
- *"Viaje apostólico a Cuba"*, ediciones Palabra S.A., Madrid, 1998.
- Encíclica *"Redemptor hominis"* del 4 de marzo de 1979.
- Encíclica *"Dives in misericordia"*, del 30 de noviembre de 1980.
- Encíclica *"Laborem exercens"*, del 14 de septiembre de 1981.
- Encíclica *"Slavorum apostoli"*, del 2 de junio de 1985.
- Encíclica *"Dominum et vivificantem"*, del 18 de mayo de 1986.
- Encíclica *"Redemptoris Mater"*, del 25 de marzo de 1987.
- Encíclica *"Sollicitudo rei socialis"*, del 30 de diciembre de 1987.
- Encíclica *"Redemptoris missio"*, del 7 de diciembre de 1990.
- Encíclica *"Centesimus annus"*, del 1º de mayo de 1991.
- Encíclica *"Veritatis splendor"*, del 6 de agosto de 1993.
- Encíclica *"Evangelium vitae"*, del 25 de marzo de 1995.
- Encíclica *"Ut unum sint"*, del 25 de mayo de 1995.
- Encíclica *"Fides et ratio. Sobre la correcta relación entre la razón y la fé"*, del 14 de septiembre de 1998.
- Encíclica *"Mane nobiscum domine"*, del 7 de octubre del 2004.
- Exhortación Apostólica *"Catechesi tradendae"*, del 16 de octubre de 1979.
- Exhortación Apostólica *"Familiaris consortio"*, del 22 de noviembre de 1981.
- Exhortación Apostólica *"Redemptionis donum"*, del 25 de marzo de 1984.
- Exhortación Apostólica *"Reconciliatio et paenitentia"*, del 2 de diciembre de 1984.
- Exhortación Apostólica *"Christifideles laici"*, del 30 de diciembre de 1988.
- Exhortación Apostólica *"Redemptoris custos"*, del 15 de agosto de 1989.
- Exhortación Apostólica *"Pastores de dabo vobis"*, del 25 de marzo de 1992.
- Exhortación Apostólica *"Ecclesia in Africa"*, del 14 de septiembre de 1995.
- Exhortación Apostólica *"Vita consecrata"*, del 25 de marzo de 1996.
- Carta apostólica *"Salvifici dolores"*, del 11 de febrero de 1984.
- Carta a los Jóvenes, del 31 de marzo de 1985.
- Carta apostólica *"Duodecimum saeculum"*, del 4 de diciembre de 1987.
- Carta apostólica *"Iuvenum Patris"*, del 31 de enero de 1988.
- Carta apostólica *"Ecclesia Dei"*, del 2 de julio de 1988.
- Carta apostólica *"Mulieris dignitatem"*, del 15 de agosto de 1988.
- Carta apostólica *"Vicesimus quintus annus"*, del 4 de diciembre de 1988.
- Carta apostólica a los religiosos de América Latina, del 29 de junio de 1990.
- Carta apostólica a las familias, del 2 de febrero de 1994.
- Carta apostólica *"Tertio millennio adveniente"*, del 10 de noviembre de 1994.
- Carta apostólica *"Orientale Lumen"*, del 2 de mayo de 1995.
- Catequesis sobre el Credo:

Tomo I: *“El Padre Creador”*

Tomo II: *“El hijo Reconciliador”*

Tomo III: *“El Espíritu Santo Vivificador”*

Tomo IV: *“La Iglesia”*

Tomo V: *“La Madre del Redentor”*

- *“El Horizonte de la renovación conciliar. Una mirada al Concilio Vaticano II”.*
- *“Ofrece el perdón. Recibe la paz”.*

---







CAPÍTULO XXIX

LA HISTORIOLOGÍA DE SPENGLER



## CAPÍTULO XXIX

### LA HISTORIOLOGÍA DE SPENGLER



La moderna filosofía de la historia se desenvuelve rauda con la obra de OSWALD SPENGLER (1880-1936) “*La decadencia de Occidente*” obra en la que se predice el destino de nuestra cultura mediante un nuevo sistema o “descubrimiento copernicano” de la historia en el que “**las culturas son organismos y la historia universal su biografía**”(1), “**una cultura nace cuando un alma grande despierta de su estado primario y se desprende del eterno infantilismo humano; cuando una forma surge de lo informe. Una cultura muere, cuando esa alma ha realizado la suma de sus posibilidades. Cuando la muchedumbre de las posibilidades interiores se ha cumplido, la cultura se anquilosa y muere; se cuaja, sus esfuerzos se agotan; se transforma en civilización**”(2).

“Este es el sentido de todas las decadencias en la historia -cumplimiento interior y exterior, acabamiento que, inevitablemente, sobreviene a toda cultura viva-. **Toda cultura pasa por los mismos estadios que el individuo. Tiene su niñez, su juventud, su virilidad, su vejez**”.(3)

‘Naturalmente -señala irónicamente Spengler-, el siglo XIX d. C., nos parece incomparablemente más importante que el siglo XIX a. C. pero también la Luna nos parece mucho más grande que Júpiter y Saturno. El científico naturalista se ha librado a sí mismo hace ya mucho tiempo, de esta ilusión de la distancia relativa, pero el historiador aún es víctima de este fenómeno.

(1)- SPENGLER: “*La decadencia de Occidente*”, tomo I, p. 49. Espasa-Calpe: Argentina, S.A., Buenos Aires-México, 1952.

(2)- SPENGLER ob. cit., tomo I, p. 169.

(3)- SPENGLER ob. cit., tomo I, p. 170.



**Pero... ¿qué es la historia universal?** Una representación ordenada del pasado, la expresión de un sentimiento de la forma. Sin duda. Pero un sentimiento, por muy concreto que sea, no es una forma acabada, y si es cierto que todos creemos sentir la historia universal y creemos vivirla y abarcar con plena seguridad su configuración”.(4)

**“Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna. Tal es el esquema, increíblemente mezquino y falta de sentido”.**(5)

**“No sólo reduce la extensión de la historia, sino, lo que es peor aún, empequeñece la escena histórica”.**(6)

**“¿No es ridículo oponer la “Edad Moderna”, con sus escasos siglos de extensión, a la “Edad Antigua”, que comprende otros tantos milenios?”.**(7)

**“Este esquema, tan corriente en la Europa occidental, hace girar las grandes culturas en torno nuestro, como si fuéramos nosotros el centro de todo el proceso universal. Yo le llamo sistema ptolemaico de la historia. Y considero como el descubrimiento copernicano, en el terreno de la historia, el nuevo sistema que este libro propone”.**(8)

**Otro decisivo núcleo conceptual en la historiología de Spengler que juega a modo de constante o “leit-motiv” en su brillante estilística, es su doctrina del alma apolínea, del alma fáustica, del alma mágica y aún, añadiríamos, del alma dionisiaca; simbología, ésta, que se inspira en la filosofía de Nietzsche y que Spengler la expone en el capítulo III, intitulado “Macrocósmos”, p. 264 y ss.:**

**“En adelante daré el calificativo de apolínea al alma de la cultura antigua, que eligió como tipo ideal de la extensión el cuerpo singular, presente y sensible. Desde Nietzsche es ésta denominación inteligible para todos. Frente a ella coloco el alma fáustica, cuyo símbolo primario es el espacio puro, sin límites, y cuyo “cuerpo” es la cultura occidental que comienza a florecer en las llanuras nórdicas, entre el Elba y el Tajo, al despuntar el estilo romántico en el siglo X. Apolíneo es la estatua del hombre desnudo; fáustico es el arte de la fuga. Apolíneos son la concepción estática de la mecánica, los cultos sensualistas de los dioses olímpicos, los Estados griegos, con su aislamiento político, la fatalidad de Edipo y el símbolo del falo: fáusticos son la dinámica de Galileo, la dogmática católico-protestante, las grandes dinastías de la época barroca, con su política de gabinete, el sino del Rey Lear y el ideal de la madonna, desde la Beatriz de Dante hasta el final del segundo Fausto. Apolínea es la pintura que impone a los cuerpos singulares el límite de un contorno; fáustica es la que crea espacios, con luces y sombras, y así se distinguen una de otra la pintura al fresco de Polignoto y la pintura al óleo de Rembrandt. Apolínea es la existencia del griego, que llama a su yo soma, que no tiene idea de una evolución interna y que carece, por lo tanto, de una historia verdadera, interior o exterior; fáustica es una existencia conducida con plena conciencia, una vida que se ve vivir a sí misma, una cultura eminentemente personal de las memorias, de las reflexiones, de las perspectivas y retrospectivas, de la conciencia moral. Y más lejana, aunque medianera entre las dos, aparece el alma mágica de la cultura árabe, tomando, interpretando y heredando formas. La cultura árabe, que despierta en la época de Augusto, en el paisaje comprendido entre el Tigris y el Nilo, el Mar Negro y la Arabia Meridional, tiene su álgebra, su astrología y su alquimia, sus mosaicos y arabescos, sus califas y sus mezquitas, sus sacramentos y sus libros sagrados de la religión persa, judía, cristiana, “antigua decadente” y maniquea.**

(4).- SPENGLER: ob. cit., tomo I, p. 46.

Ahora ya puede decirse que en el idioma fáustico “el espacio” es algo espiritual, separado rigurosamente del presente sensible momentáneo; algo que no sería lícito representar en una lengua apolínea, en griego o en latín”.<sup>(9)</sup>

**Sentados estos precedentes la conclusión historiológica de “iure condito” es que el Derecho apolíneo era un derecho estático: “La ciencia antigua del Derecho es una estática jurídica”.**

“Pero la voluntad fáustica de duración pide un libro que valga” de hoy en adelante para siempre” y quiere un sistema que prevea todos los casos posibles. Un libro semejante es un trabajo científico, y requiere necesariamente una casta de hombres sabios. Una casta de sabios es por fuerza ajena al mundo. Desprecia la experiencia que no procede del pensamiento. Y se produce así una lucha inevitable entre la costumbre fluyente de la vida práctica y la “casta de sabios”. Aquel manuscrito de las Pandectas ha sido durante siglos “el mundo” en que vivía el jurista”.<sup>(10)</sup>

“Lo que hasta hoy llamamos ciencia del Derecho es, pues, o filología del idioma jurídico o una escolástica de los conceptos jurídicos. La actual ciencia del Derecho en Alemania representa en gran medida una herencia del escolasticismo medieval. **Todavía no se ha iniciado una reflexión teórica de carácter jurídico sobre los valores fundamentales de nuestra vida.** Desconocemos por completo esos valores”.<sup>(11)</sup>

**“La ciencia antigua del Derecho era una estática jurídica”.<sup>(12)</sup>**

**“Los romanos crearon una estática jurídica; nuestro problema de hoy es crear una dinámica jurídica”.<sup>(13)</sup>**

“Es necesario que el futuro realice en el pensamiento jurídico una revolución análoga a la física y matemática superior. La vida social, económica, técnica, espera ser al fin comprendida en este sentido. Necesitamos más de un siglo de pensamiento agudo y profundo para alcanzar ese fin. Para ello *hace falta que la educación de los juristas se rija por nuevos módulos.* A saber:

- 1º Una amplia experiencia práctica inmediata de la vida económica actual.
- 2º Un conocimiento exacto de la historia jurídica de Occidente, comparando continuamente la evolución alemana, la inglesa y la tradición romanística.
- 3º El conocimiento del derecho antiguo, pero no como modelo de los conceptos actuales, sino como brillante ejemplo de cómo un derecho se desenvuelve pura y simplemente al hilo de la vida práctica”.<sup>(14)</sup>

(9).- SPENGLER: ob. cit., tomo I, p. 46.

(\*).- SPENGLER: ob. cit., tomo I, p. 47.

(1).- SPENGLER: ob. cit., tomo I, p. 49.

(8).- SPENGLER: ob. cit., tomo I, p. 49.

(\*).- SPENGLER: ob. cit., tomo I, p. 264-265.

(9).- SPENGLER: “La decadencia de occidente”, tomo II, p. 112, Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires-México, 1952.

(11).- SPENGLER: ob. cit., tomo II, p. 113.

(12).- SPENGLER: ob. cit., tomo II, p. 95.

(13).- SPENGLER: ob. cit., tomo II, p. 115.

(14).- SPENGLER: ob. cit., tomo II, p. 116.

Os invito a hacer vosotros mismos una reseña de “La Decadencia de Occidente”.

Ello supone un análisis estilístico de la obra pero, fundamentalmente, una síntesis del pensamiento de Spengler. “La Decadencia de Occidente” fue, ante todo, un libro revolucionario que causó un profundo impacto entre los intelectuales del siglo XX convirtiéndose ante todo en una filosofía en la que “la cultura” se convirtió en la gran protagonista de la historia. Spengler enumeró hasta nueve culturas cuya vida y cuya muerte han constituido el eje de la historia. Para Spengler “las culturas son organismos y la historia universal su biografía”, “una cultura nace cuando un alma grande despierta de su estado primario y se desprende del eterno infantilismo humano; cuando una forma surge de lo informe. Una cultura muere, cuando esa alma ha realizado la suma de sus posibilidades. Cuando la muchedumbre de las posibilidades interiores se ha cumplido, la cultura se anquilosa y muere; se cuaja, sus esfuerzos se agotan; se transforma en civilización”.

Ahora bien, para Spengler, “la cultura de Occidente” está agotada y su alma fáustica adopta las formas más grotescas de la decadencia que se plasman en la estridencia musical de nuestros días, en el estilo grotesco de la pintura y de la escultura contemporánea, en el lenguaje grosero que se ha instalado incluso en la estilística de los novelistas y de los poetas contemporáneos. Para Spengler, solo queda al hombre fáustico de las postrimerías, la política agresiva de los dictadores contemporáneos y el imperialismo ideológico de las dictaduras totalitarias en las que tienen la última palabra las ideas expuestas en “Mein Kampf” de Adolfo Hitler o los famosos ditirambos de las coplas de Curzio Malaparte:

*“Despunta il sole  
e canta il gallo,  
e Mussolini  
monta a cavallo”.*

El fascismo como ideología no solo impactó en poetas como Gabriel D’Annunzio y Curzio Malaparte sino, en juristas como Emilio Betti. El gran profesor de Camerino (20 de agosto de 1890 - 11 de agosto de 1968) no solo fue un notable romanista, un gran procesalista y civilista y un brillante hermeneuta; fué, sobre todo, un gran teórico general del Derecho pero, desgraciadamente, también, un político influenciado por la ideología de su tiempo uniformada con el negro ropaje de su parda camisa totalitaria y que integró, con Alfredo Rocco, las dos más descollantes puntas de lanza de los “fascies” lictorianos que, entonando “¡Giovinezza!”, mano en alto, frente al “imperio de balcón”, denunció el vano americanismo, sintomático de una mentalidad pueril, de una moda efímera, así como el “fariseísmo anglosajón” y, también, otro gran mal: el utilitarismo de la cultura promovido por una sobrevaluación de la técnica y el provincianismo del espíritu.



Fascismo y nacional-socialismo son las dos grandes ideologías de la época que ya fueron entrevistadas, a modo de un “disregard”, en el gran libro de Oswald Spengler, cual se desveía la “Società occulta e l’imprenditore occulto”<sup>(15)</sup>. Los diversos capítulos de “la decadencia de occidente” desarrollan con su brillante estilística -inspirada en el contrapunto entre el alma apolínea y el alma fáustica- la agonía de Occidente en la que las matemáticas, el arte, la filosofía y el Derecho, constituyen ya un ciclo cerrado y completo al que nada se podría agregar porque, su ciclo y su élan vital ya se ha agotado.

contrapunto entre el alma apolínea y el alma fáustica- la agonía de Occidente en la que las matemáticas, el arte, la filosofía y el Derecho, constituyen ya un ciclo cerrado y completo al que nada se podría agregar porque, su ciclo y su élan vital ya se ha agotado.

---

(15).- WALTER BIGIAMI: “Società occulta e imprenditore occulto” en los “Studi In onore di Enrico Redenti nel XL anno nel suo insegnamento”, volume primo, pp. 145 a 176, Milano Dott. A. Giuffré – Editore, 1951.







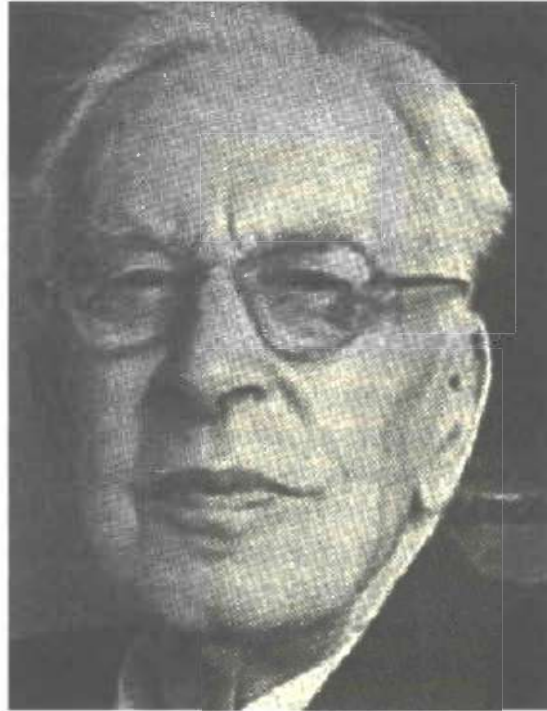
CAPÍTULO XXX

LA HISTORIOLOGÍA DE TOYNBEE



## CAPÍTULO XXX

### LA HISTORIOLOGÍA DE TOYNBEE



La otra obra de historiología trascendental de nuestro tiempo es la obra del profesor **ARNOLD TOYNBEE** (1889-1975): “Estudio de la historia”, para quien “el campo inteligible del estudio de la historia no son las naciones sino las civilizaciones”; “las fuerzas actuantes no son nacionales sino que proceden de causas más amplias que operan sobre cada una de las partes y que no son inteligibles en su actividad parcial, a menos que se tenga una visión general de su actividad en toda sociedad. Una sociedad enfrenta en el curso de su vida una serie de problemas que cada una ha de resolver como mejor pueda. Cada problema supone un reto y una respuesta”.

He aquí la clave en la historiología de Toynbee: el reto y la respuesta.

Pero la fórmula esencial de dicha clave está en que todas las investigaciones de Toynbee se inspiraron en el lema de la Universidad de Oxford “*Dominus Illuminatio Mea*”. “El Señor es mi inspiración”. Para Toynbee, Dios no es sólo un hecho histórico: es el hecho histórico supremo y la religión es el único asunto digno de la atención de los historiadores. Así; pues, la religión es, en su esencia, la clave de la historiología de Toynbee.

Arnold Toynbee, nació en Londres el 14 de abril de 1889 y murió el 22 de octubre de 1975. Se casó con la hija del notable helenista y profesor de Historia de la Literatura Griega, Gilbert Murray, con quien congenió en todo, en sus afectos y en su obsesión por Grecia, a la que dedicó Toynbee uno de sus más preciados libros: “*Los griegos: herencia y raíces*” (“*The Greeks and their Heritages*”) Oxford, 1981, traducción castellana, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995.



Profesor en Oxford y, luego, en la “London School of Economics”, profesor en Princeton y en Birmingham y corresponsal en Grecia para el “Manchester Guardian”, Director del “Royal Institute of International Affairs” y Director del “Research Department” del Ministerio de Asuntos Exteriores, conferencista en el Bryn Mawr College, Toynbee dedicó su vida íntegra al estudio de la historia, que es el título precisamente, de su genial e inmortal obra *“Estudio de la Historia”* (“A Study of History”), doce volúmenes escritos entre 1934 y 1961 en los que desarrolla su Historiología que, en esencia, se contrae a una Teología de la Historia en la que analiza la génesis, el desarrollo y la decadencia de las civilizaciones. La historiología de Toynbee ha proseguido en otra obra formidable: *“La civilización puesta a prueba”* (“Civilization on Trial”), Oxford, 1948, libro en el cual predijo que los conflictos que se suscitarían en el mundo del futuro serían de carácter ideológico y espiritual y que la religión sería el futuro campo de batalla en donde chocarían los poderes del mundo hasta llegar al día de Armagedon, según lo ha profetizado el libro del Apocalipsis y según lo ha entrevisto el genial libro de Toynbee. Estamos frente a una genial historiología. Los otros grandes libros de Toynbee son: *“The Prospects of Western Civilization”*, 1949; *“War and Civilization”*, (“Guerra y civilización”), 1950; *“The World and the West”*, (“El mundo y el Occidente”), 1953; libro en el que se compilaban las conferencias dictadas en la B.B.C. de Londres y en el que sostiene que “Occidente se debate en una profunda crisis interna, debida sobre todo a la carencia de principios religiosos, crisis a la que deben añadirse las amenazas provenientes desde afuera, por el resto del mundo”. “Occidente, sostiene Toynbee, se halla frente a un nuevo y terrible enemigo que amenaza los fundamentos mismos de la civilización Occidental y su forma de vida. Este enemigo es altamente peligroso porque se halla en posesión de un arma ideológica de tremendo poder. El arma es el comunismo. La lucha se plantea ahora de la tecnología a la ideología. El rasgo más acentuado en el comunismo, dice Toynbee, reside en su hostilidad frente a la civilización occidental cuyos verdaderos cimientos trata de socavar. Esta tendencia convierte al comunismo en un instrumento temible en las manos de las fuerzas antioccidentales”. “Toynbee acepta que el comunismo posee un inmenso poder de atracción para el proletariado “interno” y “externo” de la civilización occidental. El comunismo recurre a los intelectuales, y atrae a los idealistas suscitando la simpatía de los desposeídos de todos los países tanto en el Este como en el Oeste”. Pero el error del comunismo radica fundamentalmente en su carencia de espiritualidad. Los valores del espíritu y no los valores materiales son los que han permitido el desarrollo de la humanidad. Léase, además: *“An Historian’s Approach to Religion”*, (“El historiador y la religión”), 1956; *“Christianity among the Religions of the World”*, (“El cristianismo entre las religiones del mundo”), 1958; *“Hellenism: The History of a Civilization”*, (“La civilización helénica”), 1959; *“East to West: A Journey Round the World”*, (“De Oriente a Occidente”), 1960; *“Some Problems of Greek History”*, 1969; *“Cities on the Move”*, (“Ciudades en Marcha”), 1970; *“Mankind and Mother Herat: A Narrative History of the World”*, 1976; *“Mankind and Mother Herat”*, (“La gran aventura de la humanidad”), Oxford University Press, traducción por Alberto Luís Bixio, 1976; *“Choose life”*, (“Escoge la vida”. Diálogo entre Toynbee y Daisaku Ikeda, Diálogo compilado por Richard L. Gage, Emecé editores, Buenos Aires, 1982. La conclusión de *“Study of History”* se intitula *“La inspiración de los historiadores”* y responde a la pregunta *“¿Cómo llegó a escribirse este libro?”*.

“¿Por qué se estudia la historia? La respuesta personal del autor sería la de que un historiador, lo mismo que cualquiera que tenga la dicha de cumplir una misión en la vida, encontró su vocación en un llamado de Dios para “sentir según Él, y encontrarlo “. Entre los innumerables puntos de vista, el del historiador es un caso único. Su contribución consiste en darnos una visión de la actividad creadora de Dios en movimiento.

*“Un historiador nacido, como el autor de este estudio, en 1889 d. de C., y que aún vivía en 1955 d. de C., ya había en verdad visto una multitud de bruscos cambios en la respuesta a la cuestión elemental del historiador: ¿cómo esto derivó de aquello? ¿Cómo, primero y sobre todo, había ocurrido que viviera para ver tan rudamente defraudadas las aparentemente razonables esperanzas de la generación inmediatamente anterior? A fines del siglo XIX y en los círculos de la clase media con formación liberal de los países occidentales democráticos y en la generación nacida alrededor de 1860, parecía evidente que la civilización occidental, que avanzaba triunfante, había llevado el progreso humano a un punto en el que bien podía esperarse encontrar el paraíso terrenal exactamente a la vuelta de la esquina. ¿Cómo se explicaba que esa generación hubiera quedado cruelmente defraudada? ¿Qué era exactamente lo que había salido mal? ¿Cómo, a través del tumulto de la guerra y de las iniquidades que el nuevo siglo arrastraba tras de sí, se había modificado el mapa político hasta un punto que ya no era posible reconocer y una excelente coexistencia de ocho grandes potencias se había convertido en una coexistencia reducida de sólo dos, ambas situadas fuera de la Europa occidental?”.*

Así, pues, Toynbee recibe, desde su juventud, forjada en el optimismo de la época victoriana y bajo el impacto de la Primera Guerra Mundial, la impresión de los paralelos que había entre su época y la de la sociedad helénica, cuyo estudio formaba la base de su educación en Oxford.

Esta circunstancia, dice Somervell, en un sumario general, le planteó las siguientes cuestiones: ¿Por qué mueren las civilizaciones? ¿Le está reservado al Occidente moderno el destino de la civilización helénica? Luego el autor extendió el campo de sus indagaciones al colapso y desintegración de las otras civilizaciones conocidas, con el fin de que su estudio arrojara luz sobre estas cuestiones. Por último, se puso a investigar la génesis y el crecimiento de las civilizaciones y así fue como vino a escribir su “Estudio de la Historia”.

Toynbee comienza con la tesis de que el campo adecuado para el estudio de la historia, no es ni una descripción de los sucesos singulares contiguos en el espacio o en el tiempo, ni una historia de los estados y organismos políticos de la humanidad como una “unidad”:

**“Los elementos inteligibles del estudio histórico”...**, son las sociedades, que tengan mayor extensión en el espacio y en el tiempo que los estados o las ciudades-estados o cualquier otra comunidad política”... **Las sociedades, no los estados, son los “átomos sociales” ... con los que tiene que tratar el estudioso de la historia”.**

Toynbee nos demuestra brillantemente lo erróneo de las concepciones organicistas (Spengler) y deterministas y mecanicistas de la historia (Marx).

Así lo dice expresamente:

“Spengler, cuyo método consiste en erigir una metáfora y argüir después, como si fuera una ley basada en fenómenos observados, declara que toda civilización pasa por la misma sucesión de edades que un ser humano; pero su elocuencia sobre este tema no sirve de prueba en ninguna parte, y nosotros ya hemos observado que las sociedades no son en ningún sentido organismos vivos. En términos subjetivos, las sociedades son los campos inteligibles del estudio histórico. En términos objetivos, son el terreno común de los respectivos campos de actividad de un número determinado de seres humanos individuales, que son ellos mismos organismos vivos, pero que no pueden evocar un gigante a su propia imagen por la conjunción



de sus propias sombras, e insuflar después a este cuerpo insustancial el aliento de su propia vida. Las energías individuales de todos los seres humanos que constituyen los llamados “miembros” de una sociedad son las fuerzas vitales cuya acción opera sobre la historia de esta sociedad, incluyendo su tiempo de vida. Declarar dogmáticamente que toda sociedad tiene un tiempo de vida predestinado es tan absurdo como sería declarar que toda pieza dramática está obligada a tener un número determinado de actos”.

## Crítica del materialismo histórico

Contra el determinismo económico que postula la teoría de que la historia se desenvuelve mecánica y fatalmente a impulsos de ciertas “fuerzas motrices” que son la “lucha de clases” y la pugna de intereses económicos, Toynbee, considera que, esta concepción simplista de la historia, olvida la infinita gama de posibilidades que hay en el espíritu humano que se caracteriza por su “libertad creadora” y su impronosticable espontaneidad.

## Las “Sociedades” históricas

Toynbee cuenta hasta veintiún especies “relacionadas y no relacionadas” (más tarde elevó su número a veintiséis), la occidental, dos cristiano ortodoxas, (la rusa y otra en el Cercano Oriente), la irania, la árabe, la hindú, dos en el Lejano Oriente, la helénica, la siria, la índica, la china (antigua), la minoica, la sumeria, la hitita, la babilónica, la andina, la mexicana, la del Yucatán, la maya, la egipcia; además, cinco “civilizaciones interrumpidas”, la polinesia, la esquimal, la nómada, la otomana y la espartana.

## El origen de las civilizaciones

Toynbee estudia primeramente, el problema del origen de las civilizaciones; porque alguna de las sociedades, como muchos grupos primitivos, se hacen estáticas en un estadio muy temprano de su existencia y se malogran al intentar emerger como civilizaciones, mientras que otras sociedades logran alcanzar este nivel. Su contestación es que *el origen de una civilización no es debido ni al factor social ni al medioambiente geográfico, sino a una combinación específica de dos condiciones: la presencia de una manera creadora en una sociedad ciada y de un mecho ambiente que no sea ni demasiado desfavorable ni demasiado favorable. Los grupos que tuvieron estas condiciones surgieron como civilizaciones; los grupos que no los tuvieron pertenecieron a un nivel de infracivilización. El mecanismo del nacimiento de una civilización en estas condiciones ha formulado como una interacción de una especie de “reto y respuesta”. Un medio ambiente del tipo anteriormente citado incesantemente reta a la sociedad, y la sociedad, por mecho de su minoría creadora responde con éxito al reto y resuelve la necesidad, Surge un nuevo reto y una nueva respuesta satisfactoria se sigue y de esta manera el proceso continúa incesantemente. En estas condiciones no existe ninguna posibilidad de descanso; la sociedad está continuamente en movimiento, y este movimiento la lleva más pronto o más tarde, al estadio de civilización. Examinando las condiciones en que nacieron estas veintiún civilizaciones. Toynbee encuentra que todas, surgieron exactamente en las circunstancias precedentes.*

El problema inmediato de estudio es el por que y cómo de las veintiséis civilizaciones, cuatro (la cristiana del Lejano Oeste, la cristiana del Lejano Oriente, la escandinava y la siria) se extraviaron y resultaron estériles; cinco (la polinesa, la esquimal, la nómada, la espartana y la otomana)

*fueron interrumpidas en su desarrollo “por un impulso” el que las llevó de un reto a una respuesta y a ulteriores retos, y de una diferenciación por la integración, a otra nueva diferenciación.*

La contestación, evidentemente, depende de la significación del crecimiento y sus síntomas. En opinión de Toynbee, el crecimiento de una civilización, no es la situación geográfica de una sociedad que va positivamente asociada con su retardo y desintegración, pero no con su crecimiento ni consiste ni se debe al progreso tecnológico ni al creciente dominio de la sociedad sobre el medio ambiente físico: “no hay ninguna correlación entre el progreso de la técnica y el progreso en la civilización”, **El crecimiento de una civilización consiste “en una progresiva y acumulativa autodeterminación o autoarticulación interna de la civilización”, El crecimiento de una civilización consiste en “una progresiva y acumulativa autodeterminación o autoarticulación interna” de la civilización; en una progresiva y acumulativa “espiritualización” (etherialization) de los valores de la sociedad y en una “simplificación” del aparato y de la técnica de la civilización”,** Considerando desde el punto de vista de la relación intraindividual e intrasocial, **el crecimiento es un “avance y retroceso” incesantemente creador de la minoría carismática de la sociedad** en el proceso de dar siempre nuevas respuestas satisfactorias a los retos siempre nuevos del medio ambiente. Una civilización desarrollándose en una unidad. Su sociedad se compone de una minoría creadora libremente, imitada y seguida por la mayoría del “proletariado interno” de la sociedad y del “proletariado externo” de sus bárbaros vecinos. En una sociedad semejante no hay ninguna lucha fratricida, ni ninguna división profunda y decisiva. Es un cuerpo solitario. Una civilización en desarrollo despliega sus capacidades dominantes, que son diferentes en las distintas civilizaciones; estética, en la civilización helénica; religiosa, en la índica; hindú; científica y mecánica, en la civilización occidental, etc. Como resultado, el proceso de crecimiento representa una progresiva integración y autodeterminación de la civilización en desarrollo y una diferenciación entre las distintas civilizaciones en crecimiento. Tal, es la solución al problema del crecimiento de la civilización.

El tercer problema fundamental del estudio, es cómo y por qué en las civilizaciones, se destruyen, se desintegran, y se disuelven. Evidentemente ocurrió así, porque, de casi treinta tipos de civilizaciones, “únicamente cuatro se han malogrado, por veintiséis que han nacido llenas de vida” y “no menos de dieciséis de estas veintiséis, yacen muertas y enterradas” (la egipcia, la andina, la china antigua, la minoica, la sumeria, la maya, la hindú, la hitita, la siria, la helénica, la babilónica, la mexicana, la arábiga, la del Yucatán, la espartana y la atomana). De las restantes civilizaciones vivientes..., las civilizaciones polinésicas y nómadas están ahora en su última agonía, y siete u ocho de las otras están aunque en diferentes grados, bajo la amenaza de su aniquilación o asimilación por nuestra propia civilización occidental. Además, no menos de seis de estas siete civilizaciones... Llevan las señales de haberse agotado y de haber entrado en su fase de “desintegración...”

La principal diferencia entre el proceso de crecimiento y el proceso de desintegración, es que en la fase de crecimiento la civilización responde con éxito a la serie de retos siempre nuevos, mientras que en la fase de desintegración fracasa al intentar dar una respuesta adecuada a un determinado reto que le plantee el medio ambiente. Intenta contestar una y otra vez, pero fracasa repetidamente en la fase de crecimiento, los retos, así como las respuestas, varían constantemente, en la de desintegración, las respuestas varían; pero los retos quedan sin contestación y sin ser eliminados. La conclusión del autor es que las civilizaciones perecen por suicidio, y no por asesinato. En la afirmación de Toynbee “la naturaleza del derrumbamiento de las civilizaciones, puede ser asumida en tres puntos: una quiebra en el poder creador de la minoría, una pérdida correspondiente de la capacidad ilimitada por parte de la mayoría, y,



consecuentemente, la desaparición de la unidad social en la sociedad como un todo”. En una forma más desarrollada, su afirmación dice:

*“Cuando en la historia de una sociedad la minoría creadora degenera en una mera minoría dominante que se esfuerza en retener por la violencia una posición que ha dejado de merecer este cambio fatal en el carácter de los elementos rectores provoca, por otra parte, la separación de un proletariado (la mayoría) que no menos espontáneamente admira o imita libremente a los elementos rectores, el cual se subleva contra el ser reducido a ese estado de sumisión involuntario. Este proletariado, cuando se afirma a sí mismo, se divide desde el principio en dos grupos distintos. Hay un proletariado interno” (la mayoría de los miembros) y un “proletariado externo” de bárbaros más allá de las fronteras que ahora resisten violentamente a la incorporación. Y así el derrumbamiento de una civilización, da nacimiento a una guerra de clases dentro del cuerpo social de una sociedad que ni fue dividida contra sí mismo por divisiones radicales ni separada de sus vecinos por una sima insalvable tan grande como la era en su periodo de crecimiento”.*

Esta fase declinante se compone de tres subfases: a) el derrumbamiento de la civilización; b) su desintegración; c) su disolución. El derrumbamiento y la disolución están a veces separados por centurias, aún por miles de años. Por ejemplo, el desmoronamiento de la civilización egipcia, ocurrió en el siglo XVI a.C. y su disolución tuvo lugar solamente en el siglo I d.c. Durante dos mil años entre el derrumbamiento y la disolución, ha existido como una “vida petrificada en la muerte”. En un estado de “petrificación” semejante ha estado hasta la fecha la civilización del Lejano Oriente; la china, desde su derrumbamiento en el siglo IX d.C. alrededor de mil ochocientos años, respectivamente transcurriendo entre ambos puntos, límites en las historias de las civilizaciones sumeria, helénica, etc. Como el tronco petrificado de un árbol, así también puede una sociedad permanecer en ese estado de vida en la muerte” durante siglos y milenios. Sin embargo, el destino de la mayor parte, si no de todas las civilizaciones, parece ser llegar a la disolución final más pronto o más tarde, Respecto a la civilización occidental, aunque parece haber presentado todos los síntomas del derrumbamiento y de la desintegración, el autor se muestra reservado. Deja lugar para una esperanza en el milagro: Podemos y debemos implorar aquella suspensión de la sentencia ejecutiva que pesa sobre nuestra sociedad y que Dios nos ha concedido, y una vez más no nos será rehusada si nuestra súplica va acompañada de espíritu contrito y de un corazón humilde”.

Siendo tal la naturaleza general de la decadencia de las civilizaciones, un análisis más detallado de sus uniformidades, síntomas y fases es desarrollado en los volúmenes IV, V y VI de su obra fundamental.

Al estudiar los colapsos de las civilizaciones en el tomo IV de su famosa obra dice Toynbee, criticando la tesis de Rostovzeff que *la explicación económica de la decadencia del mundo antiguo tiene que rechazarse por completo...* La simplificación económica de la vida antigua no fue causa de lo que llamamos la declinación del mundo antiguo (tiene que rechazarse por completo) sino uno de los aspectos del fenómeno más general; este fenómeno más general fue ‘el fracaso de la administración y la ruina de la clase media’; criticando la tesis de Eduardo Gibbon dice: “Se ha defendido ampliamente la idea de que las civilizaciones, como las sociedades primitivas, pierden sus vidas como resultado de asaltos sucesivos sobre ellas por parte de las potencias externas, y una exposición clásica de esto la da Eduardo Gibbon en la “La Historia de la declinación y caída del Imperio Romano”. El tema aparece en la frase con que Gibbon resume su historia retrospectivamente: “he descrito el triunfo de la Barbarie y la Religión”. La Sociedad Helénica, encarnada en un Imperio Romano que se hallaba en su cenit

en la época de los Antoninos, es representada como vencida por un asalto simultáneo de dos enemigos aliados que atacan desde dos frentes diferentes: los bárbaros nordeuropeos saliendo de la "tierra de nadie", más allá del Danubio y del Rin, y la Iglesia Cristiana emergiendo de las provincias orientales subyugadas, pero nunca asimiladas. Dice Toynbee que el campo inteligible del estudio histórico que preocupó a Gibbon no es el Imperio Romano, sino la Civilización Helénica de cuya desintegración muy avanzada el Imperio Romano mismo era un síntoma monumental. Cuando se tiene en cuenta toda la historia, la rápida declinación del Imperio después de la Edad Antonina, no parece en absoluto sorprendente. Por el contrario, lo habría sido el Imperio Romano si hubiera durado; Pe este imperio estaba ya condenado a muerte antes que fuera establecido, Estaba condenado porque si el establecimiento de este Estado Universal no era más que una reanimación que podía retardar, pero no detener permanentemente, la ruina ya irreparable de la sociedad helénica. Esta tesis de Gibbon, la del triunfo de la Barbarie y de la Religión", dice Toynbee, no era el argumento del drama sino el epílogo, no la causa del colapso, sino solo un inevitable acompañamiento de una disolución en que había de terminar el largo proceso de desintegración que empieza, según Toynbee, en los tiempos revueltos' intercalados entre el colapso de Pendes y la vivificación de Augusto. "En realidad Gibbon hubiera retrotraído su indagación al verdadero comienzo de la tragedia, habría tenido que dar un veredicto diferente. Habría debido informar que la sociedad helénica fue una suicida que intentó, cuando estaba desahuciada, evitar las consecuencias fatales de su ataque contra sí misma, y que eventualmente recibió un "coup de grace" de sus propios males dirigidos y extraviados en una época en que la revivificación de Augusto había dado lugar a una recaída en el siglo III y el paciente se estaba realmente muriendo de los efectos de sus heridas autoinflingidas. En estas circunstancias, el magistrado-historiador no concentraría su atención sobre el epílogo, sino que trataría de determinar exactamente cuándo cómo habría comenzado el acto de suicidio, Al buscar una /cha probablemente dirigiría su atención al estallido de la guerra del Peloponeso en 431 a. de C.: una catástrofe social, que hablando por boca de uno de los personajes de su trágico drama denunció Tucídides en este tiempo como "un comienzo de grandes males para la Hélade". En cualquier caso declarararía que el golpe mortal fue dado seiscientos años antes de lo que suponía Gibbon, y que la mano que lo dio fue de la misma víctima". Para Toynbee pues, "la causa de los colapsos de las civilizaciones no se ha de encontrar en la pérdida del dominio sobre el contorno humano, en cuanto medido por la intrusión de fuerzas extranjeras en la vida de una sociedad cuyo colapso podemos estar investigando. En todos los casos examinados, lo más que ha realizado un enemigo extranjero ha sido ciar su "coup de grace" a un suicida expirante".

Contra la doctrina de Spengler sostiene Toynbee que declarar dogmáticamente que toda sociedad tiene un tiempo de vida predestinado es tan absurdo como sería declarar que toda pieza dramática está obligada a tener un número determinado de actos. Podemos desechar la teoría de que los colapsos ocurren cuando las civilizaciones se acercan al final de su tiempo de vida, porque las civilizaciones son entidades de una clase que no esté sometida a las leyes de la biología. Algo semejante puede decirse de aquella disolución determinista que inspirándose en la filosofía de Lucrecio explica la decadencia de las civilizaciones como el efecto incidental e inevitable de un ataque general de "senectud cósmica". Tal es el planteamiento de uno de los grandes padres de la iglesia Occidental, San Cipriano, quien decía: "Debéis saber que esta época es ahora senil. No tiene ahora la energía que solía mantenerla en pie, ni el vigor y robustez que solían hacerla fuerte... Esta es la ley de Dios; lo que ha sido tiene que morir y lo que ha crecido tiene que envejecer". ¿Cuál es la solución de Toynbee? Nuestra indagación sobre la causa de los colapsos de las civilizaciones nos ha llevado, hasta ahora, a una sucesión de conclusiones negativas. Hemos descubierto que estos colapsos no son actos de Dios, al menos en el sentido que

los jurisperitos asignan a esta frase; tampoco son vanas repeticiones de leyes de la naturaleza carentes de sentido. Hemos encontrado también que no podemos atribuirlos a una pérdida del dominio sobre el contorno, sea físico sea humano; tampoco son debidos a fracasos en las técnicas industriales o artísticas ni a asaltos homicidas de adversarios extranjeros"... ¿Cuál es la debilidad que expone una civilización en crecimiento al riesgo de tropezar y caer en mitad de su carrera y perder su élan prometido?

La debilidad tiene que ser radical y, del mismo modo que en la génesis de las civilizaciones los "pioneros" tienen fuerzas superiores para superar la adversidad del contorno", caso de los primitivos volscos y latinos para transformar un gris erial y estéril y un verdoso pantano palúdico en aquella "campiña romana" que admiraba Tito Livio para reaccionar exitosamente ante "**el estímulo de los golpes**", caso de la guerra contra los etruscos y contra los galos. "Las historias de los fracasados rivales de Roma muestran como una derrota aplastante incita a una comunidad a una actividad mejor dirigida". "El estímulo de los golpes encuentra su ejemplo más evidente en las reacciones de los desastres militares" **-en cambio, cuando se atrofian éstas que Toynbee denomina, "las virtudes de la adversidad", cuando se pierde el sentido dinámico del ritmo, ese "ritmo alterno de pausa y movimiento" que Toynbee denomina el Yin y el Yang por el cual las minorías dominantes pierden su poder creador y dominante sobre los prole/a nados internos que antaño los seguían e imitaban;** cuando sobreviene un "cisma en el alma" en sus diversas modalidades, sea por desertión como es el caso de aquellos pseudo-gobernantes como el hijo y sucesor de Marco Aurelio, Cómodo, que nos depara el espectáculo de un desertor imperial que apenas hace un esfuerzo por soportar la carga de la herencia. Nacido para emperador, prefiere divertirse como gladiador aficionado-, sea por estar a la deriva, sea por el sentido de la promiscuidad que se manifiesta: a) *Por la vulgaridad y barbarie en los modales, por los cuales, la minoría dominante se manifiesta inclinada a la proletarización" y adopta las vulgaridades del proletariado interno y la barbarie del proletariado externo hasta que en la etapa final de la disolución su modo de vida ha llegado a hacerse indistinguible de ellos;* b) *Vulgaridad y barbarie en el arte;* c) *"lingüe franche", es decir, promiscuidad y vulgaridad en el lenguaje;* d) *sincretismo en la religión, es decir, ama/gama de ritos, cultos y creencias;* e) *"cuius regio eius religio" (el gobernante determina la religión), etc.*

En suma, el colapso de las civilizaciones no se debe explicar mediante soluciones deterministas, tales como la teoría de la senectud cósmica, o como la teoría organicista de Spengler, o como las teorías cíclicas de la historia sino, más bien, como la "pérdida del dominio sobre el contorno", o como el fracaso de la respuesta ante el reto o la omisión de respuesta, es decir, como la "némesis de la creatividad"<sup>(16)</sup>; así, hay "némesis por la idolización de un yo efímero". La historia muestra que el grupo que responde triunfantemente a una incitación rara vez responde con éxito a la siguiente.

Los que respondieron triunfalmente una vez, en la siguiente ocasión suelen "dormirse en sus laureles".

Hay también "némesis" por la idolización de una institución efímera o por la idolización de una técnica efímera en la que se permite que la siguiente innovación fuera hecha por los enemigos; hay némesis también, ante el "carácter suicida del militarismo" resumida en la fórmula griega "hartazgo, conducta desafortada y destrucción". El militarismo es un ejemplo evidente de ello. Así, los asirios atrajeron sobre sí la ruina, no porque sus armas se herrumbraran, sino, porque la agresividad los agotó, además de hacerlos intolerables a sus vecinos; es el caso, también, de Hitler y del Tercer Reich alemán, de Tamerlán y los tártaros, de los terroristas



sectarios y del terrorismo de estado con su omnímoda voracidad por engullirse a todas las instituciones<sup>(17)</sup> y que por ello se ha granjeado el desprecio de los intelectuales, en tanto que no hayan incurrido en esa famosa “némesis” que denunciara Julien Benda en “La trahison des clerics”.<sup>(18)</sup>

La reflexión planteada por Toynbee en su magistral “Estudio de la Historia” cuyo volumen cuarto analiza “los colapsos de las civilizaciones” es proseguida en “La civilización puesta a prueba”, Buenos Aires, Emecé, 1949 y en Otros libros más del gran maestro inglés, entre los que destaco “Escoge la vida”, diálogo con Daisaku Ikeda, eminente filósofo japonés<sup>(19)</sup>, coordinado por Richard Gage, profesor en Oxford; editorial Emecé, Buenos Aires, 1982.

*La historiología de Toynbee inspirada en la búsqueda de las “unidades inteligibles de la historia” se desarrolla en el estudio comparativo de la génesis, crecimiento, colapso y desintegración de las veintidós civilizaciones identificados y relacionados entre sí por vínculos de paternidad-filiación, pruebas de filiación dadas por ciertos productos sociales característicos que son una “minoría dominante un proletariado interno “y un ‘proletariado externo’ en que la sociedad paterna se fragmenta en el curso de su proceso de desintegración. Las minorías dominantes produjeron filosofías que inspiraron a “estados universales” y los proletariados internos produjeron religiones superiores que dieron forma a “Iglesias Universales”. A su vez los “proletariados externos” produjeron “edades heroicas” que dieron lugar a la tragedia de las hordas bárbaras.*

Así por ejemplo, dice Toynbee que “en realidad los bárbaros no fueron los autores de nuestro ser espiritual. Hicieron sentir su paso por hallarse presentes a la muerte de la sociedad helénica, pero no pueden ni aun pretender la distinción de haberle ciado el golpe de muerte. En el momento en que entraron en escena, la sociedad helénica estaba ya muriéndose de las heridas los tiempos revueltos, siglos antes. Fueron meramente los buitres alimentándose de la carroña o los gusanos arrastrándose sobre el cadáver de una sociedad putrefacta. Su edad heroica es el epílogo de la historia helénica, no e/ preludio a la nuestra“.

*Así, tres factores marcan la transición de la sociedad antigua a la nueva: un Estado universal como estadio final de la sociedad antigua; una iglesia desarrollada en la sociedad antigua y a su vez desarrollando la nueva, y la intrusión caótica de una edad heroica bárbara. De estos factores, el segundo es el más importante y el tercero el menos.*

(17).- “Némesis” es un helenismo. Tema que ser Toynbee, un helenófilo, quien introdujera esta expresión en la lexicología historiológica, locución no registrada en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua y que sí figura en el Diccionario Enciclopédico Santillan S.A. 2000, por el diario “El Comercio”, tomo 9 pg 1899, según el cual “en la mitología griega, personificación del sentimiento de la venganza divina ante lo injusto. Se consideraba que la insolencia o desmesura de los hombres atraía la némesis de los Dioses”.

(17).- Cfr. JEAN FRANCOIS REVEL: “El Estado megalómano. La Grace de l’Etat”. Editorial Planeta, Barcelona, 1982.

(18).- Este famoso libro de JULIEN BENDA fue traducido por Luis Alberto Sánchez para la editorial Zig-Zag, de Santiago de Chile, en 1933, con el nombre de “La traición de los intelectuales”. Según Julien Benda los “clerics”, son los “clérigos” por oposición a los laicos. Los “cleros”, son también, los seminaristas o estudiantes de la carrera eclesiástica; son, también, los juristas y estudiantes de Derecho, Los “clerics” son los intelectuales. Pero, los intelectuales y los hombres espirituales han traicionado a los valores del espíritu que constituyen su razón de ser, degradándose y masificándose merced a un fenómeno sociológico en expansión rayano en la inmoralidad, en la deslealtad, en el oportunismo, el maquiavelismo y el aventurerismo político, como es el caso de los “tránsfugas” en la política criolla, de los “serviciales” y de los genuflexos en la magistratura y de los inmorales en la abogacía, así como de los litigantes que actúan con temeridad y mala fe, como lo he denunciado en mi tesis de 1959 “La mala fe en el Proceso Civil”. A su vez, la viveza taimada ha sido denunciada por OSWALDO MEDINA en su best-seller “El ahoramiento. Una interpretación sociológica”, Universidad del Pacífico, Lima, junio del 2000.

(19).- Autor de un libro genial: “El Buda viviente. Una biografía interpretativa”, Emecé editores, Buenos Aires, 1982 en la que desarrolla el tema de ¿Quién fue realmente Buda?, ¿Cómo vivió?, ¿Cuáles fueron las circunstancias que lo llevaron a predicar un nuevo credo? IKEDA narra brillantemente la vida del gran iluminado y de su esfuerzo intelectual y moral para llegar a ser un sabio iluminado y cómo se convirtió en asceta abandonándolo todo en su búsqueda de la iluminación trascendental y su ingreso en el Nirvana.



Un síntoma más en la paternidad y filiación” entre la sociedad helénica y la occidental puede observarse antes de que prosigamos en nuestra tentativa de descubrir otras sociedades relacionadas, a saber: el desplazamiento de la cuna u hogar originario de la nueva sociedad desde el hogar original de su predecesora. Hemos encontrado que una frontera de la antigua sociedad llega a ser, en el ejemplo ya mencionado, el centro de la nueva; y tenemos que estar preparados para desplazamientos semejantes en Otros casos.

Añade Toynbee que “la diferenciación de la Cristiandad Occidental y la Ortodoxa en dos sociedades separadas puede hallarse en el cisma de su crisálida común, la Iglesia Católica, en dos cuerpos, la Iglesia Católica Romana y la Iglesia Ortodoxa. Este cisma necesitó más de tres siglos para llevarse a cabo, comenzando con la controversia y la iconoclastia del siglo VIII y terminando con la ruptura final sobre discusiones teológicas”. Entre tanto, las iglesias de las sociedades que se diferenciaban rápidamente habían adquirido caracteres políticos profundamente opuestos. La Iglesia Católica en el oeste estaba siendo centralizada bajo la autoridad independiente del Papado medieval, mientras que la Iglesia Ortodoxa había llegado a convertirse en un dócil departamento del Estado bizantino.

Las Sociedades Iránica y Árabe y la Sociedad Siriaca. La próxima sociedad viva que tenemos que examinar es el Islam; y cuando escudriñamos el fondo de la sociedad islámica percibimos un Estado universal, una iglesia universal y una *volkerwänderung* que no son idénticos a los que están en el fondo común de la Cristiandad Occidental y Ortodoxa pero que son inequívocamente análogos a ellos. El Estado universal islámico es el Califato Abasida de Bagdad.<sup>(20)</sup>

La iglesia común es, naturalmente, el Islam mismo. La *volkerwänderung* que invadió el dominio del califato a su caída procedía de los nómadas turcos y mongoles de la estepa eurasiática, los bereberes nómadas del norte de África y los árabes nómadas de la península arábiga. El interregno ocupado por esta *volkerwänderung* abarca aproximadamente los tres siglos comprendidos entre 975 y 1275 d. de C., y la última fecha puede considerarse como la del comienzo de la sociedad islámica tal como la encontramos en el mundo actual.

(20). El siguiente califato Abasida del Cairo fue la evocación de una “sombra” del califato de Bagdad, es decir, un fenómeno del mismo género que el “Imperio Romano de Oriente” y el “Sacro Imperio Romano Germanico”. En todos estos tres casos, una sociedad “filial” produjo o conservó una “sombra” del Estado universal de su sociedad “paterna”.

Las conquistas cataclísmicas de los árabes musulmanes primitivos parecen responder antitróficamente, en el ritmo de la historia, a las conquistas cataclísmicas de Alejandro. Como éstas, cambiaron la faz del mundo en media docena de años; pero en vez de cambiarlo fuera de reconocimiento, more Macedónico, lo cambiaron volviéndolo a una semejanza reconocible de lo que había sido antes. Tal como la conquista macedónica, al romper el Imperio Aqueménida (es decir, el Imperio Persa de Ciro y sus sucesores), preparó el terreno para la semilla del helenismo, así la conquista árabe abrió manifiestamente el camino a los Omeyas, y después a los Abasidas, para reconstruir un Estado universal que fue el equivalente del Imperio Aqueménida. Si superponemos el mapa de uno y otro imperio nos chocará la exactitud con que se corresponden sus límites, y otro imperio nos chocará la exactitud con que se corresponde geográfica, sino que se extiende a los métodos de administración y aun a los más íntimos fenómenos de la vida social y espiritual. Podemos expresar la función histórica del Califato Abasida describiéndola como una reintegración y reabsorción del Imperio Aqueménida: una reintegración de la estructura política que había sido rota por el impacto de una fuerza externa y la reanudación de una fase de la vida social que había sido interrumpida por una intrusión extranjera. Se ha de considerar al Califato Abasida como la reanudación del Estado universal que constituyó la última fase de la existencia de nuestra sociedad aún desconocida, cuya búsqueda se traslada así unos mil años atrás.

*“La sociedad egipciaca.* Esta notable sociedad surgió en el valle inferior del Nilo durante el cuarto milenio a. de C. Y se extinguió en el siglo V de la era cristiana, después de existir, desde el comienzo al fin, por lo menos tres milenios más de lo que nuestra sociedad occidental ha existido hasta ahora. No tenía sociedad paterna” ni tuvo descendencia; ninguna sociedad viva puede pretender que sea su antecesora. Lo más triunfador en ella es la inmortalidad que ha buscado y encontrado en la piedra. Parece probable que las pirámides, que han sido ya testigos inanimados de la existencia de sus creadores durante cerca de cinco mil años, sobrevivirán durante cientos de miles de años más por venir. No es inconcebible que puedan más que el hombre mismo y que, en el mundo donde no existan ya mentes humanas que lean su mensaje, continúen testimoniando: “Antes que Abraham fuese, yo soy”.

*Estas vastas tumbas piramidales, empero testifican la historia de la Sociedad Egipciaca en más de una forma. Atribuimos a esta sociedad una existencia de más de cuatro mil años, pero durante la mitad de este período la Sociedad Egipciaca no era tanto un organismo vivo como un organismo muerto, aunque no enterrado. Más de la mitad de la historia egipciaca en un epílogo gigantesco.*

Pasó el cenit y comenzó la decadencia en la transición de la V a la VI dinastía, alrededor de 2424 a. de C., y en este punto comenzamos a reconocer los síntomas familiares de la decadencia en el orden en que se han presentado a nosotros en las historias de otras sociedades. La disolución del Reino Unido egipcio en un número determinado de pequeños Estados en guerra constantemente unos con otros lleva el sello inconfundible de unos tiempos revueltos. Estos tiempos revueltos egipcios fueron seguidos alrededor de 2070 a. de C. por un Estado universal, fundado por la dinastía local de Tebas y consolidado por la Dinastía XII alrededor de 2000-1788 a. de C. Después de la Dinastía XII se hundió el Estado Universal, y el interregno siguiente trajo su *wolkerwanderung* con la invasión de los hicsos. Aquí podríamos ver, pues, el final de esta sociedad”.



En el volumen sexto Toynbee estudia a los Estados Universales que “nacén después y no antes del colapso de las civilizaciones a cuyos cuerpos sociales confieren unidad política”. “Los estados universales son síntomas de desintegración social pero, al mismo tiempo son intentos de contener y desafiar esa desintegración”, Así, el Imperio Romano fue el estado universal de la civilización helénica.

Pero, estos estados universales tienen “el espejismo de la inmortalidad” y así lo dicen los poetas como Tibulo que canta “a los muros de la ciudad eterna”, en tanto que Virgilio canta “del imperio sin fin”; Tito Livio escribe con la misma seguridad de “la ciudad fundada para la eternidad”, Horacio en sus “Odas” alude a “in saecula saeculorum” y el espectro de la inmortalidad reaparece en el Medioevó con el nombre de “Sacro Imperio Romano-Germánico” en la sociedad filial de la cristiandad occidental, “Un testimonio universal es la práctica de invocar sus espectros una vez que aquellos probaron su carácter mortal al expirar”.

Ejemplo de este argumento Toynbeano lo es la tesis del profesor Paul Vinogradoff en el núcleo de su “Diritto Romano nell’Europa Medievale”: “La historia que paso a exponer es la historia de un fantasma. Se trata de una segunda vida del Derecho Romano después de la desaparición del cuerpo en el cual por primera vez vio la luz, Yo debo suponer un conocimiento general de la circunstancia en la cual aquel maravilloso sistema científico surgió progreso. Mi narración comienza en la época de la decadencia, cuando el Imperio Romano de Occidente se debatía entre los últimos esfuerzos frente a las sofocantes hordas de los bárbaros “Tal período se puede estuchar desde dos puntos de vista opuestos caracterizados por la romanización de las provincias y la barbarización de Roma”.<sup>(21)</sup>

## “SIC VOS NON VOBIS”

“Sic vos non vobis mellificates apes”

“Así abejas, hacéis miel pero no sólo para vosotras”

Toynbee en el capítulo XXV del Vol. VI inspirándose en esta cita establece que los estados universales sirven a las religiones superiores. Citando a Bossuet dice que los grandes imperios han contribuido por diversos medios al bien de la religión y a la gloria de Dios, Ejemplo: Roma y el Cristianismo, el Califato árabe ofreció igual oportunidad al Islam, el Imperio Aqueménida de Darío, Jerjes y Artajerjes sirvió a la religión de Ahura-Mazda y a Mitra, el Dios del Contrato<sup>(22)</sup>, el Imperio Medio de Egipto que era el Estado Universal egipciaco sirvió en la turbulencia de su crisis a la iglesia de Osiris según nos lo narran “Las enseñanzas del Rey Merikara” y “Las sentencias del sacerdote Neferrehu”<sup>(23)</sup> pero sobre todo, las pirámides, los monumentos epigráficos, las tumbas de los nobles y las estelas funerarias que, cual fotografías de se época, narran la historia de la duodécima dinastía que parece ser la época egipcia en que la historia de una familia de reyes es mejor conocida<sup>(24)</sup>. En la realidad toda la historia de la civilización egipcia sirvió a su religión y allí están como evidencias inmortales sus pirámides, sus palacios y sus tumbas como grandiosos actos de fe a su religión y a la vida de ultratumba.

<sup>(21)</sup>- PAUL VINOGRADOFF: “Diritto nell’Europa Medievale”, p. 16-17, Milano. Dott. A. Gäuffré, Editore, 1950.

<sup>(22)</sup>- Cfr. CLEMENTE HUART: “Persia antigua y la civilización Irania”, p. 129, Editorial Cervantes, Barcelona MCMXXX.

<sup>(23)</sup>- Cfr. A. MORET: “El Nilo y la Civilización Egipcia”, p. 258, Editorial Cervantes, Barcelona MCMXXVII.

<sup>(24)</sup>- MORET: ob. cit., p. 274.

## Las iglesias como crisálidas

Después de criticar la tesis de quienes ven a las iglesias como cánceres, doctrina pesimista simbolizada por Gibbon quien declara haber descrito el “triumfo de la barbarie y de la religión” expresión con la que resume el contenido de los setenta y uno capítulos de su libro<sup>(25)</sup> en unas pocas palabras Toynbee, sostiene que el colapso de la sociedad helénica se había producido mucho antes de que se verificará la intrusión del cristianismo. En nuestra investigación hemos llegado ya a la conclusión de que las religiones superiores nunca fueron las culpables de la muerte de ninguna civilización. *Las iglesias universales tienen su razón de ser en la misión de conservar viva la civilización*, al mantener un precioso germen de vida a través del peligroso interregno que se extiende entre la disolución de un imperio o de una sociedad agonizante y la génesis de otro. Una iglesia serviría, pues, como crisálida entre un imperio moribundo y una sociedad que nace”.

Tal concepción del papel de las iglesias en la historia, de las iglesias como crisálidas, a diferencia de aquellas otras pesimistas o deprimentes que las conciben como cánceres, constituyen uno de los núcleos centrales de la Historiología de Toynbee<sup>(26)</sup> “Si fijamos nuestra atención en las civilizaciones que estaban aún vivas en 1952 d. de C., veremos que cada una de ellas tenía en sus antecedentes alguna iglesia universal en virtud de la cual esa civilización era filial de otra de una generación anterior. Las civilizaciones cristiana ortodoxa y occidental eran, por obra de la iglesia cristiana, filiales de la civilización helénica; la civilización de Lejano Oriente era filial, por obra del mahayana, de la civilización cínica; la civilización hindú, por obra del hinduismo, era filial de la civilización índica; la iránica y la arábica, por obra del islamismo, eran filiales de la siríaca. Todas estas civilizaciones tuvieron iglesias como crisálidas y los diferentes fósiles sobrevivientes de civilizaciones extinguidas que examinamos en una parte anterior de este Estudio, se hallaban todos conservados en integumentes eclesiásticos; por ejemplo, los fósiles parsis y judíos. En verdad tales fósiles eran iglesias crisálidas que no habían logrado producir su mariposa.

Del examen de los ejemplos que siguen se puede analizar el proceso en virtud del cual una civilización llega a ser filial de su predecesora en tres fases que desde el punto de vista de las iglesias concebidas como crisálidas podemos llamar: fase de “concepción”, fase de “gestación” y fase de “parto”. Además, cronológicamente, estas fases corresponden en términos generales a la fase de desintegración de la antigua civilización, a la fase de interregno y a la fase de génesis de la nueva civilización.

Así pues, sentada la tesis de que el cristianismo fue una especie de crisálida que albergó y preservó los gérmenes sobrevivientes de la cultura antigua hasta que pudieran abrirse camino bajo la forma de una nueva civilización secular, Toynbee nos eleva a una historiología inspirada por la Teología en la que “las civilizaciones son las siervas de la religión” y la función más útil de la civilización greco-romana, fue la de dar a luz al cristianismo antes de desaparecer. Comparando la religión con un carruaje piensa Toynbee que “las ruedas sobre las que se asciende al cielo podrían ser las caídas periódicas de la civilización a la Tierra”. Esta es la tesis planteada en su “*civilization on trial*”, New York, 1948, “La civilización puesta a prueba”, Emece Editorial, Buenos Aires, 1949.

(25).- GIBBON: “*History of the declin and fall of the roman empire*”.

(26).- Véase el Tomo VII que trata de las iglesias universales, y en el compendio tomo II, p. 101.



*Así pues, las grandes religiones, que son el paradigma del alma, trascienden las limitaciones de las sociedades y se convierten en la clave para la comprensión de la historia.*

De este modo, la historiología de Toynbee culmina en una Teología de la Historia. Así estaremos en condiciones de entender, perfectamente, a la luz de las revelaciones y profecías de este singular historiólogo, lo que el Papa Juan Pablo II ha dicho en su primera Encíclica “Redemptor Hominis” promulgada el 4 de marzo de 1979 de que “Cristo, Señor de la Historia, es el Alfa y Omega” o “el principio y el fin de la Historia”.

*La historiología de Toynbee culmina en otro de sus grandes libros titulado “La Gran Aventura de la Humanidad”, Emece Editores, Buenos Aires, 1985, título original: Mankind and Mother Earth (c) Oxford University Press 1976, que es el canto del cisne del gran historiador inglés, escrita en 1964, poco antes de su muerte, en la cual acuña nuevas expresiones a la lexicología de su “Estudio de la Historia”.*

Entre tales neologismos introduce la palabra “Biósfera” acuñada por Teilhard de Chardin y un helenismo, la “oikoumené”, que es una palabra griega, de la época helenística cuya significación literal es: “la parte habitada del mundo”, para aludir a las concepciones con las que ya los griegos se referían a una civilización “hiperbórea”, cuya sede estaba en las pueblos situados “no más allá del viento del norte”, o sea, los chinos.

Al incidir sobre el aspecto lexicológico en la historiología de Toynbee, remarco, una vez más, ciertas expresiones, ciertos giros estilísticos del gran maestro inglés, tales como el “reto” y la “respuesta”, el “yin” y el “yang”, “estado universal”, “iglesia universal”, “iglesia crisálida”, “volkerwänderung”, “proletariado interno”, “proletariado externo”, “tiempos revueltos”, “sociedades infra-filiales”, “sociedades con o sin parentesco”, “interregno” y otros que constituyen todo una serie de palabras “claves” y de frases simbólicas en la estilística toynbeana.

La bibliografía sobre Toynbee es vastísima hoy en día y el impacto de su pensamiento en la historiología y en la cultura en general es infinito. Permítaseme señalar en la bibliografía nacional el extraordinario enfoque que, desde su perspectiva ha planteado Víctor Raúl Haya de la Torre en su estudio intitulado “Toynbee frente a los Panoramas de la Historia (Espacio -Tiempo -Histórico Americano)” Buenos Aires 1957. Véase también en “Obras Completas” de Haya de la Torre. Volumen 7, página 7 a 195, Librería Editorial Juan Mejía Baca, enero de 1977.

Pienso que sólo la doctrina social de la Iglesia ha superado a este gran clásico de la historiología y, por ello, paso a exponerla, no sin antes, tratar brevemente de la historiología de Ortega, la de Miró Quesada Cantuarias y la de Raymond Aron.

## CAPÍTULO XXXI



LA HISTORIOLOGÍA DE  
JACQUES MARITAIN



## CAPÍTULO XXXI

### LA HISTORIOLOGÍA DE JACQUES MARITAIN



JACQUES MARITAIN nació en París en 1882 y murió en Toulouse en 1972. Es uno de los grandes maestros de la escuela neo-tomista, pero antes fue socialista revolucionario y discípulo de Bergson =. Bajo la influencia de LEON BLOY, él y su mujer RAISSA, notable escritora, se hicieron católicos y devotos del pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás. Profesor en el Instituto Católico de París y, luego, en las universidades de Toronto y Columbia nos ha legado una formidable “Introducción a la Filosofía”, Biblioteca Argentina de Filosofía, Club de Lectores, Buenos Aires, 1948; “El orden de los conceptos”, Club de Lectores, Buenos Aires, 1948; “El Doctor Angélico”, ed. Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1943; “Siete lecciones sobre el Ser” ed. Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1950; “Ciencia y Sabiduría”, Buenos Aires, 1948; “Los grados del saber”, ed. Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947; “Humanismo Integral”, ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1966; “Filosofía de la Historia”, editorial Troquel SA., Buenos Aires, 1960, etc.

Según Maritain, “La Filosofía de la historia se debe a Hegel que fue su padre putativo; antes de Hegel tuvimos a Vico y antes de Vico a San Agustín”. “Se debe a Hegel que la filosofía de la historia fuera finalmente reconocida como una disciplina filosófica. Y ahora debemos realizar una tarea constructiva. El problema crucial por considerar es ¿cuál puede ser una genuina filosofía de la historia?. Un primer gran ejemplo de tal filosofía lo tenemos en “La ciudad de Dios”, de San Agustín. Aquí se nos ofrece una interpretación de la historia humana en la perspectiva de la Cristiandad... El cristianismo nos ha enseñado que la historia tiene una dirección... La Historia no es un eterno retorno... El tiempo es lineal, no cíclico”.<sup>(1)</sup>

“La filosofía de la historia de San Agustín fue una obra de sabiduría, de teología y de filosofía a la vez, y más aún de teología. Pero en la mente de San Agustín ambas sabidurías, la filosofía y la teología, obrarán juntas. Su “Ciudad de Dios” trata de mostrar el sentido inteligible y, por así decir, transhistórico de la historia”.<sup>(2)</sup>

(1).- JACQUES MARITAIN: “Filosofía de la Historia”, p. 17-18, editorial Troquel, Buenos Aires, 1960.

(2).- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 18.



“No obstante, inmediatamente nos encontramos enfrentados con un objeción preliminar: ¿cómo puede ser posible una filosofía de la historia si la historia no es una ciencia? La historia sólo se ocupa de lo singular y lo concreto, de lo contingente, mientras que la ciencia trata de lo universal y lo necesario. La historia no puede proporcionarnos ninguna explicación mediante *raisons d'être universales*”.<sup>(3)</sup>

“¿Qué podemos responder? Yo contestaría que el hecho de que la historia no sea una ciencia no significa que sea imposible una filosofía de la historia, porque para la filosofía en sí hasta con que se trate de conocimiento “científico” y de una disciplina formal o sistematizada de la sabiduría. Y de ningún modo es necesario que la materia de la cual se ocupa la filosofía haya de ser una materia previamente conocida y tratada por alguna ciencia particular. Tenemos, por ejemplo, una filosofía del arte, aunque el arte no es una ciencia... Una filosofía de la naturaleza fue posible antes de cualquier desarrollo científico del conocimiento o cuando nuestro conocimiento de la naturaleza era completamente insatisfactorio. Así es como en el caso de la filosofía de la historia tenemos un objeto “científico” en tanto que este objeto es objeto de la filosofía”.<sup>(4)</sup>

“En este punto nos encontramos con un problema que es previo a cualquier discusión de la filosofía de la historia, a saber, el problema del conocimiento histórico mismo. ¿Cuál es el valor del conocimiento histórico? ¿Existen cosas tales como verdad histórica y certidumbre histórica? Dilthey se ocupó mucho de tales problemas. Más recientemente la cuestión fue abordada por Raymond Aron en dos provocativos ensayos publicados antes de la Segunda Guerra Mundial, lo mismo que **MARC BLOCH** en su muy apreciada “*Apologie pour l'histoire*”. Hoy más que nunca los especialistas están ocupados con la crítica del conocimiento histórico, particularmente en Francia, y sólo citaré los interesantes libros de **PAUL RICOEUR** y de **HENRI MARROU**”.<sup>(5)</sup>

“El error hegeliano.- Ahora desearía formular unas cuantas observaciones sobre lo que llamaría el espejismo o error hegeliano... Hegel dejó definitivamente establecido el puesto y la importancia de la filosofía de la historia. Pero, al mismo tiempo, desvió y perjudicó de manera pernicioso a la filosofía de la historia debido a su afán de recrear la historia... Todo tenía que ser deducido de los diversos opuestos o conflictos dialécticos”.<sup>(6)</sup>

“La filosofía de la historia es el lugar natural de la intuición central de Hegel. Lo mismo que en todo gran filósofo, había en Hegel una intuición básica que se vincula con la experiencia, con la realidad, y no simplemente con el “*entis rationis*” o entidades producidas por la razón dialéctica. Y esta intuición básica ha sido descrita como la intuición de la movilidad y la inquietud esenciales a la vida, y especialmente al ser del hombre, quien nunca es lo que es y siempre es lo que no es. En otras palabras podemos decir que es la intuición de la realidad como historia, o sea como movilidad, movimiento, cambio, como perpetuo cambio”.<sup>(7)</sup>

(3).- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 18.

(4).- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 19.

(5).- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 21.

(6).- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 31-32.

(7).- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 31-32.

“Lo que llevó a Hegel a concretar esta intuición en un sistema erróneo que sólo es un gran sofisma fue no sólo su idealismo sino, sobre todo, la manera como decidió llevar el racionalismo a lo absoluto, y hacer la razón humana igual a la razón divina, transformando lo dialéctico en “conocimiento absoluto” y absorbiendo lo irracional en la razón”.<sup>(8)</sup>

“Puede agregarse que la noción marxista de la historia derivó directamente de Hegel, con una transformación del idealismo al materialismo. Con ambos, Hegel y Marx, se trataba sustancialmente de la misma noción, del mismo ídolo, porque, en último análisis, la dialéctica marxista es dialéctica hegeliana trasladada del mundo de la Idea al mundo de la materia. Esta derivación hegeliana es la única explicación de la misma expresión “materialismo dialéctico”.<sup>(9)</sup>

“La filosofía marxista de la historia no es más que la misma filosofía de la historia de Hegel que ha crecido atea (en vez de panteísta y antropoteísta) y que hace que la historia avance hacia la divinización del hombre gracias al movimiento dialéctico de la materia”.<sup>(10)</sup>

Falsa y genuina filosofía de la historia.- “El sistema hegeliano es el más brillante, famoso y potente entre los falsos sistemas de filosofía de la historia, pero está lejos de ser el único”.<sup>(11)</sup>

“Los buenos historiadores tienen una natural desconfianza por la filosofía de la historia. Y esta natural desconfianza se transforma en justificado desprecio cuando ellos se enfrentan con las falsas concepciones que habitualmente existen en plaza”.<sup>(12)</sup>

“¿Qué es lo que hace que ellos se pongan enfadados y disconformes cuando se enfrentan con la noción de la filosofía de la historia? Ellos están cansados por el intolerable dogmatismo de las filosofías que pretenden ser disciplinas racionales y que (sea que ellas clamen, con Hegel, salvar la religión haciendo de la misma una mítica crisálida de su propio “conocimiento absoluto” o, con Marx, liquidar la religión en nombre de la buena nueva del ateísmo o, con Augusto Comte, construir una nueva y definitiva religión, la religión de la humanidad) se presentan al género humano como mensajeras de alguna mesiánica revelación y utilizan a la historia como un instrumento para convalidar sus vacíos reclamos”.<sup>(13)</sup>

“Además, los historiadores (por ejemplo Henri Marrou) atribuye a la filosofía de la historia cuatro pecados capitales: primero, su casi inevitable supersimplificado, arbitrario y extravagante acercamiento en lo que se refiere a la elección de materias, cuyo valor histórico es asumido por consideración a la causa; segundo: su autoengañosa ambición de llegar a una explicación a priori del curso de la historia humana; tercero: su autoengañosa ambición de llegar a una explicación todo-incluido del significado de la historia humana; y cuarto: su autoengañosa ambición de llegar a una así llamada explicación científica de la historia; la palabra científica” usada aquí en este sentido absolutamente peculiar, que puede ser derivado de las ciencias naturales, que con una explicación semejante nuestra reflexión goza de una especie de dominio intelectual sobre el asunto que nos ocupa”.<sup>(14)</sup>

<sup>(8)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 31-32.

<sup>(9)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 34.

<sup>(10)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 35.

<sup>(11)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 39.

<sup>(12)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 39.

<sup>(13)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 39.

<sup>(14)</sup>- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 39-40.



“Qué indican todas las observaciones previas? Nos dicen que el historiador no puede dejar de sentir la instancia de la filosofía de la historia, y que en el mismo momento que piensa resistir a esta instancia, por lo general, la filosofía de la historia se le impone. En realidad, lo que él está detestando no es la genuina filosofía de la historia, sino el gnosticismo de la historia -este gnosticismo de la historia que fuera llevado por Hegel a supremas alturas metafísicas, pero que también es encontrado a otro nivel, en un sistema tan fascinado por las ciencias positivas y tan decididamente antimetafísico como es el de Comte”.<sup>(15)</sup>

“La filosofía de la historia espuria, en este caso, es el gnosticismo de la historia en el sentido más general de esta expresión y hasta donde está caracterizada por los cuatro “pecados capitales” que acaban de ser mencionados”.<sup>(16)</sup>

“Contrariamente, una filosofía de la historia genuina, no pretende dismantelar los engrajes de la historia humana a fin de ver cómo funciona y dominarla intelectualmente. La historia, para ella, no es un problema a ser resuelto, sino un misterio a ser contemplado: un misterio que es en cierto modo supraintelegible (hasta donde depende de los propósitos de Dios)”.<sup>(17)</sup>

“La filosofía de la historia no es una parte de la metafísica, como creía Hegel. Pertenece a la filosofía moral, por cuanto se relaciona con las acciones humanas consideradas en la evolución de la humanidad”.<sup>(18)</sup>

“La sabiduría de la historia - que Berdiaeff llamó “historiosofía” - incumbe a la teología cristiana, pero también incumbe a la filosofía moral cristiana”.<sup>(19)</sup>

La historiología de Maritain se inspira, en parte en el libro de Joseph Pieper “Über das Ende der Zeit Acerca del fin del tiempo, una meditación acerca de la filosofía de la historia, según el cual “No hay filosofía de la historia sin la iluminación de la teología”, “¿cuál es el fin de la historia? Una cuestión que trata de la salvación y de la predestinación del hombre”.<sup>(20)</sup>

<sup>(15)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 4.

<sup>(16)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 4.

<sup>(17)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 4.

<sup>(18)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 4.

<sup>(19)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 4.

<sup>(20)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 47, 48.

“Claramente, la consecuencia de tales consideraciones es que el clima para el desarrollo de una filosofía de la historia genuina es el clima intelectual de la tradición judeo-cristiana”.<sup>(22)</sup>

Las leyes funcionales de la historia o fórmulas axiomáticas, tratan del desarrollo histórico y son:

#### *La ley del doble progreso contrario*

“Según la cual dos movimientos se cruzan mutuamente en la evolución de la humanidad: uno de estos movimientos se dirige hacia arriba, hacia la salvación final y sigue la atracción de Cristo. El otro movimiento se dirige a las profundidades, hacia la condena final y es todo lo que pertenece al príncipe de este mundo, jefe de todos los agentes del mal”...<sup>(23)</sup> “En ciertos periodos de la historia lo que prevalece y predomina es el movimiento de degradación y, en otros periodos es el movimiento de progreso. Mi punto de vista es que ambos existen al mismo tiempo, en una u otra medida”.<sup>(24)</sup>

#### *La ambivalencia de la historia*

“Esta ley es una consecuencia de la ley del doble movimiento. Si la historia humana está sujeta a los dos movimientos antagónicos anotados más arriba, entonces podemos decir que en cada momento la historia humana nos ofrece dos fases. Una de esas fases da motivos al pesimista, quien gustaría condenar este período de la historia. Y la otra da motivos al optimista, quien juzga el mismo período como glorioso”.<sup>(25)</sup>

“La ambivalencia de la historia puede ser vista en el desarrollo del Imperio Romano; o en el abrazo mutuo posconstantino entre la Iglesia y el Estado; o en las varias fases de la revolución industrial; o en el presente reino de la ciencia fisicomatemática y de la tecnología... Hoy, un obviosísimo ejemplo de esta ambivalencia nos es ofrecido por el advenimiento de la era atómica, con sus capacidades inherentes para la destrucción de la humanidad al igual que para un inaudito mejoramiento de la vida”.<sup>(26)</sup>

“Es en una perspectiva cristiana que, por largo tiempo, he cavilado sobre la filosofía de la historia. Dejádme, entonces, hablar en esta perspectiva. San Gregorio escribió: “Los hombres deberían saber que la voluntad de Satanás es siempre perversa pero que su poder no es nunca injusto”, porque “las iniquidades que él se propone cometer, Dios las permite en toda justicia”. Este dicho es de largo alcance. Proporciona un principio importante de exégesis histórica”.<sup>(27)</sup>

“El diablo cuelga como un vampiro al lado de la historia. La historia continúa, sin embargo, y continúa con el vampiro. Es sólo en el reino de la gracia, en la vida divinamente asistida de la Iglesia, donde el diablo carece de lugar, juega su papel en la marcha del mundo, y en cierto sentido la estimula”.<sup>(28)</sup>

---

<sup>(21)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 48-49.

<sup>(22)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 49.

<sup>(23)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 52.

<sup>(24)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 54.

<sup>(25)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 58.

<sup>(26)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 59.

<sup>(27)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 59.

<sup>(28)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 59.



### *La ley de las fructificaciones históricas del bien y del mal*

“Esta ley trata de las relaciones entre la ética y la política. La he tratado algo extensamente en un ensayo intitulado “El fin del maquiavelismo”. Aquí me limitaré a resumir mis observaciones de este ensayo”.<sup>(29)</sup>

“Esto significa que las virtudes de la justicia y la moral no anulan las leyes naturales de envejecimiento de las sociedades humanas; no impiden la catástrofe física que las destruya. Debemos decir entonces, que la justicia y la rectitud (y ésta es la ley que deseo recalcar) tiende en sí misma a la preservación de las sociedades humanas y a su éxito real; y que la injusticia y el mal tienden en sí mismo (dejando a un lado lo que concierne a condiciones físicas) a la destrucción de las sociedades y, a la larga, a su fracaso real”.<sup>(30)</sup>

### *La ley de la significación del mundo y de los hechos que hacen la historia*

“Cuando un acontecimiento que hace historia, cuando un gran evento de la humanidad, un acontecimiento que actualiza potencialidades centenarias y viejas aspiraciones, ocurre en un punto particular del espacio, en una nación dada y en un pueblo dado, no ocurre sólo para esta nación o este pueblo, sino que ocurre para el mundo. No es solamente un evento o un cambio para esta nación particular o este pueblo particular; es un acontecimiento o un cambio para el mundo”.<sup>(31)</sup>

### *La ley de “Prise de conscience”*

“Ésta es la ley del crecimiento de la conciencia como signo del progreso humano, y como comprensión, al mismo tiempo, de los peligros inherentes. Pienso que esta ley de prise de conscience está enlazada con la historia de la civilización en general, pero tiene lugar muy lentamente. Y mientras tiene lugar en un área, otra área puede ser completamente inmune a ella”.<sup>(32)</sup>

### *La ley de la jerarquía de los medios*

“Aquí tenemos en realidad dos leyes. La primera es la ley de la superioridad de los medios temporales humildes (“moyens pauvres”) sobre los medios temporales ricos, respecto a fines espirituales. Podemos describir como medios temporales ricos aquellos que, implicados en la densidad de la materia, postulan un cierto grado de éxito tangible y visible. Tales medios son los medios peculiares del mundo. Sería absurdo despreciarlos o rechazarlos; son necesarios; forman parte de la sustancia natural de la vida. La religión debe consentir en recibir su ayuda. Pero es conveniente, para la salud del mundo, que la jerarquía de los medios sea salvaguarda en sus proporciones adecuadas”.<sup>(33)</sup>

“La segunda ley que tiene que ver con la jerarquía de los medios puede ser llamada la ley de la superioridad de los medios espirituales de la actividad temporal y del bienestar sobre los medios carnales de la actividad temporal y del bienestar. Aquí es una cuestión de medios respecto de la obra temporal, no respecto del fin espiritual -digamos, respecto de una obra social o política, que persiga los más altos intereses del hombre, justicia, libertad, paz, amor fraterno, superando los prejuicios y egoísmos, la voraz ambición y el poder opresivo. Y añadamos, que testigos de la ley que menciono fue a menudo el autosacrificio de hombres magnánimos y a la vez ignorados. En otras palabras, la ley en cuestión estuvo activa en la historia humana de una manera particularmente humilde y escondida, a la manera de un fermento, nunca en primer plano, excepto en cuanto a unos pocos ejemplos brillantes de nuestro siglo”.<sup>(34)</sup>

“Pienso que aquí es interesante examinar el ejemplo y el testimonio de Gandhi, particularmente significativo para los cristianos. De hecho, Gandhi estuvo inspirado tanto por las Escrituras Indias como por el Evangelio -leyó muchísimo el Evangelio. Su originalidad consistió en dar primacía a los medios de la paciencia y del sufrimiento voluntario y de organizarlos sistemáticamente en una técnica particular de acción política. Podríamos mencionar dicha técnica con la noción tomista según la cual el principal acto de fortaleza y de virtud no es el acto de atacar, sino el de resistir, soportar, y sufrir con constancia. Un tomismo asociaría lo que Gandhi llamó con el coraje de resistir. La cuestión sería aplicar estos medios particulares a un fin temporal a ser alcanzado”.<sup>(35)</sup>

“Quisiera ahora observar (y esto me parece particularmente importante desde el punto de vista de la filosofía de la historia) que Gandhi fue no sólo una figura excepcionalmente grande y profética. Tendría, además, que ser considerado el fundador de una escuela de pensamiento. Dejo discípulos. Estoy pensando especialmente en Vinoba quien tiene ahora una influencia tremenda en la India. Hay, así, una continuidad en el uso de los medios espirituales tendientes a cierta transformación temporal. Vinoba tuvo gran éxito al lograr de muchos terratenientes cambios considerables en la división y distribución de las tierras a labradores pobres. Es un real continuador de Gandhi”.<sup>(36)</sup>

---

<sup>(35)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 64.

<sup>(36)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 64.

<sup>(37)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 64,65.

<sup>(38)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 70,71.

<sup>(39)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 70.

<sup>(40)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., pp. 70,71.

<sup>(41)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 70.

<sup>(42)</sup>.- JACQUES MARITAIN: ob. cit., p. 70.





CAPÍTULO XXXII

LA HISTORIOLOGÍA DE  
JOHAN HUIZINGA





## CAPÍTULO XXXII

### LA HISTORIOLOGÍA DE JOHAN HUIZINGA



**JOHAN HUIZINGA** nació en Groninga el 7 de diciembre de 1872, donde su padre era profesor universitario. Allí se doctoró en mayo de 1897.

Fue profesor de Historia General en la Universidad de Leyden desde 1915 hasta 1942 en que los nazis, las fuerzas de ocupación alemana, cercaron la Universidad.

Exilado en la aldea de Steeg, cerca de Arnhem, padeciendo hambre, frío y desnutrición, falleció el 1º de febrero de 1945.

El gran historiador holandés ha escrito “Homo Ludens”, un magistral estudio de historiografía socio-psicológica; “El otoño de la Edad Media”, quizás su obra más famosa, por constituir el mejor retrato de aquella época, “Hombres e Ideas”, Compañía General Fabril Editora. Buenos Aires, 1960, que tanto me fascinó y cuya estructura se inspira en: “La tarea de la historia cultural” (pág. 17); “Los ideales históricos de vida” (pág. 71); “Patriotismo y nacionalismo en la historia europea” (pág. 88); para, luego, en la segunda parte, tratar de la Edad Media: “John de Salisbury: un espíritu pregótico” (pág. 141); “Abelardo” (pág. 157); “Significado político y militar de las ideas caballerescas en el período final de la Edad Media” (pág. 173); “La santa de Bernard Shaw” (pág. 183). Tercera parte, El Renacimiento: “El problema del Renacimiento” (pág. 215); “Renacimiento y realismo” (pág. 255); “En conmemoración de Erasmo” (pág. 275); “Grocio y su tiempo” pág. 290).

La tesis central en la historiología de **HUIZINGA** es la de que “la edad media estuvo embebida del ideal caballeresco” (capítulo IV de “El otoño de la edad media”).

Por analogía “la universidad medioeval era un campo de lucha, una palestra, la contrapartida de los encuentros en los torneos”. “Las actividades de la universidad configuraban una lucha, un desafío y un conflicto. La vida de la universidad medieval era una permanente disputa revestida de formas ceremoniales. A semejanza de los torneos, constituía una de las formas importantes del juego social, en sí mismo fuente de cultura”<sup>(1)</sup>.

“La vida de las escuelas durante el siglo XII se caracterizaba por el espíritu de competencia y las controversias acaloradas, las envidias y las calumnias, las injurias y los libelos. ¡Qué juego de sofismas y falacias! Se preparaban trampas de palabras, dice John de Salisbury, y redes de sílabas. Hugo de Saint-Victor describe una escuela en la que los estudiantes procuraban engañarse unos a otros con mil recursos y estratagemas. No me parece exagerado afirmar que hay cierta relación entre el prolongado predominio del problema de los universales en el desarrollo del escolasticismo y el carácter de competencia atlética de las actividades escolásticas de la época”<sup>(2)</sup>.

Este es el “leit-motiv”. Alrededor de esta tesis programática giran los grandes personajes de la época: Pedro Abelardo, Grocio y su tiempo, John de Salisbury, la santa de Bernard Shaw y los “Hombres e ideas” que configuran la historia de la cultura en el pensamiento historiográfico de HUIZINGA.

Su otro gran libro es “El Concepto de la Historia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, cuya estructura parte de estas premisas: I. La ciencia histórica adolece de una formulación mala e insuficiente de los problemas, II. Para el maestro de Groninga, quien fuera un brillante profesor en la Universidad de Leyden, fueron Windelband y Rickert quienes siguiendo el camino por el que les había precedido Dilthey, fundamentaron la moderna teoría de las ciencias del espíritu “Revelaron que la ciencia y la génesis del conocimiento histórico diferían fundamentalmente de la investigación propia de las ciencias naturales”<sup>(3)</sup>. El concepto de evolución sólo puede emplearse en la ciencia histórica de un modo condicionado y sirve muchas veces en ella de traba y obstáculo, III. Sería deplorable para nuestra cultura que las obras de historia destinadas a las personas de cultura general corriesen a cargo de historiadores movidos por un sentimiento estético, que escribiesen obedeciendo a un impulso literario, trabajando con medios literarios y buscando efectos literarios, IV. La misión fundamental de la historia de la cultura es la comprensión y descripción morfológica de la cultura en su trayectoria específica y real, V. La división de la historia en períodos, aunque indispensable, tiene un valor secundario siempre imprecisa y fluctuante y, hasta cierto punto, arbitraria. Lo más conveniente es designar las épocas por nombres incoloros tomados de cortes externos y fortuitos.

(1).- JOHAN HUIZINGA: “Hombres e Ideas. Ensayo de historia de la cultura”, pag. 17, Compañía General Fabril Editora, Buenos Aires, 1960.

(2).- JOHAN HUIZINGA: “Hombres e Ideas. Ensayo de historia de la cultura”, pag. 167, Compañía General Fabril Editora, Buenos Aires, 1960.

(3).- JOHAN HUIZINGA: “El concepto de la historia”, pag. 25, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.

En su estudio “En torno a la definición del concepto de historia” parte Huizinga de esta premisa metodológica “Una buena definición debe ser concisa, es decir, exponer el concepto que se trata de definir con toda precisión y de un modo completo, en el menor número de palabras”.

Después de examinar la definición de historia propuesta por Bernheim y por Wilhelm Bauer, sostiene Huizinga que “La palabra latina historia es sinónima de la alemana Geschichte. El griego **ἱστορία** significa “aquello que llega a saberse preguntando”. Para Huizinga “En realidad, lo único que nos ofrece la Historia es una cierta idea de un cierto pasado, una imagen inteligible de un fragmento del pasado. No es nunca la reconstrucción o la reproducción de un pasado dado. El pasado no es dado nunca” (pag. 91).

“El modo como la Historia se sitúa ante el pasado podría designarse sobre todo como una “rendición de cuentas hecha ante uno mismo” (pag. 93).

“Cada cultura crea y tiene necesariamente que crear su propia forma de Historia. El tipo de cultura determina lo que es para ella Historia y cómo ha de ser ésta”. (pag. 93 in fine).

“Historia es la forma espiritual en que una cultura se rinde cuentas de su pasado”.

“La historia misma y la conciencia histórica se convierten en parte integrante de la cultura; sujeto y objeto se reconocen aquí en su mutua condicionalidad” (pag. 97).

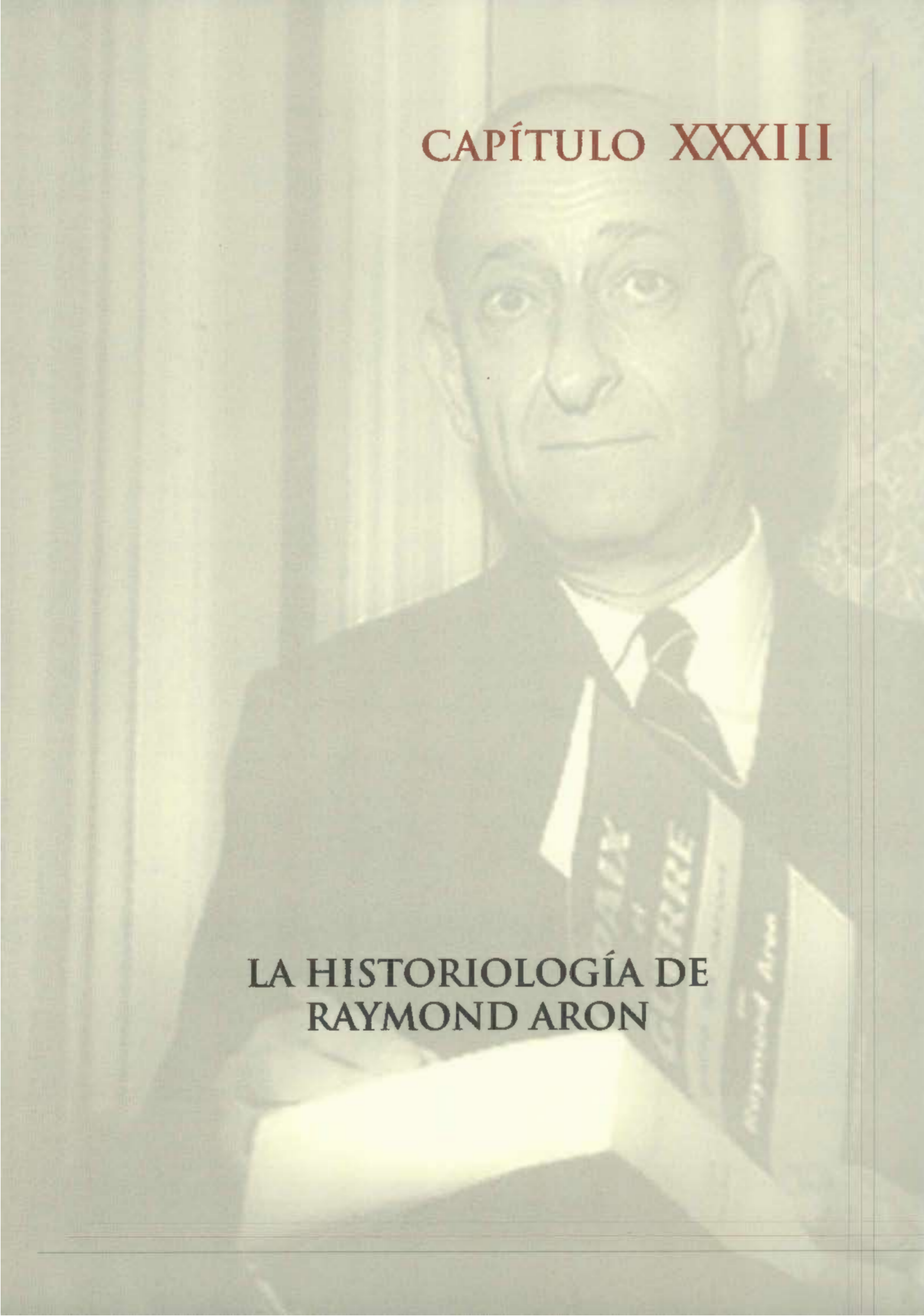
---





# CAPÍTULO XXXIII

LA HISTORIOLOGÍA DE  
RAYMOND ARON





## CAPÍTULO XXXIII

### LA HISTORIOLOGÍA DE RAYMOND ARON



RAYMOND ARON, filósofo de la historia, sociólogo y escritor político francés nació en París el 14 de marzo de 1905 y murió el 17 de octubre de 1983.

Profesor en la Sorbona, conferencista en Aberdeen y en el Collège de France, es autor de una treintena de libros, a cual más profundo; y ha sido considerado por Lévi Strauss, como “el último de los grandes sabios”. Su pensamiento está influido por la sociología de Max Weber, por el historicismo de Dilthey, por el existencialismo de Heidegger, por la fenomenología de Husserl y por la filosofía analítica de Hempel, Dante y Morton White.

Su vida puede ser definida como la de “un historiador desencantado”<sup>(1)</sup> por haber vivido la decadencia de la República de Weimar, las imperfecciones del parlamentarismo, la fragilidad de la democracia ante los métodos del maquiavelismo y del chantaje, el ascenso y la dictadura de Hitler, la irracionalidad política de las masas ante la demagogia y el caudillaje carismático y la independencia de su pensamiento frente a los paradigmas reinantes en el mundo cultural y universitario de la postguerra dominado por el pensamiento y los presupuestos marxistas.

Estamos frente a un autor que rechazó totalmente el totalitarismo intelectual así como las seducciones de la ideología marxista que predominaban en el mundo de la postguerra.

“Raymond Aron se formó en los años treinta en las instituciones de élite de la educación superior francesa, la École Normale Supérieure y la École Pratique des Hautes Études, donde siempre destacó por la desenvoltura de sus argumentos, su pasión por la controversia, su penetrante inteligencia y su rigor analítico. Obtuvo el primer lugar en la agregación de filosofía pero, no obstante este indiscutible “pedigree” académico, fue casi siempre marginal al medio profesional para el que se había preparado; esto es, nunca ocupó una posición central en la red de la cultura y del mundo intelectual parisino comparable a la que conquistó Jean Paul Sartre”.<sup>(2)</sup>

---

(1).- SOLEDAD LOAEZA: “Raymond Aron. Un historiador desencantado”, en el volumen “Raymond Aron: Lecciones sobre la historia”. Cursos del collage de France, p. 11 y ss., México, 1989.

(2).- SOLEDAD LOAEZA: ob. cit., p. 13.



“Si examinamos la mayor parte de la vida de Aron parecería como si sobre tan penetrante analista y riguroso universitario hubiera pesado por años la maldición que en forma de deseo había expresado en 1936 Paul Fauconnet, miembro de su jurado de tesis, quien, exasperado por la influencia de la sociología alemana sobre el sustentante, formuló públicamente la esperanza de que en el futuro los estudiantes no siguieran las enseñanzas aronianas”.<sup>(3)</sup>

“Raymond Aron nunca se engañó. Reconoció siempre, con Weber, el alcance limitado que las ideas pueden tener en el corto plazo, así como en el mundo de los intereses y las luchas de poder de la política.

Las memorias, que publicó el mismo año de su muerte, 1983, sugieren que nunca encontró una respuesta satisfactoria a las tensiones entre el intelectual y el mundo de la política”.<sup>(4)</sup>

La explicación a ello nos la da el mismo Raymond Aron en la “Introducción” al estudio de Max Weber titulado “El político y el científico”, que lo tenemos a la vista, y dice así:

“Max Weber fue hombre de ciencia y no hombre político ni hombre de Estado, aunque sí, ocasionalmente, periodista político. Estuvo, sin embargo, apasionadamente preocupado por la cosa pública durante toda su vida y no dejó nunca de experimentar una especie de nostalgia de la política, como si la finalidad última de su pensamiento hubiera debido ser la participación en la acción”.<sup>(5)</sup>

Pertenecía a la generación que, al llegar a la virilidad, asistió al florecimiento del imperio alemán, a la caída de Bismarck y a la asunción de sus responsabilidades por el joven emperador. Los quince últimos años del siglo XIX, que son para Max Weber la época de formación entre los veinte y los treinta y cinco, están marcados por el desarrollo de la legislación social, las primeras intervenciones personales del emperador en la diplomacia y, más profundamente aún, por la reflexión sobre la herencia bismarckiana. ¿Cuál es la misión de Alemania una vez lograda su unidad? ¿Qué papel debe ser el suyo en la escena mundial? ¿Qué régimen es capaz de restablecer la unidad de la nación? La generación de Max Weber se plantea espontáneamente estas cuestiones, a las que la historia habría de dar una trágica respuesta”.<sup>(6)</sup>

“Motivos mis personales explican su actitud. No dejó jamás de subrayar que la política no tenía nada que hacer en las aulas, repitió continuamente que las virtudes del político son incompatibles con las del hombre de ciencia; pero su preocupación por separar ambas actividades no era más aguda que su conciencia del vínculo que entre ellas existe. No se puede ser al mismo tiempo hombre de acción y hombre de estudio sin atentar contra la dignidad de una y otra profesión, sin faltar a la vocación de ambas. Pero pueden adoptarse actitudes políticas fuera de la universidad y la posesión del saber objetivo, aunque no indispensable, es ciertamente favorable para una acción razonable. En resumen, en el pensamiento de Max Weber, las relaciones entre ciencia y política no se caracterizan solamente, como siempre se dice, por la distinción necesaria. La ciencia que él concibe es aquella que es susceptible de servir al hombre de acción, del mismo modo que la actitud de éste difiere en su fin, pero no en su estructura, de la del hombre de ciencia”.<sup>(7)</sup>

(3).- SOLEDAD LOAEZA: ob. cit., p. 11.

(4).- SOLEDAD LOAEZA: ob. cit., p. 10.

(5).- RAYMOND ARON: “Introducción a Max Weber: “El político y el científico”, p. 9 Alianza Editorial, Madrid, 1992, Tercera edición.

(6).- Ibid., 2.º.

(7).- Ibid., p. 10.

“El hombre de acción es el que, en una coyuntura singular y única, elige en función de sus valores e introduce en la red del determinismo un hecho nuevo”.<sup>(8)</sup>

“La teoría de la causalidad histórica basada sobre el cálculo retrospectivo de posibilidades (¿qué habría pasado si...?) no es otra cosa que la reconstitución aproximada de las deliberaciones que tuvieron o pudieron tener los actores.

Obrar razonablemente es adoptar, después de haberlo meditado, la decisión que ofrezca más probabilidades de conseguir el fin que se pretende. Una teoría de la acción es una teoría del riesgo al mismo tiempo que una teoría de la causalidad. El historiador que se interroga sobre la causalidad histórica revive en su espíritu los acontecimientos posibles que los actores consideraron, o hubieran podido considerar, en las deliberaciones que precedieron la acción”.<sup>(9)</sup>

“La ciencia histórica o la ciencia de la “cultura”, como la concebía Max Weber, era la comprensión de la manera cómo los hombres habían vivido, del sentido que habían dado a sus existencias, de la jerarquía que habían establecido entre los valores, en tanto que la acción política es el esfuerzo, realizado en circunstancia que no hemos escogido, para promover esos valores, constitutivos de nuestra comunidad y de nuestro mismo ser.

Comprender a otro no implica reflexionar sobre sí mismo, la comprensión de la acción llevada a cabo por otros en el pasado no conduce necesariamente a la voluntad de obrar en el presente. Filosóficamente y, para hablar en la jerga de moda, existencialmente, no deja de hacer, sin embargo, una cierta conexión entre el conocimiento de sí mismo y el de los demás, entre la resurrección de las luchas que se libraron entre los hombres desaparecidos y la toma actual de posición”.<sup>(10)</sup>

“De hecho, no faltan historiadores que se esfuerzan por comprender las existencias vividas por los otros sin interrogarse por la que ellos mismos viven, No faltan políticas que no establecen relación alguna entre su oficio y el sentido que ellos mismos o la colectividad dan hoy a su existencia, de derecho, la exploración del pasado no se separa de la toma de conciencia de sí mismo, de derecho, la acción sólo es humana cuando se sitúa en el curibid.

---

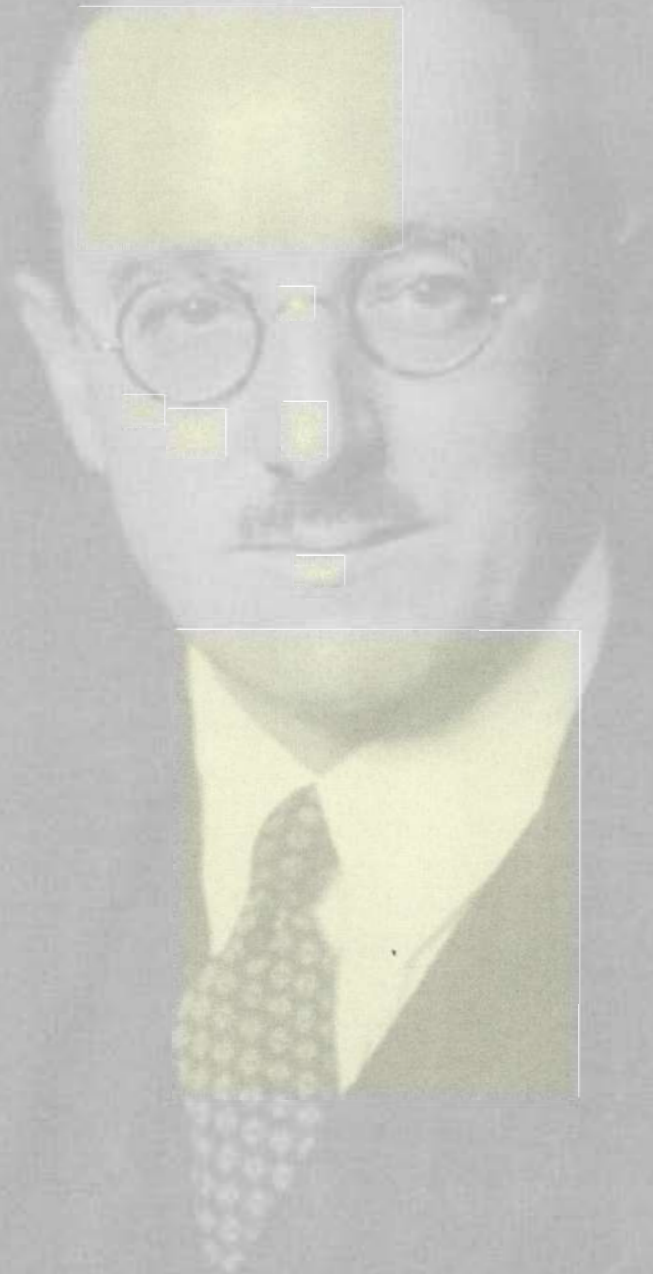
(8)- Ibid., p. 11.

(9)- Ibid., pp. 11-12.

(10)- Ibid., p. 11.



CAPÍTULO XXXIV



LA HISTORIOLOGÍA DE  
COLLINGWOOD





## CAPÍTULO XXXIV

### LA HISTORIOLOGÍA DE COLLINGWOOD



Robin George Collingwood nació en Lancashire el 22 de Febrero de 1889 y murió en Conis-ton el 9 de Enero de 1943. Estudió en la Universidad de Oxford donde se graduó con honores de primera clase y en donde también ejerció la docencia como profesor de Filosofía en el Magdalen College de Oxford. Su pensamiento recibió la influencia de los idealistas italianos Benedetto Croce, Giovanni Gentile y Guido de Ruggiero, con quien llegó a ser gran amigo; pero, además, su pensamiento acusa también la influencia de Hegel, Kant, Bradley, J.A. Smith y John Ruskin.

La obra fundamental de Collingwood se intitula *“Idea de la historia”*, traducción castellana editada por la editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1952, de la cual tenemos a la vista la segunda edición en español que es de 1965 y cuya primera edición en inglés es de 1946; la que, a su vez, constituye el desarrollo de sus 32 lecciones sobre *“The Philosophy of History”* escrita en 1936 y de un manuscrito intitulado *“The Principles of History”* que es un fragmento parcial de la Tercera Parte de su *“The Idea of History”*, según el trabajo póstumo de compilación y selección de sus investigaciones por el profesor Knox.

Sostiene Collingwood que *“para hablar de la historia es preciso ser historiador. Solo así se pueden descubrir los principios que rigen el pensamiento histórico<sup>(1)</sup>. La segunda condición que debe reunir el filósofo de la historia es que no solo tenga experiencia del pensar histórico sino que además debe ser un filósofo y, en particular, que su preocupación filosófica haya concedido especial atención a los problemas del pensar histórico”<sup>(2)</sup>.*

(1).- R.G. COLLINGWOOD: *“Idea de la Historia”*, Introducción, párrafo 2, pag. 10, Fondo de Cultura Económica, México, 1952.

(2).- *Ibid*, pag. 10.

Según Collingwood la historia tiene cuatro tareas que enfrentar: “a) La definición de la historia; b) El objeto de la historia. En tal sentido nos dice que se trata de una averiguación acerca de las “*res gestae*”, es decir, actos de seres humanos realizados en el pasado; de donde resulta que la historia es la ciencia de las “*res gestae*”, es decir, el intento de contestar cuestiones acerca de las acciones humanas realizadas en el pasado; c) ¿Cómo procede la historia? La historia procede interpretando testimonios; d) Por último, ¿para que sirve la historia?. “Mi contestación es que la historia sirve para el autoconocimiento humano” (3).

“La idea de la historia que acabo de resumir es una idea moderna, y antes de proceder, en la quinta parte de este libro, a exponerla me propongo aclararla con una investigación acerca de su historia. Los historiadores de nuestros días piensan que la historia debe ser: a) Una ciencia; b) pero una ciencia que se ocupe de las acciones de los hombres en el pasado; c) investigadas mediante la interpretación de los testimonios; d) cuyo fin es el autoconocimiento humano” (4).

El párrafo tercero de la Introducción se cierra con una formidable alusión a la conciencia histórica en el mundo antiguo, especialmente referida a los sumerios. “Los antiguos sumerios no dejaron tras de ellos nada que podamos calificar de historia. Si por acaso tuvieron algo así como una conciencia histórica, no dejaron de ella constancia alguna. Podremos afirmar que necesariamente la tuvieron, porque, para nosotros, la conciencia histórica es un rasgo tan verdadero y tan general de la vida que no comprendemos cómo puede faltarle a nadie; pero la verdad de semejante afirmación es muy dudosa. Si nos atenemos a los hechos, tal como se revelan documentalmente, me parece que debemos pensar que la conciencia histórica de los antiguos sumerios es lo que llaman los científicos una entidad oculta, algo que las reglas del método científico nos impide considerar en atención al principio de la Navaja de Occam, a saber: que “*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*” (5)-(5 bis).

La Primera Parte del áureo libro de Collingwood está referida a “La historiografía greco-romana” cuyo primer párrafo se intitula “Historia Teocrática y Mito”; y esto, según el autor, es una “cuasi-historia”.

La creación de la historia científica se debió a Heródoto y Tucídides, según nos lo demuestra el autor en el párrafo segundo de la Primera Parte (pag. 26 y 27). “La obra de Homero no es investigación, sino leyenda, y en buena parte, leyenda teocrática. En Homero los dioses comparecen para intervenir en los asuntos humanos...”. “También Hesíodo nos proporciona un ejemplo del mito”. (pag. 27) “El empleo por Heródoto de la palabra “historia”, en el título de su obra, señala una “revolución literaria” (según ha dicho Croiset, el historiador de la literatura griega en su “Histoire de la littérature grecque”, vol. II, p. 589, según How y Wells, “Comentary on Herodotus”, Oxford, 1912, vol. I, p. 53). “La conversión del relato mítico en ciencia histórica... fue..” una invención del siglo V y fue Heródoto el hombre que la inventó” (6).

(1).- COLLINGWOOD: Ob. cit., Introducción, párrafo 3, confrontar pags. 17 a 20 de la edición castellana.

(2).- COLLINGWOOD: Ob. cit., Introducción, párrafo 3, “Los problemas de las Partes I - IV”, pag. 20.

(3).- COLLINGWOOD: Ob. cit., Introducción, párrafo 3, pag. 21.

(4 bis).- La Navaja de Occam es un principio según el cual “no deben multiplicarse o aumentarse las entidades más de lo necesario”. Según FERRATER MORA “este principio o regla tiene dos significados. Por un lado, puede significar que no deben introducirse más realidades o entidades de las que son menester para dar cuenta de un fenómeno, un proceso, o hasta la propia estructura del universo. Por otro lado, puede significar que no deben emplearse más conceptos (reglas, principios, etc) de los que son estrictamente necesarios para una demostración o explicación”. JOSÉ FERRATER MORA: “Diccionario de Filosofía”, tomo II (E - J), pag. 1000, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1988.

(6).- COLLINGWOOD: Ob. cit., Introducción, párrafo 3, pag. 27, in fine.



*“Para Heródoto la historia era humanística y no mítica o teocrática. Claramente afirma en el Prefacio que su propósito es contar las hazañas de los hombres”... Así, pues, según Heródoto, “La historia exhibe al hombre como un agente racional”... “Heródoto, en efecto, no reduce su atención a los simples acontecimientos; los considera humanísticamente en cuanto actos de los seres humanos que tuvieron sus motivos para obrar del modo en que obraron; motivos que no son ajenos al interés del historiador”(?).*

*Al analizar en el párrafo quinto de la Introducción el método histórico de los griegos Collingwood sostiene que “Heródoto concibió el testimonio y el método histórico como los informes que acerca de los hechos daban los testigos”. “Los griegos eran duchos en materia de procedimientos judiciales y un griego no tropezaría con dificultades al aplicar a los testimonios históricos el mismo tipo de crítica que emplearía tratándose de testigos judiciales. Las obras de Heródoto y Tucídides dependen casi totalmente del dicho de los testigos de vista con quienes el historiador tuvo contacto personal y su habilidad como investigador consistía en el hecho de que debió examinar al testigo hasta lograr que en su mente surgiera una visión histórica de los acontecimientos pasados mucho más rica y coherente que la visión que habría podido ofrecer por su cuenta”(8).*

*“Este método, en el empleo de testimonios de vista es, sin duda, el método que explica la extraordinaria solidez y congruencia de los relatos que escribieron Heródoto y Tucídides”(9).*

*Al analizar comparadamente los estilos de Heródoto y de Tucídides sostiene Collingwood que: “La grandeza de Heródoto resalta en el más alto relieve cuando, como padre de la historia, se le sitúa contra el fondo de las tendencias generales del pensamiento griego. De estas tendencias, la predominante era la tendencia anti-histórica” (en el párrafo 3 Collingwood había establecido la tendencia anti-histórica del pensamiento griego dominado por el conocimiento científico y metafísico o por la mera “opinión” o doxa ( δόξα ) ).*

*“El genio de Heródoto triunfó sobre la tendencia anti-historicista de la mentalidad griega”. Después de Heródoto la búsqueda de objetos del conocimiento, inmutables y eternos, ahogó, poco a poco, la conciencia histórica e impuso el abandono de la esperanza herodotiana”(10).*

*“Heródoto es el padre de la historia; Tucídides es, en todo caso, el padre de la historia psicológica”(11).*

*“Ahora bien, ¿qué es la historia psicológica?. La historia de este tipo no es en verdad historia, sino ciencia natural de una especie peculiar. No relata hechos por los hechos mismos; su propósito principal es establecer leyes, leyes psicológicas. Pero una ley psicológica no es un acontecimiento; es una regla constante que gobierna las relaciones entre acontecimientos. Me parece que todos los que conozcan a ambos autores estarán de acuerdo conmigo en que el principal interés de Heródoto está en los hechos mismos, mientras que el de Tucídides se concentra en las leyes según las cuales acontecen los hechos”(12).*

(?)- COLLINGWOOD: Ob. cit., Introducción, párrafo 5, pag. 38.

(8)- Ob. cit., pag. 38.

(9)- Ob. cit., pag. 38.

(10)- Ob. cit., pag. 38.

(11)- Ob. cit., pag. 38.

(12)- Ob. y loc. cit.



“Tucídides no es el continuador de Heródoto en el pensamiento histórico; es el hombre en quien el pensamiento histórico de Heródoto fue ahogado y asfixiado bajo el peso de motivaciones anti-históricas. Esta tesis puede ilustrarse señalando un rasgo habitual del método empleado por Tucídides. Recordemos sus discursos”(13).

“En esencia, los discursos no me parece que sean historia; son los comentarios de Tucídides acerca de los actos a que se refieren los oradores”... “Los discursos de Tucídides, tanto por el estilo cuanto por el contenido, constituye una convención característica de un autor cuya atención no se concentra en los hechos mismos, sino que constantemente deriva hacia el sentido que pueda estar agazapado detrás de ellos, alguna verdad inmutable y eterna”(14).

“Con Polibio, la tradición helenística del pensamiento histórico pasa a manos de Roma. El único desarrollo original que se le imprime desde entonces procede de Tito Livio, quien concibió la grandiosa idea de una historia de Roma desde sus orígenes”... “La tarea que se impuso Tito Livio consistió en reunir los anales tradicionales de la antigua historia romana y construir con ellos una rracación unitaria y continua, la historia de Roma. Los romanos, soberanamente onfiados en la propia superioridad sobre todos los demás pueblos y en el monopolio de las únicas virtudes merecedoras de ese nombre, creían que su historia era la única valiosa, y por eso la historia de Roma, según la escribió Tito Livio, era para el romano Historia Universal y no simplemente una historia particular entre muchas posibles; era la historia de la única realidad auténtica, y era ecuménica, porque Roma, se había convertido en el símbolo del mundo”(15).

“El imperio romano no fue una era de pensamiento vigoroso y progresista”... “Nadie se propuso la tarea que había inspirado a Tito Livio”. “Después del él, los hidtoriadores se concretaron a copiarlo”. “Por lo que se refiere a la metodología, Tácito ya representa la decadencia”. “Desde el punto de vista de la historia Tácito es una figura gigantesca; pero puede uno preguntarse si Tácito fue un historiador”...

“El propósito confesado por Tácito es que escribe para exhibir ejemplos señalados de vicio y de virtud en el orden político, a fin de que la posteridad pueda excecraarlos o aplaudirlos y para enseñar, por medio de un relato, de que modo puede vivir el buen ciudadano bajo malos gobernantes; y que no es puramente el destino o el accidente sino la entereza personal y la prudencia, la moderación y la discreción lo que mejor protege en tiempos de peligro a un Senador encumbrado”... “A Tácito se le ha elogiado por el dibujo de sus caracteres”. “Sin duda encontró apoyo en la filosofía estoíca y epicuria de su tiempo”(16).

“Es así como Tito Livio y Tácito se levantan el uno junto al otro como los dos grandes monumentos que atestiguan la esterilidad del pensamiento histórico de Roma”(17).

(13).- Ob. y loc. cit.

(14).- Ob. cit., pag. 39.

(15).- Ob. cit., pag. 44.

(16).- Ob. cit., pag. 47.

(17).- Ob. cit., pag. 48.

“Roma fue para Tito Livio la heroína de su relato; Roma fue el agente cuyas acciones describe; Roma por lo tanto, es una sustancia inmutable y eterna. Desde que empieza el relato, Roma ya está allí fabricada de antemano y completa, y cuando se llega al fin del libro, Roma no ha sufrido alteración espiritual ninguna. Las tradiciones empleadas por Tito Livio como fuentes hacían remontar ciertas instituciones, tales como la legión, el senado y otras, a la época más antigua de la ciudad, todo bajo el supuesto de que desde entonces habían permanecido iguales. De esta suerte, en Tito Livio, el origen de Roma aparece como un milagroso y súbito nacimiento de la ciudad tal como era en años posteriores”<sup>(18)</sup>.

“Resulta, pues, que la historiografía romana era incapaz de mostrar de que modo había surgido algo; precisaba suponer que todos sus agentes que aparecen en el escenario histórico estaban ya hechos con anterioridad a la historia, y su conexión con los sucesos históricos es igual a la conexión entre una máquina y sus movimientos”. “El alcance de la historia queda limitado a la descripción de lo que hacen las gentes y las cosas”. “La nemesis de esta actitud fue el escepticismo histórico”<sup>(19)</sup>.

La Segunda Parte de “Idea de la Historia” se intitula “La influencia del cristianismo” y está contenida en las pags. 53 y ss. de la obra.

Sostiene Collingwood que “Tres grandes crisis han ocurrido en la historia de la historiografía europea. La primera fue la crisis del siglo V a.C., cuando surgió la idea de la historia como una ciencia, es decir, como una forma de la investigación, como *ιστοριη*. La segunda fue la crisis de los siglos IV y V d.C., cuando la idea de la historia fue moldeada de acuerdo con la influencia revolucionaria del pensamiento cristiano”<sup>(20)</sup>.

“Según la doctrina cristiana es inevitable que el hombre actúe en la oscuridad sin saber qué resultados se seguirán de su acción. Esa incapacidad de alcanzar fines claramente concebidos de antemano, que en griego se dice *αμαρτια* no dar en el clavo, ya no se considera como accidental, sino como un elemento permanente de la naturaleza humana que procede de la condición del hombre en cuanto hombre. Tal es el pecado original que San Agustín pone tan de relieve, y que relacionó psicológicamente con la fuerza del deseo natural”<sup>(21)</sup>.

“El deseo ya no es el caballo domado de la metáfora platónica; es un caballo desbocado, y el “pecado” (para usar el término técnico de la teología)”... “es un pecado inherente y original en nuestra naturaleza. De aquí se sigue que los logros del hombre no se deben a sus propias fuerzas de voluntad e inteligencia, sino a algo que está más allá del hombre y que le provoca desear fines”<sup>(22)</sup>.

“Pero la sabiduría revelada en sus actos no es sabiduría propia, es la sabiduría de Dios, a cuya gracia se debe que los deseos del hombre se encaminen hacia fines dignos”<sup>(23)</sup>.

(18).- Ob. cit., pag. 21.

(19).- Ob. cit., parágrafo 1, pag. 21.

(20).- Ob. cit., pag. 21.

(21).- Ob. cit., pag. 21.

(22).- Ob. cit., pag. 21.

(23).- Ibid. pag. 21.



“Esta concepción de la gracia es el correlativo de la concepción del pecado original” (24).

“La introducción de las ideas cristianas tuvo un efecto triple sobre el modo en que se concebía la historia: a) El proceso histórico no es la realización de los propósitos humanos, sino divinos; b) Esta nueva manera de entender la historia permite ver, no sólo las acciones de los agentes históricos, sino en cuanto instrumentos o vehículos de los propósitos divinos; c) Al cristianismo ya no puede satisfacerle la historia romana o la historia judía, ni cualquiera historia parcial. Exige una historia mundial, una historia universal cuyo tema sea el desarrollo de los propósitos de Dios” (25).

“Toda historia escrita a base de las nociones cristianas tendrá que ser necesariamente universal, providencial, apocalíptica y comprenderá el discurso histórico en épocas o periodos” (26).

“La cronología universal única, invento de San Isidoro de Sevilla en el siglo VII, popularizada en la siguiente centuria por el Venerable Beda, en que todo se fecha hacia delante y hacia atrás a partir del nacimiento de Cristo” (27).

“Todos estos elementos, tan familiares al pensamiento histórico moderno, faltan del todo en la historiografía greco-romana y fueron elaborados, conscientes y diligentemente, por los primitivos cristianos” (28).

“La gran tarea de la historiografía mediaeval consistía en el descubrimiento y la explicitación del objetivo o plan divino de la historia” (29).

“En el siglo XII Joaquín de Fiore dividió la historia en tres periodos: el reino del Padre o del Dios no encarnado, es decir, la edad pre-cristiana; el reino del Hijo o la edad cristiana, y el reino del Espíritu Santo que daría principio en el futuro” (30).

“La revelación cristiana, pues, ofrecía una visión de toda la historia del mundo, desde su creación en el pasado hasta su fin en el futuro”... “Contenía pues, esa historiografía en sí misma una escatología” (31).

Trata a continuación sobre los historiadores del Renacimiento, aludiendo en especial en el parágrafo 6, pag. 68 y passim a la “Historiografía de Descartes” y, luego, en el parágrafo 7, al Anti-Cartesianismo, centrandó su atención en Vico, pag. 70 a 77 para, luego, tratar sobre Locke, Berkeley y Hume, pag. 77 a 82. Voltaire encabeza la historiografía de la “Ilustración”, parágrafo 9, pag. 82 a 91.

(24).-Ibid.

(25).-Ibid.pag. 34, 35 y 36.

(26).-Ibid.pag. 36.

(27).-Ibid.pag. 36.

(28).-Ibid.pag. 36.

(29).-Ibid.pag. 36.

(30).-Ibid.pag. 36.

(31).-Ibid.pag. 36.

La Tercera Parte de la obra citada se intitula “El umbral de la historia científica” y comprende: 1.- El romanticismo (pag. 92 a 94 de la edición castellana de “Idea de la historia”); 2.- Herder (pag. 94 a 98 de la ob. cit); 3.- Kant (pag. 98 a 109 de la ob. cit); 4.- Schiller (pag. 109 a 110 de la ob. cit); 5.- Fichte (pag. 110 a 115 de la ob. cit); 6.- Schelling (pag. 115 a 117 de la ob. cit.); 7.- Hegel (pag. 117 a 125). Es pedagógico citar algunos párrafos de Collingwood sobre Hegel que fué “La culminación del movimiento histórico que empezó con Herder en 1784. Cualquiera que lea la “Filosofía de la Historia” de Hegel, no podrá menos de considerarla una obra profundamente original y revolucionaria, donde la Historia aparece por primera vez, plenamente desarrollada, en el escenario del pensamiento filosófico”.

“Propone una nueva especie de historia que ha de llamarse filosofía de la historia (el propósito y la terminología databan de los tiempos de Voltaire); pero la filosofía de la historia no es para él una reflexión filosófica sobre la historia, sino la historia misma elevada a una potencia superior y vuelta filosófica en cuanto distinta de la meramente empírica, es decir, historia no simplemente comprobada como hechos sino comprendida por aprehensión de las razones por las cuales acontecieron los hechos como acontecieron. Esta historia filosófica sería una historia universal de la humanidad (aquí Hegel sigue a Herder) y mostraría un progreso desde los tiempos primitivos hasta la civilización de nuestros días”.

“La historia no culmina en una Utopía futura sino en el presente, no simplemente un proceso humano sino un proceso cósmico, un proceso en el cual el mundo llega a realizarse en auto-conciencia como espíritu (esto es Schelling). De esa manera, cada uno de los rasgos característicos de la filosofía de la historia en Hegel está sacado de sus predecesores, pero él ha combinado sus puntos de vista con extraordinaria habilidad en una teoría tan coherente y unificada que merece consideración aparte como conjunto”.

“La historia y la naturaleza son distintas, pero los procesos de la naturaleza no son históricos: la naturaleza no tiene historia. Los procesos de la naturaleza son cíclicos; la naturaleza gira interminablemente”.

“Cada amanecer, cada primavera, cada marea es como la anterior”.

“La naturaleza es un sistema de organismos superiores e inferiores”.

“Por el contrario, la historia nunca se repite; su movimiento no viaja en círculos sino en espirales, y las repeticiones aparentes siempre se diferencian por haber adquirido algo nuevo. Así las guerras reaparecen de tiempo en tiempo en la historia, pero cada nueva guerra es en algunos respectos una nueva especie de guerra”.

“Hay que conceder a Hegel el mérito de haber señalado una importante distinción; pero la señaló equivocadamente. Tiene razón al distinguir los procesos no-históricos de la naturaleza y los procesos históricos de la vida humana; pero se equivoca al reforzar esta distinción negando la doctrina de la evolución. Desde Darwin nos hemos visto obligados a aceptar esa doctrina y a concebir el proceso de la naturaleza como asemejándose al proceso de la historia”.

“Pero sigue siendo cierto que el proceso de la naturaleza es diferente al proceso de la historia —que, por ejemplo, la sucesión de periodos geológicos no es una verdadera sucesión histórica— porque es peculiar de la historia el que el historiador recree en su propia mente los pensamientos y motivos de los agentes cuyas acciones narra, y ninguna sucesión de acontecimientos será una



sucesión histórica a menos que consista en actos cuyos motivos, al menos en principio, puedan recrearse de esta suerte. La geología nos presenta una serie de acontecimientos; pero la historia no es historia a menos que nos presente una serie de actos”.

“En segundo lugar, toda la historia es la historia del pensamiento”.

“En tercer lugar, la fuerza que es el resorte principal del proceso histórico es la razón.... Lo que Hegel quiere decir con esto es que todo lo que sucede en la historia sucede por la voluntad del hombre, porque el proceso histórico consiste en acciones humanas; y la voluntad del hombre no es sino el pensamiento del hombre expresándose exteriormente en acción”.

“Sostiene Hegel que el hecho admitido de que la historia humana se muestre como una exhibición de pasiones no prueba que no esté controlada por la razón. Hegel piensa en la pasión, como la materia de que está hecha la historia; la historia es una exhibición de pasiones pero al mismo tiempo es una exhibición de razón, porque la razón utiliza la pasión misma a manera de instrumento para consumir sus fines”.

“Esta idea de la astucia de la razón, que engaña a las pasiones para utilizarlas como sus agentes, es una dificultad famosa en la teoría de Hegel”.

“Toda la historia es la historia del pensamiento y muestra el auto-desarrollo de la razón, el proceso histórico es, en el fondo, un proceso lógico”.

“La historia no es sino una especie de lógica, donde la relación de prioridad y posteridad lógica no es tanto reemplazada como enriquecida o consolidada al convertirse en una relación de prioridad y posteridad temporal. De ahí se desprende que los desarrollos que tienen lugar en la historia nunca son accidentales, son necesarios; y nuestro conocimiento de un proceso histórico no es simplemente empírico, es a priori”.

“Nada en la filosofía de Hegel ha suscitado más protestas y hostilidad que su idea de la historia como un proceso lógico desarrollado en el tiempo y de nuestro conocimiento de él como un a priori”.

“La historia consiste en acciones, y las acciones tienen un dentro y un fuera; por fuera son meros acontecimientos, relacionados en el espacio y el tiempo, pero no de otra manera; por dentro son pensamientos, ligados mutuamente por conexiones lógicas. Lo que Hegel hace es insistir en que el historiador debe trabajar primero empíricamente estudiando los documentos y otras pruebas históricas; sólo de esta manera puede establecer lo que son los hechos. Pero luego debe considerar los hechos desde adentro”.

“Esta contestación me parece que se aplica incluso al más serio y sistemático de los críticos de Hegel, es decir, Croce. Croce sostiene que toda la filosofía de la historia de Hegel es un colosal desatino”.

“Croce, no llega realmente al corazón del problema. Supone que al hablar de la historia no deberíamos emplear palabras como oposición o antagonismo, y síntesis o reconciliación”.

“Un quinto punto, por el cual Hegel ha sido acremente criticado, es su doctrina de que la historia no termina en el futuro sino en el presente”.

En esencia, la historiología de Collingwood parte de una “Introducción” en la que sostiene que *“Este libro es un ensayo sobre la filosofía de la historia. La denominación “filosofía de la historia” fue acuñada en el siglo XVIII por Voltaire quien solo quizo significar con ella la historia crítica o científica, un tipo de pensar histórico en el cual el historiador decidía por su cuenta en vez de repetir los relatos que encontraba en los viejos libros. Hegel y otros escritores del siglo XVIII emplearon esa misma denominación; pero le dieron un sentido diferente usándola para referirse pura y simplemente a la historia universal. Un tercer sentido de la denominación se encuentra en varios positivistas del siglo XIX para quienes la filosofía de la historia consistía en el descubrimiento de las leyes generales que gobiernan el curso de los acontecimientos”*.

*“El empleo que yo le doy al término “Filosofía de la Historia” difiere de los anteriores y para explicar que cosa entiendo por tal, diré primero algo acerca de mi modo de concebir la filosofía”*.

*“La filosofía es reflexiva. La mente filosofante nunca piensa simplemente acerca de un objeto sino que siempre piensa también acerca de su propio pensar en torno a ese objeto”*.

La Cuarta Parte del libro de Collingwood se intitula *“La historia científica”* y parte de la historiografía de Bradley planteada en su obra de 1874 intitulada *“The Presuppositions of Critical History”* cuya tesis fundamental es la de que *“el conocimiento histórico no es mera aceptación pasiva de testimonios, sino una interpretación crítica de ellos; que esta crítica supone un criterio; y que el criterio es algo que el historiador lleva consigo a su interpretación, es decir, que el criterio es el historiador mismo”*<sup>(22)</sup>.

II) Los sucesores de Bradley fueron en Oxford Cook Wilson y el realismo de Oxford; en Cambridge fue Bertrand Russell y el realismo de Cambridge.

*“Los otros escasos filósofos ingleses que han tratado el problema de la historia desde Bradley, no han contribuido con nada de valor en los últimos años. Bosanquet que estuvo estrechamente asociado con Bradley, trató la historia con manifiesto desprecio como una forma falsa del pensamiento tratándola como “la dudosa narración de acontecimientos sucesivos” (“The Principle of Individuality and Value”, pag. 79, Londres, 1912). Párrafos más adelante Collingwood se refiere a un libro de texto cuya autora es la señorita L. Susan Stebbing: “A Modern Introduction to Logic”, 2ª edición, Londres, 1933. Este libro contiene un capítulo sobre el método histórico que, en sustancia, se deriva de lo que Langlois y Seignobos exponen la forma pre-científica de la historia que yo denomino historia “de tijeras y engrudo”*.

<sup>(22)</sup>- COLLINGWOOD: Ob. cit., pag. 198.



Después de exponer la historiología de Toynbee (pag. 159 a 164) y la metodología de Windelband (pag. 164) la de Droysen (pag. 165), Rickert (pag. 167), Simmel (pag. 169), Dilthey (pag. 170 a 174) nos expone la sustentación de Eduard Meyer en su "Teoría y metodología de la historia" para, luego, tratar la historiología de Spengler, cuya obra "La decadencia de Occidente" es una doctrina de la historia que "es una sucesión de unidades autónomas individuales que denomina culturas", las que tienen un ciclo vital idéntico al de los organismos "Empieza con la barbarie de una sociedad primitiva; procede a desarrollar una organización política, artes y ciencias, etc., al principio de una manera rígida y arcaica, que después florece en su periodo clásico y luego se congela en decadencia y finalmente se hunde en un nuevo tipo de barbarie donde todo se comercializa y vulgariza, y ahí acaba su vida. Nada Nuevo emerge de esta condición decadente; esa cultura está muerta y su poder creador se ha gastado".

"El libro de Spengler está cargado de una gran masa de erudición histórica"<sup>(33)</sup>.

"Hay similitudes obvias entre Spengler y Toynbee. La diferencia principal es que en Spengler el aislamiento de las diversas culturas es tan completo como el de las mónadas leibnizianas".

"Para Toynbee estas relaciones, aunque externas, forman parte de la experiencia de las civilizaciones mismas. Para Toynbee algunas sociedades se afilien a otras, porque así se salvaguarda la continuidad de la historia. En la posición de Spengler ninguna afiliación es posible"<sup>(34)</sup>.

En el párrafo tercero de la Cuarta Parte se alude al espiritualismo de Ravaisson cuyo tema es el de que la vida espiritual es un mundo cuya realidad es su libertad. Felix Ravaisson (1813-1900) en su libro "Rapport sur la philosophie en France au XIX siècle", París, 1867 sostuvo que no solo hay un principio de causa eficiente que encadene una parte con otra, sino también un principio de teleología o causa final, que organice las partes en un todo. Esta es la concepción de Leibnitz de una síntesis de causas eficientes y finales. Pero hay un tercer término que es la vida cuya dimensión espiritual nos lleva a la filosofía de Bergson.

En Italia el pensamiento de Croce es fundamental para la comprensión de la historia. Según Croce "toda realidad es historia y todo conocimiento es conocimiento histórico". "Toda la historia es historia contemporánea". "La historia es, de esta suerte, el auto-conocimiento de la mente viva. Porque, aún cuando los acontecimientos que estudia el historiador ocurrieron en el pasado distante, la condición de su ser histórico es el de que tienen que "vibrar en la mente del historiador". Porque la historia no está contenida en libros ni en documentos, solo vive en la mente del historiador cuando este interpreta estos documentos y al hacerlo revive los hechos históricos. Se sigue de allí que la materia de la historia no es el pasado en cuanto tal, sino la vivencia de las pruebas históricas". Tal es el tema de la obra fundamental de Croce publicada en 1917, en Bari, con el título de "Teoría e Storia della Storiografia" y de su otro gran libro publicado en Bari en 1938 con el título de "La Storia come Pensiero e come Azione", publicado en español con el título "La historia como hazaña de la libertad", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944"<sup>(35)</sup>.

<sup>(33)</sup>.- COLLINGWOOD: Ob. cit., pag. 100.

<sup>(34)</sup>.-COLLINGWOOD: Ob. cit., pag. 101.

<sup>(35)</sup>.- Ob. cit., pag. 100.

El libro de Collingwood concluye en la Quinta Parte intitulada “Epilegómenos”. En esencia, sostiene nuestro autor en la página 271, en el párrafo cuarto que “La historia es una re-creación de la experiencia pasada”. **“Mi revisión histórica de la idea de la historia es la de que el historiador tiene que re-crear el pasado en su propia mente”** (pag. 272).

“Si suscitamos la pregunta ¿de qué puede haber conocimiento histórico?, la respuesta es: de aquello que puede re-crearse en la mente del historiador”<sup>(36)</sup>.

“El conocimiento histórico tiene, pues, como su objeto propio, el pensamiento: no cosas acerca de las cuales se piensa, sino el acto de pensar mismo”<sup>(37)</sup>.

“La peculiaridad del pensamiento es, pues, que no es mera conciencia sino auto-conciencia”<sup>(38)</sup>.

“El pensamiento histórico es reflexión”<sup>(39)</sup>.

“En mi bosquejo histórico de la idea de la historia he tratado de hacer ver cómo la historia ha escapado al fin de la condición de pupila de las ciencias naturales”<sup>(40)</sup>.

En suma, para Collingwood “el progreso como creación es la esencia del pensar histórico” (párrafo 7, pág. 307 a 319 de la ob. cit).

---

(\*).- Ob. cit, párrafo 7, pag. 307.

(<sup>1</sup>).- Ob. cit, párrafo 5, pag. 291.

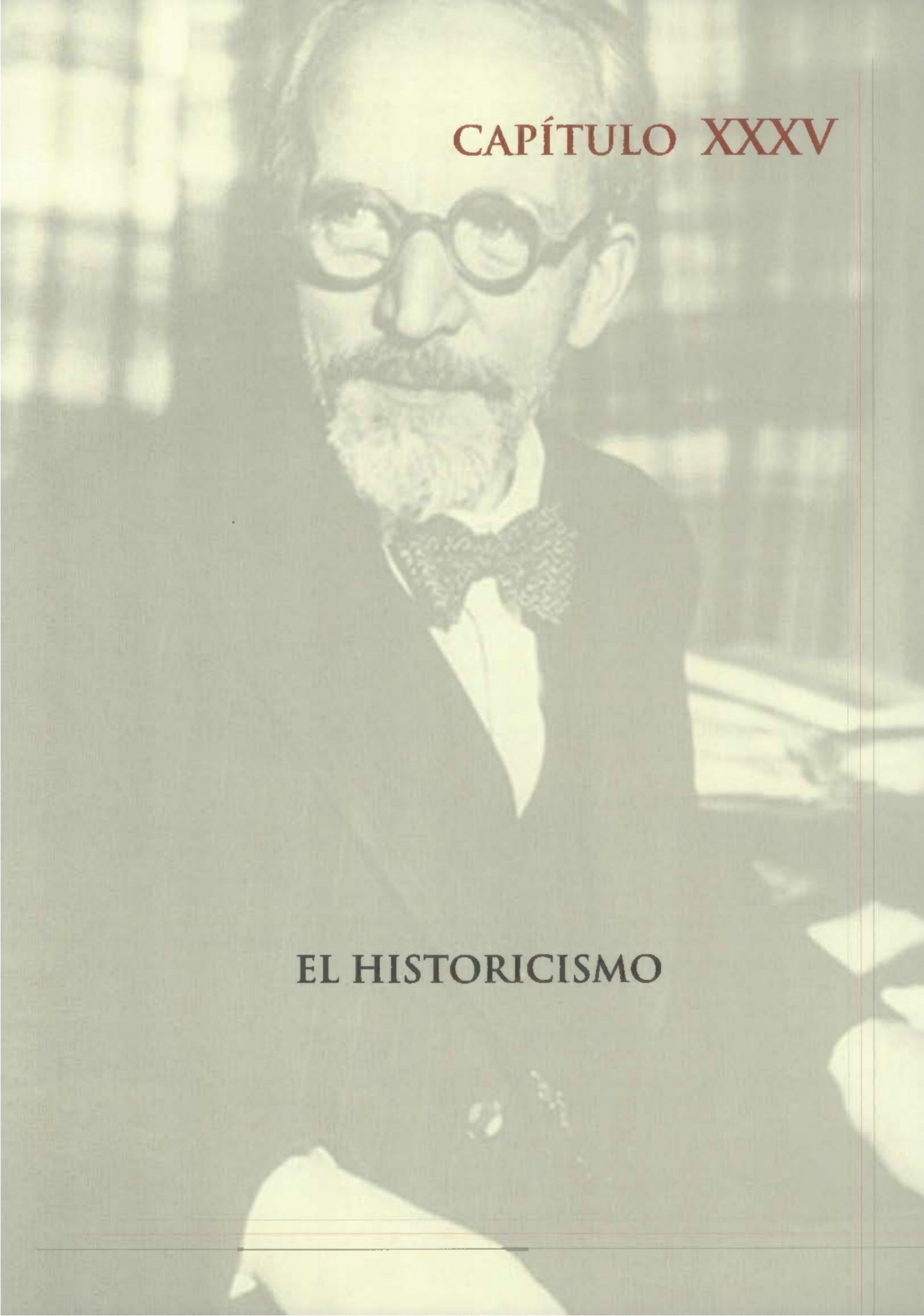
(<sup>2</sup>).- Ob. cit, párrafo 7, pag. 307.

(<sup>3</sup>).- Ob. cit, pag. 294.

(<sup>4</sup>).- Ob. cit, pag. 301.







CAPÍTULO XXXV

EL HISTORICISMO



## CAPÍTULO XXXV

# EL HISTORICISMO

### LA OTRA GRAN DIMENSIÓN DE LA HISTORIA, CONJUNTAMENTE CON LA HISTORIOLOGÍA Y LA HISTORIOGRAFÍA ES EL HISTORICISMO

Dice Friedrich Meinecke en la “Advertencia Preliminar” a su libro clave “El historicismo y su génesis”:

“La aparición del historicismo fue una de las revoluciones espirituales más grandes acaecidas en el pensar de los pueblos de Occidente”. Y añade “la palabra historicismo... es reciente, un siglo exactamente más nueva de lo que bajo ella comprendemos, y muy pronto adquirió un sentido censurable, bien por exageración, bien por degeneración de su sentido corriente. Fue empleada por primera vez, en su justo sentido, en el libro de **Karl Werner** (1821-1888) sobre Vico, publicado en 1879, al hablar del “historicismo filosófico de Vico”. Luego, fue Carlos Menger quien la empleó en su libro polémico contra Schmoller “Los errores del historicismo en la economía nacional alemana” (*Die Irrtümer des Historismus in der deutschen Nationalökonomie*), 1884. Menger identificaba estos errores con la exagerada valoración de la historia, de la que culpó a Schmoller. Quien aspire a más datos sobre la historia de esta palabra debe consultar el libro de Carlos Heussi “La crisis del historicismo” (*Die Krisis des Historismus*), 1932. Con ello aconteció que, precisamente, por la inexactitud con que fue usada esta palabra en un principio por una mayoría de estudiosos, se despertó la conciencia de que, tras sus excesos y flaquezas, se escondía un fenómeno de la historia del espíritu grande y poderoso que requería un nombre y todavía no lo tenía”.<sup>(1)</sup>

“En el año de 1897, **Ernst Troeltsch** se lamentaba todavía de que en la ciencia hubiera surgido un “historicismo” cuyo problema se inspiraba en comprender la realidad, no en recrearla (*Obras*, 4, 374). En el año de 1922, poco antes de su muerte, publicó su gran obra sobre el historicismo y sus problemas, en la que, a la crítica concienzuda sobre sus flaquezas, se unía una fundamentación profunda de su inmanente necesidad y fecundidad”.<sup>(2)</sup>

“Ante todo, **historicismo** no es más que la aplicación a la vida histórica de los nuevos principios vitales descubiertos por el gran movimiento alemán que va desde Leibniz a la muerte de Goethe”.<sup>(3)</sup>

(1).- FRIEDRICH MEINECKE: “El historicismo y su génesis”, “Advertencia Preliminar”, p. 1, Fondo de Cultura, México, 1981.

(2).- FRIEDRICH MEINECKE: ob. cit., p. 12.

(3).- FRIEDRICH MEINECKE: ob. cit., p. 12.



“La médula del historicismo radica en la sustitución de una consideración generalizadora de las fuerzas humanas históricas por una consideración individualizadora. Esto no quiere decir que el historicismo excluya en general la busca de regularidades y tipos universales de la vida humana. Necesita emplearlas y fundirlas con su sentido por lo individual... Por eso despertó un nuevo sentido”.<sup>(\*)</sup>

El historicismo es, pues, un neologismo alemán, es un capítulo de la historia de la filosofía que surgió en Alemania, con Karl Werner y Ernst Troeltsch (nacido en Augsburg el 17 de febrero de 1865, muerto en Berlín el 1º de febrero de 1923). El tema lo planteó en su obra “Der Historismus und seine Überwindung”, Berlín, 1924. Friedrich Meinecke (30 de octubre de 1862 - 6 de febrero de 1954), continuó el desarrollo de este tema que fluye raudamente de la filosofía de Dilthey, de Croce, de Collingwood y del pensamiento de nuestro gran maestro **Mariano Iberico**, quien después de regentar la cátedra de Filosofía llegó a ser Rector de nuestra Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Cfr., retro, tomo I, pp. 393 a 435, especialmente, p. 417 y *passim*).

---

(\*).- FRIEDRICH MEINECKE: ob. cit., p. 12.



**CAPÍTULO XXXVI**

**EL HISTORICISMO DE DILTHEY**



## CAPÍTULO XXXVI

### EL HISTORICISMO DE DILTHEY



**WILHELM DILTHEY** nació en Briebrich, en la Renania, el 19 de noviembre de 1833 y murió en Bolzano el 1º de octubre de 1911. Fue profesor en las Universidades de Kiel, Basilea, Breslau y Berlín. El carácter fragmentario de su obra hace difícil articularla en un sistema nítido y definido; pero, luego de años de leerlo, puedo afirmar que en síntesis, el pensamiento de Dilthey se resume en su tesis: “Lo que el hombre es, lo experimenta sólo a través de la historia” (“Was der Mensch sei, erfährt er nur durch die Geschichte”).

La filosofía de Dilthey pretende fundamentar a la luz de la gnoseología o teoría del Conocimiento, de la Lógica y de la Metodología la naturaleza científica de la Historia y del Derecho entendidas como ciencias del espíritu.<sup>(1)</sup>

Para interpretar correctamente a Dilthey hay que hacerlo históricamente, de acuerdo con su propia concepción y metodología.

Dilthey sostiene su posición historicista diciéndonos que el filósofo tiene que ser al mismo tiempo historiador. Sólo así se puede comprender la vida que es esencialmente historia. La vida es, esencialmente, historia. La vida es un continuo irse haciendo una elaboración constante en la que el presente se esfuma hacia el pasado.

*Según Dilthey, la comprensión de la vida implica, previamente, el comprender la historia, puesto que, nosotros mismos somos entes históricos. El hombre, dice Dilthey, es aquél ente que comprende la historia, pues en sus vivencias se realiza la formación del mundo histórico. La condición de la posibilidad de las ciencias históricas reside en el hecho de que nosotros como hombres somos al mismo tiempo entes históricos. El que investiga la historia es el mismo que la hace, dice Dilthey.*

(1).- En lo que sigue, reproducimos, textualmente mi libro “Introducción a la Filosofía”, pp. 27 a 37, Chiclayo, 1998.



Así, pues, el mundo histórico se forma a través de las vivencias de los procesos intelectivos del sujeto que comprende la historia y que se encuentra envuelto en la trama de los procesos de la historia universal. A las vivencias fundamentales de este sujeto permanece el vivir en comunidad con otros sujetos. De allí que comprender a otro hombre significa para Dilthey encontrar el yo en el tú”.

La vida es, pues para Dilthey historia y en este sentido implica un fenómeno de intercomprensión mutua entre los entes históricos que son los hombres, sujetos y a la vez objetos de la Filosofía.

**La Weltanschauung.**- Palabra alemana que se traduce al castellano en el sentido de “cosmovisión” o imagen del mundo o concepción del mundo. Está formada por las palabras Welt que significa mundo, universo, orbe, cosmos, y Anschauungs (o bien, su derivado Anschauungen) que significa contemplación, intuición, modo de ver. De modo que, en lo sucesivo, cuando hablemos de “Weltanschauung” o de su plural, “Weltanschauungen” ya sabemos que nos referimos a una determinada concepción del mundo” o “cosmovisión”. Es la palabra técnica con la que se designa este concepto.

**Dilthey y su Weltanschauung.**- En su “Teoría de la concepción del mundo” (Weltanschauungslehre. Voll. VII de su Obras Completas) Dilthey sostiene que “la raíz última de la concepción del mundo es la vida”. Tenemos experiencia de la vida y nos acicatean sus enigmas (la generación, el nacimiento, la muerte); pero ante la totalidad del mundo y de la vida caben diferentes posturas dependientes del temple vital” del sujeto optimismo y pesimismo, pongamos por caso, son ejemplos de actitudes primigenias, temperamentales ante la vida en palabras de Dilthey temples vitales. Estos temples vitales son los que determinan el sentido de una concepción del mundo. Para interpretar cabalmente a estas Weltanschauungen hay que adoptar una posición histórica ante la vida. Esta concepción historicista ante la vida es, en esencia, la base fundamental de la filosofía diltheyana. De allí que nosotros decimos que su Weltanschauung está cargada de historicidad.

En cuanto al Derecho, para Dilthey es historia y es comprensión de la vida misma. En ello radica la esencia de la “Rechtswissenschaft”, o ciencia histórica del Derecho “cuya comprensión no es un conocimiento de tipo Psicológico sino una configuración espiritual que posee su propia estructura”. “En esto se basa la ciencia jurídica tanto para interpretar un pasaje del Corpus iuris como para conocer el Derecho romano o comparar distintos sistemas jurídicos. Su objeto, pues, no coincide con los hechos y acontecimientos externos por los cuales y en los cuales se refleja el derecho. Sólo en la medida en que esos estados de cosas realizan el Derecho son objeto de la ciencia jurídica. La captura del delincuente, las enfermedades de los testigos o el aparato de la ejecución pertenecen, como tales, a la patología o a la ciencia técnica”. (2)

En conclusión, la filosofía de Dilthey pretende fundamentar la naturaleza científica de la historia a la luz de la “Crítica de la Razón Pura” kantiana mediante una investigación y fundamentación trascendental de la experiencia histórica y de su sistematización en las ciencias del espíritu que Kant había omitido en su filosofía.

(2).- WILHELM DILTHEY: “Crítica de la razón histórica”, p. 20, ediciones Península, Barcelona, 1988.

Así, pues, Dilthey escribe su “Introducción a las ciencias del espíritu” con la intención de plantear una crítica de la razón histórica.

El primer volumen de esta obra fundamental lleva como subtítulo programático “En la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia”.<sup>(3)</sup>

La filosofía de Dilthey ha influido, sobre todo, en las concepciones historicistas de la vida, de la cultura y de la filosofía de la historia a tal punto que, después de Dilthey nadie podrá -sea que lo afirme o que lo niegue- hacer filosofía a espaldas de la “conciencia histórica”.

Las influencias historicistas de Dilthey han sido desenvueltas por una serie de discípulos directos e indirectos. Entre los primeros destacan Ernest Troeltsch, Eduardo Spranger, Erich Rothacker, Hans Freyer, Bernard Groethuysen, Theodor Litt, y Hermann Nohl, entre otros; entre los segundos destacan José Ortega Y Gasset, Mariano Ibérico, Francisco Miró Quesada Cantuarias, Julián Marías, Eugenio Ymaz, Samuel Ramos, David Sobrevilla, Silva Vallejo y en cierta forma, Oswald Spengler, Arnold J. Toynbee, Pitirim Sorokim y R. G. Collingwood.



---

(3).- Versión nuevamente revisada, prólogo, epílogo y notas de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México 1996.





# CAPÍTULO XXXVII

## EL HISTORICISMO DE CROCE





## CAPÍTULO XXXVII

### EL HISTORICISMO DE CROCE



BENEDETTO CROCE nació en Pescasseroli (L'Aquila) el 25 de febrero de 1866 y murió en Nápoles el 20 de noviembre de 1952. Su vida fue la de un intelectual forjado en la casa de Silvio Spaventa en la que todo se inspiraba en la filosofía de Hegel y en la historiología de Vico. Así surgió en 1893 su estudio "La storia ridotta sotto il concetto generale dell'arte". Amigo de Giovanni Gentile con quien colaboró en la revista "La crítica" y, luego, político desengañado del fascismo al advertir su carácter totalitario y despótico y al comprobar el asesinato de Matteotti por los fascistas, se dedicó de lleno a la filosofía, escribiendo "Filosofía dello Spirito", cuyo cuarto volumen lo dedica, en 1917, a la "Teoría e storia della storiografia", Bari, 1917.

*En este libro Croce contrapone la historia a la crónica, como lo vivo con respecto a lo muerto. La historia vive por el interés que suscita el documento y, por esto, siempre es historia contemporánea mientras que la crónica es una mera recopilación de datos con finalidad meramente práctica: "pseudo historias filológicas con la mera acumulación de datos eruditos" o "pseudo historias poéticas que expresan sentimientos más que pensamientos".*

La verdadera historia es la historia de lo universal. El historiador debe valorar todos los hechos, porque, todos los hechos son históricos.

"La Filosofía es el momento metodológico de la Historia" ("La storia come pensiero e come azione", pag. 136, Bari, 1938).

“Frente al pasado hay que conocer y juzgar (no en el sentido de un Tribunal que absuelve o que condena) sino en el sentido de que no se pueden exponer los hechos sin calificarlos”.(1)

“El concepto de la filosofía como historicismo absoluto” se plantea por Croce en “Il Carattere della Filosofia Moderna”, Bari, 1941.

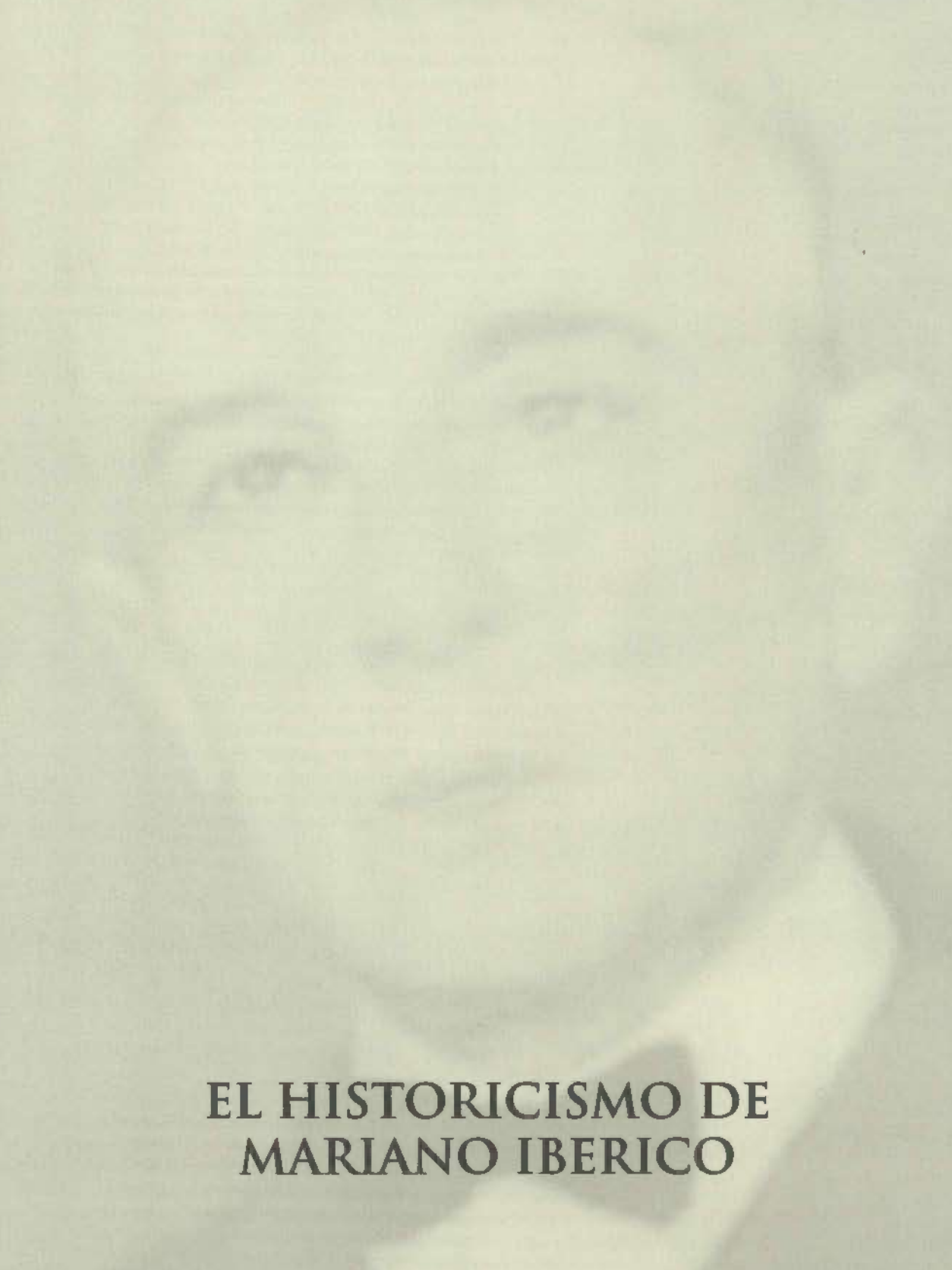
Así, pues, el historicismo de Croce lo lleva, en conclusión, a asumir la tesis de que “el filósofo no puede filosofar sino es haciendo labor de historiador”, como se evidencia en “Filosofia e Storiografia”, Bari, 1949 y en “Storiografia e idealità morale”, Bari, 1950.

---

---

(1) BENEDETTO CROCE: ob. cit., en Obras Completas, 7<sup>o</sup>, p. 11.

## CAPÍTULO XXXVIII

A large, faded, sepia-toned portrait of a man with a beard and mustache, wearing a suit and tie, is centered on the page. The portrait is the background for the text.

**EL HISTORICISMO DE  
MARIANO IBERICO**





## CAPÍTULO XXXVIII

### EL HISTORICISMO DE MARIANO IBERICO



Mariano Iberico Rodríguez nació en Cajamarca el 11 de abril de 1892 y murió en Lima el 4 de julio de 1974. Ha sido uno de los más brillantes profesores de Filosofía de la Universidad de San Marcos en la que llegó a ser Rector de 1952 a 1955, cultivando asimismo, la magistratura como Vocal de la Corte Superior de Lima y la enseñanza de la Historia en la Escuela Militar de Chorrillos y en la Escuela Superior de Guerra.

Tuve el honor, la emoción intelectual, la vivencia estética y el privilegio universitario de escuchar sus grandes clases; y me quedé con la impresión de que estaba escuchando a un gran poeta inmerso en una profunda reflexión sobre los filósofos contemporáneos, o en una genial clase de Estética o de Lógica Jurídica o sobre el poema de Parménides, las aporías de Zenón de Elea, la muerte de Sócrates, y sus geniales interpretaciones del “Eutifrón”, del “Critón”, del “Fedón”, de la “La República”, de la “Apología” de Sócrates y de la “Metafísica” de Aristóteles, clases de Filosofía que eran y seguirán siendo toda una evocación en mis recuerdos de uno de los más grandes profesores universitarios que he escuchado.... Oigámoslo dar cuenta de un tema magistral en su poema intitulado “Heraclito el oscuro”:

Oh tú vetusta Efeso a la orilla del Jónico,  
Heráclito el oscuro bajo tu sol vivía  
y sus palabras eran de un resonar armónico  
a pesar de que en ellas sólo enigmas decía

Pensador milagroso del fuego metafísico,  
y de la ley divina que informa el devenir  
Pensador milagroso Heráclito el magnífico  
sabio, profeta, mago del vivir y el morir.  
Cuando en las noches tibias del verano contem-  
plo el fluir de la vida con su bien y su mal  
pienso que tú, Efesio, allá en el blanco templo

Pedirás con vehemencia al liróforo Orfeo  
que te trasmita al fin el secreto fatal  
para pasar sin vuelta las aguas del Leteo.(<sup>1</sup>)

Francisco Miró Quesada Cantuarias - que fue su discípulo más brillante - nos ha dicho algo semejante al evocarlo en la página 24 del “Homenaje a Mariano Iberico”, impreso por la Universidad de San Marcos, Lima, 1973:

*“Su voz dorada llenaba la clase, no con palabras retumbantes sino con rítmicas modulaciones poéticas. Era como si una suave corriente marina arrastrara nuestro barco sin esfuerzo hacia nuevos derroteros. El silencio del auditorio era absoluto. Era imposible no escucharlo. Hablaba por inspiración a pesar de que nos comunicaba conocimientos.*

(<sup>1</sup>): MARIANO IBERICO: “Poemas”. Lluvia, editores, Instituto de Cultura de Cajamarca, 1973, publicación inédita del maestro que aparece gracias al esfuerzo de Fernando Silva Santisteban.

*Nunca había escuchado ni visto algo semejante: comunicar la ciencia por medio de la poesía. Parménides, Empédocles, los presocráticos, y luego Platón. Cuando abordamos al más grande de los filósofos, el curso llegó a alturas zenitales. El mundo increíble de Platón se desplegó ante nosotros como una sinfonía de ideas. La crítica de los sofistas, la crítica del conocimiento sensible, la ascensión al mundo de los eidos, la mimesis, la metaxis. La alegoría de la caverna, el transcurrir de las sombras, el trabajoso camino hacia la luz, el deslumbramiento del gran mediodía, cuando refulge la verdad, la liberación final. Y así, día tras día, avanzábamos por un sendero de maravilla, envueltos en ideas y en poesía, ebrios de forma, asombrados por el fondo que se revelaba, abismático. Un curso sin nubes, sin oscuridades, en el que se vivía plenamente la aventura del filosofar y se bebía con avidez la diáfana revelación de un mundo de belleza deslumbrante y de profundidad insondable. Era imposible pasar por el curso de Mariano Iberico sin recibir una influencia definitiva. Sobre todo si se escuchaba al maestro en la edad de las primeras vocaciones.....”*

Su pensamiento estuvo orientado, desde su tesis doctoral por la filosofía de Bergson a la que “la sutil y penetrante mentalidad de Iberico se hallaba apercibida para comprender y sentir el prodigioso sistema del gran pensador francés...” como dijo Victor Andrés Belaunde en el Prólogo a su gran tesis doctoral: (1) “Iberico Rodríguez ha experimentado la seducción imponderable de esta filosofía en que las más profundas ideas se traducen en vivientes imágenes, y que tiene la atracción de los pensamientos fecundos y el encanto envolvente de la forma y del estilo”.(2)

El mismo Henri Bergson en carta fechada el 21 de Julio de 1917 dijo que “il me semble, autant que j’en puis juger, que vous êtes arrivé a donner de la doctrine un exposé non seulement exact, mais encore vivant”. (3)

Tengo a la vista el original de su tesis doctoral intitulada “**La Filosofía de Enrique Bergson**” publicada por San Marti y Cía, Imprenta y Librería de San Pedro, Lima, 1916; reeditada por la Biblioteca del Mercurio Peruano, con el nombre de “**Una Filosofía Estética**”, San Marti y Cía impresores, Lima, 1920, en la que, en su Prefacio, Mariano Iberico nos dice que “este libro contiene tres ensayos animados por una inspiración progresiva.....” “La actividad estética aparece de esta suerte, como una dilatación indefinida del yo o como una contracción de la realidad entera en el seno de aquél. La conciencia es de tal manera el centro de la agitación universal; de ella parten y a ella vuelven todas las existencias y su luz suscita en el seno insondable del misterio, las visiones innumerables de la realidad”.(4)

Dice Mariano Iberico iniciando su tesis doctoral: “Nadie discute ya que el pensamiento contemporáneo se orienta de un modo incontenible hacia la profundización de las disciplinas del espíritu. En esta gran corriente, que impregna de su idealidad todas las formas de la cultura, es fácil notar que la importancia que toma el valor de la libertad como característica esencial de la conciencia y de la evolución. Pero este esfuerzo implica la tendencia a independizar la especulación de los marcos que proporciona una ciencia totalmente mecánica, excluyendo de toda espontaneidad, por lo tanto, de toda vida. Se trata precisamente de vivir, de dar un valor y un significado a las exigencias superiores del espíritu, más para ello es menester sobrepasar la ciencia” (...).(5)

(1).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “La filosofía de Enrique Bergson” Tesis para el Doctorado en Letras, Prólogo de Victor Andrés Belaunde, p. 1, Lima, Sanmartí y Cía., 1916.

(2).- VICTOR ANDRÉS BELAUNDE, Prólogo, p. II de la obra citada.

(3).- CARTA DE HENRI BERGSON, fechada en París, en “Rue d’Erlanger, el 21 juillet de 1917”, publicada en la p. XI de “Una Filosofía Estética” por Mariano Iberico Rodríguez, Sanmartí y Cía - Impresores, Lima, 1920.

(4).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “Una Filosofía Estética”, Prefacio en la edición citada.

(5).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “Una Filosofía Estética”, ed. cit., p. 1.



“Bergson es el gran representante de esta aspiración que agita el pensamiento de la hora presente. Por la fecundidad de sus intuiciones, por la originalidad de su genio, por la brillantez extraordinaria de su estilo animado y viviente, como la evolución cuyo proceso desenvuelve, la cultura actual le deberá más de un valor fundamental, más de una impulsión generosa hacia el verdadero idealismo que, según la elegante expresión de nuestro filósofo, «es la única forma de ponerse en contacto con la realidad».

“Así, esta filosofía profunda y generosa viene a impulsar los anhelos superiores del espíritu que, exasperado en el frío formulismo que puede aprisionar la materialidad de nuestro ser, pero nunca la ansiedad inconmesurable de nuestra vida interior, busca una fuente más pura de la vida y de la acción. Filosofía esencialmente valoradora viene a decir que en medio a los documentos de una enorme elaboración científica que tiende a erigir con más y más confianza un raciocinio material en criterio último de certeza, se yergue legítimamente el sentimiento, inspirador inagotable de toda creencia y de toda fé. Inclinationes y tendencias que hacen la historia y que mantienen siempre alerta el sentido de la realidad contra los peligros escépticos o dogmáticos de una cultura exclusivamente intelectual”.

“Para estudiar la filosofía de Bergson es necesario libertarse de la serie de prejuicios derivados de la constitución y del destino de la inteligencia, que vician la concepción del universo y que sitúan todos los problemas fundamentales de la filosofía, en un terreno en el que son evidentemente irresolubles. Desarrollada con el objeto de asegurar al ser humano una creciente acción sobre la materia, la inteligencia ha tomado algo de la estabilidad y de la inercia mecánica de aquella, condiciones que traducen las ciencias perfectamente al pretender explicar la evolución por leyes inmutables y reducir a un mecanismo necesario el proceso creador de la vida”.(7)

La filosofía de Bergson inspiró, pues, el pensamiento de Mariano Iberico. Ahora bien; el pensamiento del ilustre profesor de San Marcos es un pensamiento estético, pleno de inspiración y poesía. Por ello, “La intuición estética” es el otro gran estudio del maestro que forma parte conjuntamente con “La filosofía de Bergson” de su áureo libro “Una Filosofía Estética”. Y dice así:

“Definir! He ahí una extraña necesidad del espíritu. Buscar lo que las cosas no son para saber lo que son. Investigar lo que una realidad ha sido antes de ser lo que es”.(8)

“El espíritu es todo; el único enigma y la única clave. El conjunto de visiones de sentimientos y de impulsos que constituyen la realidad estética y que se ofrecen en el arte, en la naturaleza y en la vida más íntima y más inexpresable no pueden recibir una explicación fuera del espíritu mismo. Más sí, como dicen los lógicos “explicar es deducir”, la palabra está mal empleada y debemos reemplazarla por otra que signifique intuición, comprensión integral, indecible, como la propia naturaleza espiritual”.(9)

(7).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: ob. cit., p. 12.

(8).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “El problema estético”, en el volumen «Una Filosofía Estética», edición citada, p. 117.

(9).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “El problema estético”, en el volumen “Una Filosofía Estética”, edición citada, p. 118.

“La poesía es como el asombro del espíritu ante su propia vida. Sentirse vivir, sentirse amar, sentirse sufrir, sentirse feliz; he ahí la poesía. Ser poeta es tener una emoción siempre fresca para las inagotables contribuciones de la existencia. Es tener una alma trémula e ingenua, capaz de decir lo que siente con la candorosa semi-inconsciencia de un niño”. (10)

“La poesía hace decir a la palabra algo que la palabra no está hecha para expresar, y lo consigue mediante procedimientos musicales. Mas ya hemos dicho que toda contemplación es un movimiento. Lo cual equivale a decir que es como una danza interior. Para adaptarnos al contorno de las figuras plásticas, al vaivén de la inspiración poética o musical, debemos efectuar una íntima evolución rítmica. Debemos, en una palabra, danzar, ser los inconscientes bailarinas de una música profunda”.(11)

Pero, además, el pensamiento de Iberico se nutrió de las doctrinas filosóficas de Dilthey, Croce, Heidegger y Klages y de la poesía de Rilke, Mallarmé y Vallejo.

“L’style c’est l’home même”; y este es el estilo luminoso del inmortal maestro de San Marcos en su estudio sobre **“El sentido del tiempo en la poesía de Cesar Vallejo”**:

Esta investigación nos permite “una iluminación en la tremenda problemática del tiempo, una viva intuición en la hondura más auténtica de la realidad poética, toda vez que el tiempo, como estructura esencial de la Ontología humana, está en la base, en la raíz, de toda obra del hombre y, por ende, de la poesía...”

“Doble interés metafísico y estético que se acentúa cuando se trata de la obra de Cesar Vallejo, poeta genial cuya vivencia llega a niveles de una sorprendente profundidad y cuyo lenguaje en su desconcertante libertad, encierra extraordinarios poderes de conmoción anímica...”

“...La obra poética de Vallejo... (es)... Una vasta y compleja sinfonía, llena de grandes acordes y de agudas y desgarradoras disonancias que son como fisuras en la continuidad de la emoción...”

**Iberico nos habla del tiempo de la derelicción en la poesía de Vallejo.** (Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “Derelinquir” es “abandonar, desamparar”; derelicción es, pues, abandono, desamparo). En la filosofía de Iberico el tiempo de la derelicción es todo lo contrario del tiempo pasado, maternal e infantil.

“Los poemas en que Vallejo evoca este tiempo maternal están llenos de delicado lirismo, de honda y nostálgica emoción. Algunos como la poesía LXV de “Trilce” en que llama a la madre “muerta inmortal”, son sencillamente admirables”.

(10).-MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “El problema estético”, en el volumen “Una Filosofía Estética”, edición citada, p. 106.

(11).- Ibid. ob. y loc. cit.

Contrario sensu, Iberico llama “tiempo de la derelicción” a aquellos otros momentos en que “el poeta, desprendido de la matriz que lo abrigaba y lo nutria, cae en el desamparo en que, solo, abandonado, huerfano, tendrá que afrontar los “golpes”, las injustas agresiones del destino, de la vida:

“Dos son, a mi entender, las características de este tiempo de la derelicción: el esperar sin esperanza y el sentimiento de la muerte, la cual no es únicamente el término final de la vida, sino algo contemporáneo, inserto, como una oscura palpitación, en el propio devenir del ser humano”.

La analítica del tiempo en la poesía de Vallejo nos lleva a una exégesis en la filosofía de Iberico en el que **“la superposición de planos de tiempo, nos muestra la estructura vertical del tiempo, la misma que Bachelard considera como una dimensión del espíritu. Pero existe también un aspecto lineal, horizontal del tiempo, aquel en que se sitúan por orden sus distintas regiones: pasado, presente, futuro. En esa perspectiva horizontal a que el poeta alude en su poema “Yeso” de los Heraldos Negros, encontramos también expresiones de una temporalidad compleja, no euclidiana, constituida por fenómenos de interversión en que el recuerdo es esperado como si perteneciera al futuro (Poemas Humanos), en que se dice con evidente contradicción lógica “en cuanto sea tarde, temprano” en fin, expresiones en que el futuro aparece inserto literalmente en el pasado como la que se contiene en estos versos premonitorios:**

<p>Me moriré en París con aguacero un día del cual tengo ya el recuerdo.</p>	<p>Le pegaban todos sin que él les haga nada le daban duro con un palo y duro también con una soga, son testigos los días jueves y los huesos húmeros la soledad, la lluvia, los caminos.</p>
--	---

(Poemas Humanos)

En Trilce (VI) leemos:

El traje que vestí mañana

Versos... que el pasado retrocede de su dirección natural y se instala en el futuro o que el futuro avanza tanto que llega a convertirse en pasado”... “estas transposiciones derivan directamente de una vivencia real del poeta”... “nuestro estudio versa justamente sobre el sentido del tiempo en la poesía de Vallejo”... “porque toda expresión poética, cuando es verdaderamente interna, a alguna experiencia anímica, tal vez oscura o confusa que sólo la poesía puede revelar”.  
(<sup>12</sup>)

En mi opinión el pensamiento filosófico de Mariano Iberico constituye, en esencia, un pensamiento estético de la temporalidad, a diferencia de otras reflexiones que pueden ser consideradas como un pensamiento fenomenológico de la temporalidad, tal el caso de la ontología fundamental de Heidegger, o la reflexión psicológica del tiempo, que es la de Bergson y la del mismo Iberico, o la reflexión física del tiempo, que es la de Einstein o la de Stephen Hawking, o la reflexión historiológica del tiempo, que es la de Spengler, la de Toynbee, Ortega o Raymond Aron, o la reflexión política del tiempo, que es la de Víctor Raúl Haya de la Torre, o la reflexión jurídica del tiempo, que es la que yo mismo he propuesto en la teoría pluridimensional del Derecho, etc.



En otro de sus admirables libros intitulado *“Perspectivas sobre el tema del tiempo”*, editado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1958, sostiene, el maestro, en su Introducción que *“Los antiguos consagraban la primacía de la eternidad; los modernos proclaman el primado del tiempo. Pero ni los antiguos pueden prescindir del tiempo, ni los modernos de lo eterno, y así la mística, la filosofía y la poesía se nos ofrecen en todas las épocas como una suerte de tensión entre las dos grandes formas o direcciones del anhelo espiritual: el Eros del retorno que consagrando la suprema excelencia de lo eterno quiesciera abolir el tiempo, y el Eros del viaje que postulando la hondura ontológica del tiempo, se delecta en las cambiantes perspectivas del tránsito o se exalta ante la incierta posibilidad de la aventura. Los místicos hablarían de la subida y del éxodo o quizá del círculo temporal y eterno que prescribe a todo retorno la partida y a todo viaje el retorno. La identificación de lo eterno con lo perfecto y su institución como fundamento ontológico y fin supremo del anhelo espiritual, constituyen el motivo dominante en las doctrinas de la metafísica griega<sup>(13)</sup>, en el pensamiento de Leibnitz<sup>(14)</sup> y en la filosofía de Bergson<sup>(15)</sup>. Pero es también el tiempo en la mentalidad de Don Quijote<sup>(16)</sup>, en el mito de la Atlántida y el sentimiento del pasado (Homenaje al doctor Honorio Delgado)<sup>(17)</sup> en la poesía de Jorge Manrique, “el poeta de la añoranza”<sup>(18)</sup>, de Mallarmé, “en cuya extraña arquitectura se contiene la más sutil metafísica”<sup>(19)</sup> y en la poesía de Rilke, cuya metafísica del canto en los sonetos a Orfeo constituye una “idea de la vocación del ser hacia el aparecer, confirma la doctrina de que todo ser aparece, de que todo ser está hecho para la contemplación y de que así, en el fondo, todo cuanto existe aspira a la transfiguración poética”<sup>(20)</sup>.*

**“El espacio humano”** constituye otro de los hermosos libros del maestro Iberico editado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 14 de abril de 1969.

En el Prólogo nos dice que *“las expresiones o las realizaciones más profundas o más elevadas de la vida humana no se cumplen precisamente en el tiempo que es fugaz, incierto y que acaba finalmente en la muerte, sino en un espacio espiritual que es perenne y que posee una ontología exenta de toda impureza. Por todo lo cual este libro aspira a mostrar, dentro de mis limitados alcances más que la temporalidad del alma, que es un incesante aparecer y desaparecer, su espacialidad, que es perennidad, lejanía, vuelo. Añadiré que no ignoro la existencia de una problemática concerniente a la relación entre el espacio y el tiempo. Yo he preferido, empero, concederle cierta autonomía. Lo he hecho así por razones de claridad en el análisis y en la exposición y en la idea de que esta forma de tratamiento facilitará, alguna vez, el estudio conjunto, unitario y orgánico de estas formas de la sensibilidad, tiempo, espacio, que algunos autores pretenden fundir o mezclar en un mixto sin consistencia alguna ni en la psicología ni en la metafísica”*.

(13).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “El sentido del tiempo en la poesía de Cesar Vallejo”, luminoso estudio en el volumen “La aparición histórica. Ensayos y notas sobre los temas de la historia y el tiempo”, p. 100 y passim; Universidad de San Marcos, Lima, 1991.

(14).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “Perspectivas sobre el tema del tiempo”, Introducción, p. 6, sobre la metafísica griega: pag. 14: “Todo el drama de la metafísica griega puede resumirse en el contraste y en la Indisoluble unión entre la inmovilidad y el movimiento. Los eleáticos quieren alcanzar el ser eliminando el movimiento y la multiplicidad. Heráclito quiere alcanzar el devenir eliminando toda inmovilidad”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1998.

(15).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “La ética leibniziana y el problema de la libertad”, en “Perspectivas sobre el tema del tiempo”, cit. p. 47 y ss.

(16).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “La vida y el tiempo en la filosofía de Bergson”, en “Perspectivas sobre el tema del tiempo”, cit., pp. 81 a 82.

(17).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 120 a 121.

(18).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 100 a 101.

(19).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 133 a 134.

(20).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: ob. cit., pag. 171 y passim.

(21).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 42 a 43.



En la “Introducción” sostiene Iberico que hay “un espacio extrahumano, despojado de todo contenido psicológico, de origen afectivo o instintivo”... “La dificultad consiste en que la consideración del espacio exento por hipótesis de toda contaminación humana, nos planteaba la exigencia de abordar en toda su extensión el problema de lo “en sí” como cuestión previa... según eso, debíamos revisar la doctrina de Kant, de internarnos en todas las implicaciones gnoseológicas y metafísicas de esa tremenda problemática”... Empero... “el concepto geométrico, formal del espacio es, al fin y al cabo, una creación del espíritu. Concluiremos que ese espacio es también humano solo que abstracto y vacío, al paso que el espacio que estudiamos es concreto, viviente y vivido por el ser humano, según las modalidades de las situaciones vitales en que está colocado como ser en el mundo”... “Se han propuesto muchas y a veces muy profundas definiciones de este espacio ideal. Las han formulado grandes filósofos, matemáticos, físicos: Aristóteles, Leibnitz, Newton, y figuran en todos los tratados de historia de la filosofía”.

“Siguiendo las articulaciones naturales del tema, dice Iberico en la página 12 in fine de “El Espacio Humano” que “lo hemos dividido en tres partes, a saber:

- “1.- **El Espacio de la Percepción**, en el cual comprendemos no sólo la percepción exterior, cuyos objetos intencionales son los cuerpos materiales, sino la percepción interior, cuyos objetos intencionales son los estados de conciencia, principalmente los que corresponden a la actividad representativa de la mente. (Es evidente que la navegación en el espacio cósmico, en aeronaves tripuladas por seres humanos, plantea nuevos problemas a la descriptiva y a la concepción del espacio humano)”.
- “2.- **El espacio mítico**, en que estudiamos las características de la vivencia del espacio, propia de la mentalidad primitiva, arcaica”.
- “3.- **El espacio de la imaginación onírica**, en que estudiamos la vivencia del espacio en el sueño y, a la vez esbozamos la idea del origen onírico de la poesía”.

“**EL ESPACIO DE LA PERCEPCIÓN**” (21). “Se suele escribir muy profundamente sobre el tiempo humano, pero a mi parecer, no se escribe con la misma abundancia sobre el espacio humano que no siempre coincide con el espacio geométrico euclidiano y que no sólo en cuanto perspectiva visual, sino en cuanto vivencia concreta, plantea a la psicología y a la estética problemas de sumo interés. Desde este punto de vista la concepción abstracta y meramente especulativa que no contiene referencias a la verdadera psicología de la experiencia espacial. Y así, a nuestro entender sería, Bergson el primer filósofo occidental que expone la idea de un espacio concreto –animal y humano– que no coincide de modo cabal con las determinaciones estrictamente geométricas del espacio. En nuestros días, Merleau-Ponty, entre los psicólogos y filósofos más recientes, ha escrito páginas muy profundas sobre la conciencia viva del espacio. A cuyas referencias debemos añadir la del libro de Otto Friedrich Bollnow, “Mensch und Raum”, que reúne en estructura unificante los varios y numerosos aspectos del espacio humano”. (22)

(21). MARIANO IBERICO RODRIGUEZ: “El espacio Humano”, p. 11, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1981.

(22). MARIANO IBERICO RODRIGUEZ: “El espacio Humano”, p. 114, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1981.

**“EL ESPACIO DEL PAISAJE”** (23).- *“Uno de los aspectos más encantadores del espacio es el paisaje, que podemos definir aproximadamente diciendo que es la disposición armónica o disorde de los objetos naturales (árboles, ríos, lagos, montañas, etc.), en el espacio cósmico, disposición ofrecida como un cuadro a la contemplación humana. La índole psicológica del sentimiento del paisaje es, principalmente, proyectiva. El contemplador transfiere sus propios estados anímicos a los objetos de su contemplación y luego los mira y participa en ellos como si se tratara de una nueva subjetividad. Así participamos efectivamente de la serenidad del cielo y del mar, asistimos al esfuerzo ascensional de las montañas vivimos, aunque sólo sea con la vista, el horror de los abismos que el sol parece horadar en los intervalos de las rocas. Sentimiento de simpatía universal que los alemanes llaman **Einführung** y que entre otros eminentes psicólogos, Teodoro Lipps ha estudiado en forma tan exhaustiva y admirable”.*(24)

**“EL ESPACIO MÍTICO”** (25).- *“El mundo mítico es en suma un ambiente de impregnación en que lo externo accede sin perder su esencia al ámbito de la vida interior y en que a la vez los objetos de esta última son vividos y considerados por el alma como expresiones de su propia exterioridad. El alma vive lo externo como si fuera interno y recíprocamente, toma en consideración sus estados internos, contemplándolos en un cierto espacio interior como ve y considera los objetos del mundo que le rodea”.*(26)

**“EL ESPACIO ONÍRICO”** (27) *“El espacio en el sueño profundo”.*- *“El estado de sueño, según la expresión castellana de esta palabra, plantea dos problemas a la psicología y a la biología del espacio humano, porque existe un sueño profundo con ausencia de imágenes y en gran medida, exento de conciencia, existe el sueño poblado de imágenes y de variados estados afectivos. Mundo imaginario al que los franceses llaman “reve”, en alemán “traume” debido a que en esos idiomas, al contrario de lo que acontece en el castellano se distinguen netamente los dos aspectos: inconsciente (someil, schlaff) y el semiconsciente (reve, traume) del ámbito onírico”.*(28)

*“Si como afirman algunos psicólogos, aunque la actividad consciente se atenúa, no se extingue del todo en el sueño profundo, es evidente que en ese estado tiene que manifestarse en alguna forma la conciencia del espacio. Quizá ciertas posiciones forzadas del cuerpo con relación al espacio, trastornos de la circulación, tensiones musculares, etc.), tengan, alguna repercusión sensorial en la oscuridad del estado onírico; quizá se traduzcan en sentimientos de incomodidad, de desadaptación, de desequilibrio u otras semejantes; o acaso en sensaciones corpóreas penetradas de terror o de angustia. De todos modos parece que la actividad consciente volitiva o racional funcionan en el sueño profundo como una latencia, o como un sentimiento de alerta pronto a despertar, más que por la intensidad, por la calidad anímica o espiritual de los estímulos”.*(29)

(23).- Ibid, obra citada, p. 22 in fine y passim.

(24).- Ibid, obra citada, p. 26.

(25).- Ibid, obra citada, p. 26.

(26).- Ibid, obra citada, p. 22.

(27).- Ibid, obra citada, p. 22.

(28).- Ibid, obra citada, p. 22, 23.

(29).- Ibid, obra citada, p. 26.

“Se ha especulado mucho sobre, la significación metafísica y mística del sueño en sus dos aspectos: sueño profundo sin imágenes y sueño poblado de ensueños; y son los escritores, artistas y filósofos, del romanticismo alemán quienes han ponderado, a veces en términos de extremada exaltación, la importancia humana y cósmica de aquel fenómeno. Según estos escritores, entre los cuales Novalis y Tieck ocupan lugar destacado, en el sueño, especialmente en el sueño profundo el alma se reintegra a las fuentes originarias de la vida, personal y cósmica. La actividad del pensamiento lógico y de las formas artificiales utilitarias y mecánicas de la existencia despierta, desaparecen en el océano de la vida, en la insondable hondura de sus dinanismos elementales, vida que engloba en un único ritmo el mundo animado e inánime. De donde proviene cierta analogía entre sueños sin imágenes y el estado místico -a lo menos en su sentido hindú- y también con la muerte, como el último sueño, como el dormir eterno del que no se despierta nunca. Todo lo cual, acaso podría sintetizarse en este breve pensamiento de Hamann, “el mago del norte”: “En el profundo sueño yace nuestra alma original y su movimiento es cual una danza frenética”. Aludiendo al sentido místico y de revelación de la noche, y al sueño profundo que ella protege, escribe Novalis: “una duración limitada le ha sido concedida a la luz, pero el reino de la noche escapa al tiempo y al espacio. Eterna es la duración del sueño; sagrado sueño”.<sup>(30)</sup>

**“EL ESPACIO DE LA IMAGINACION ONIRICA”<sup>(31)</sup>.** - “Al confrontar el problema de la imaginación onírica, creemos pertinente y aun indispensable fijar los límites que ponemos a la ambición de este trabajo. Y haciéndolo diremos que no intentamos ensayar una explicación genética detallada de las formaciones oníricas; y ello porque ese intento desvirtuaría el motivo inicial y verdaderamente genuino de nuestro estudio dirigido de modo primordial a bosquejar en forma clara y estricta la estructura del espacio humano en los diversos planos en que es vivido, sin complicar nuestros análisis con la interposición de supuestos teóricos extraños a la materia misma y referentes, no a sus formas y modalidades intrínsecas, sino al proceso de su causalidad fisiológica o psíquica. Lo que no nos impedirá empero, admitir como hipótesis general la existencia de una causalidad, de una génesis subconsciente de raíz instintiva para todas las formaciones no reflexivas de la conciencia, ya se trate de la conciencia despierta o de la conciencia onírica. Hipótesis general, válida en su globalidad como un postulado, para la comprensión de las configuraciones anímicas, pero del cual es aventurado deducir determinaciones específicas para todas y cada una de esas expresiones de la subjetividad no reflexiva. En todo caso nos parece que algunas intuiciones de alcance general de Freud y las admirables aportaciones de Jung al conocimiento de la psicología profunda, pueden servir de orientación a los exploradores que se aventuren en el laberinto de la selva onírica”<sup>(32)</sup>

“Otra admisión conexa es la que se refiere a la vigencia en el sueño de la mentalidad arcaica, prelógica. En el mundo onírico se suspende la vigencia del principio de no contradicción y esa suspensión entraña la derogación, a lo menos transitoria, de nuestros hábitos espaciales de tipo euclidiano que son hábitos lógicos. Sustituciones, superposiciones, confusiones de los planos y de las dimensiones espaciales son frecuentes en el mundo onírico. Y lo curioso es que el durmiente contempla y aun más, vive directamente esos fenómenos con la mayor naturalidad, ajeno al absurdo y a la contradicción que ellos entrañan. Lo que quizá nos indique que la psique humana en su oscura profundidad no es lógica, sino prelógica y oriunda de otros mundos en que no rigen las coordenadas de nuestra geometría. Todos podemos certificar, por propia experiencia la realidad de estos fenómenos de la fantasía onírica, pero los cuentos nos ofrecen de ellos una versión, no por estilizada y encantadora menos veraz. Recordemos tan sólo los cuentos de Aladino de las mil y una noches, donde vemos palacios, jardines, salas de banquete, tesoros variadísimos surgir, desaparecer, transformarse, pasar, en fin en un ambiente de fantasmagoría de la mas extrema inverosimilitud. Bella transformación de lo onírico en lo poético que encierra una profunda lección



de psicología estética y que confirma en forma elocuente el conocido pensamiento de Dilthey que dice: “el sueño es el más antiguo de todos los poetas”). Lo que nos autoriza a afirmar del sueño poético -en francés se diría de la *revenue poetique*- en su relación con el espacio, todo lo que afirmamos de la conciencia onírica, sólo que con una ligera atenuación en el as- pedo meramente prelógico de aquella”.<sup>(33)</sup>

“Un fenómeno muy curioso y frecuente en el estado onírico, consiste en un raro sentimiento de levitación, en un espacio vago, sin contorno preciso. El durmiente se siente volar, y lo hace en sueños con una agilidad, facilidad y levedad que le parecerían increíbles si no los viviera con evidencia. Este sueño imaginario es, según la acertada observación de Nodier un vuelo sin alas, es decir con exclusión de todo dispositivo mecánico; un sueño en que los cuerpos se elevan por su mera, intrínseca virtud levitacional. En este estado desaparece la estructura hodológica del espacio de la vigilia, y así el vuelo onírico es un vuelo sin rumbo, sin más intención que el goce en la plena libertad dinámica. Los especialistas: fisiólogos, psicólogos de la profundidad, explicarán seguramente este fenómeno por factores orgánicos o por tendencias psíquicas de naturaleza instintiva. Pero es imposible no pensar que en él se trasunta una como reminiscencia metafísica de un cierto pasado en cierto modo anterior al tiempo y en el cual la vida anímica y espiritual no reconocían límites a su posibilidad, al pleno disfrute de una libertad sin obstáculos”.<sup>(34)</sup>

**“CONCLUSION”** <sup>(35)</sup>.-“Llegados al final de esta disertación, nos parece pertinente y útil una comparación entre el espacio y el tiempo, entidades metafísicas inseparables, y a la vez, simétricas y opuestas que son objeto de vivencia sin ser jamás captadas con plena claridad por la avidez definitoria del pensamiento lógico. Desde luego, empero, no intentaremos desarrollar un análisis formal de sus respectivas estructuras que nos llevaría demasiado lejos, más allá de nuestra intención y de nuestro proyecto, contentándonos con una comparación de tipo anímico, si preferimos axiológico, según su relación vital con nuestro sentimiento de la existencia y con nuestra concepción sobre sus fines y formas ideales. Y en esa perspectiva lo primero que diremos, fundándonos en los escritos de los grandes filósofos y en nuestro propio sentimiento de la vida, es que el tiempo es angustia, cuidado, zozobra, al paso que el espacio es serenidad y paz, y algo así como una solemne y maravillosa compañía en la soledad, según lo prueba el hecho de que siempre buscamos en la contemplación de las grandes extensiones cósmicas: el cielo, el mar, el desierto, la pampa, un refugio inviolable contra la inquietud, y la angustiada problemática del tiempo. Pero hay más: el tiempo está intoxicado por los detritus de la pasión humana que arrastran las corrientes históricas por siglos de siglos; en cambio el espacio es inocente, santo porque siempre vierte el bálsamo de su inmensidad y de su silencio sobre todas las heridas de la historia. El espacio, el gran espacio, es el amigo del ser, declara Gastón Bachelard; del ser, es decir de algo que formalmente se opone al mero devenir torrencial del tiempo). Y aunque el tiempo en fulguraciones instantáneas como relámpagos nos trae las grandes revelaciones de lo eterno, esas revelaciones se cumplen en lugares sagrados del espacio que es el escenario universal de la aparición. Por todo lo cual, terminaremos estas páginas sobre el espacio humano con las breves proposiciones que siguen y que aspiran a ser no sólo un resumen, sino la culminación iluminante de nuestro estudio”.<sup>(36)</sup>

(33).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (34).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (35).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (36).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (37).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (38).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (39).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (40).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (41).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (42).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (43).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (44).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (45).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (46).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (47).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (48).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (49).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (50).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (51).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (52).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (53).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (54).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (55).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (56).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (57).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (58).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (59).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (60).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (61).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (62).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (63).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (64).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (65).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (66).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (67).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (68).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (69).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (70).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (71).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (72).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (73).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (74).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (75).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (76).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (77).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (78).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (79).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (80).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (81).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (82).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (83).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (84).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (85).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (86).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (87).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (88).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (89).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (90).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (91).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (92).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (93).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (94).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (95).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (96).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (97).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (98).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (99).-Ibid, obra citada, p. 1.  
 (100).-Ibid, obra citada, p. 1.



*“El tiempo pulsa en la propia raíz ontológica de la realidad humana, y así, en términos abstractos, se puede decir que el hombre es tiempo; pero cuando el hombre respira en las más elevadas y puras regiones del espíritu, especialmente en las regiones de la alta contemplación religiosa y estética, el hombre no es tiempo, sino que, en la más auténtica plenitud de su vocación espiritual, el hombre es espacio”.*<sup>(37)</sup>

**El pensamiento de Mariano Iberico sobre “El Espacio Humano” constituye una trilogía estructural con “Notas sobre el Paisaje de la Sierra” y “El sentimiento de la vida cósmica”.**

*“Notas sobre el Paisaje de la Sierra” se publicó por la Editorial Lumen S.A., Lima, 1937.*

*Dijo el maestro en la “Introducción” a este libro, pag. 3 que: “Yo no pretendo en estas páginas, obra literaria. Más exactamente, el propósito que las inspira no es principalmente literario. Mi deseo es más bien suscitar el sentimiento que, a falta de otro nombre mejor, podríamos llamar metafísico o religioso del paisaje serrano”.*

*“El paisaje, como todo espectáculo estético, tiene algo de irreal porque lo que se ve, no son cosas sino imágenes es decir, presencias, formas que valen por si mismas y que nos encantan como una poesía o como una música”.*<sup>(38)</sup>

*“Más en esa contemplación o mejor, en la contemplación de esa irrealidad, se nos entrega algo que no es ni cosa ni imagen: el alma, la vida. No es cosa porque la cosa es exterior e indiferentes: no es imagen porque no es visible; pero está en la imagen como un rayo que parte de ella. El alma, la vida, es como el ultra violeta de la pura visión”.*<sup>(39)</sup>

*“Y todo paisaje es lejano e inaccesible”.*

*“Und kein Wanderer noch durchquerte das Abendrot”:* “Y ningún caminante atravesó jamás la roja fulguración de la tarde (Klages)”.

*“Las imágenes del paisaje resplandecen inaccesibles y puras como una visión de fantasía, son la fantasía de la materia y se despliegan en un escenario de donde nos separa un velo sutil pero infrangible”.*<sup>(40)</sup>

*“Y sin embargo, lejanas como las estrellas, las imágenes del paisaje están en nosotros. Son nuestra propia lejanía, y por eso nos suscitan junto con el sentimiento melancólico de la distancia, la inexplicable impresión metafísica de que en la zona encantada de la contemplación, las distancias a la vez que se mantienen, se borran, y de que al propio tiempo que se alejan, se tocan los extremos en que se polariza la vida del espacio y del alma”.*

<sup>(37)</sup>.- Ibid, ob. y loc. cit.

<sup>(38)</sup>.- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “Notas sobre el paisaje de la Sierra”, p. 4, Editorial Lumen, S.A., Lima, 1937.

<sup>(39)</sup>.- Ibid: p. 4.

<sup>(40)</sup>.- Ibid: p. 43.

“Las imágenes son el cuerpo del espacio, y la vida de las imágenes, su alma. En el mundo de las imágenes, que componen el paisaje, el espacio no es el medio vacío y homogéneo de que nos hablan los filósofos. Al contrario, el espacio es la luz en que fotlan las figuras de la visión, el espacio es el color que las viste, la lejanía en que se pierden y el lugar en que brotan. El espacio es el más allá donde nunca estaremos, el abismo del que vuelven las voces ignotas y el licor de nostalgia y de anhelo que los ojos absorben. En fin, el espacio del paisaje es siempre una plenitud, aunque esa plenitud sea la de la soledad y de la nada”.<sup>(41)</sup>

“De esta suerte el paisaje es un mundo de presencias lejanas pero íntimas, y reales pero vivas, y un espacio pleno cuyas innumerables perspectivas proponen itinerarios de maravilla al vuelo imaginario”.<sup>(42)</sup>

“Pero hay algo más en la vida de las imágenes; un algo que ya no viene del espacio sino de las más distantes regiones del tiempo; porque en el paisaje fulge el pasado con una luz extraña que confiere a sus visiones una como inmaterial profundidad y que las hace más lejanas todavía”... “De este modo en la figura inadsecible de la Lira palpita, en la noche, honda y misteriosa como el tiempo, el alma de una ayer sin retorno. Y así al llenarse de nostalgia toda la basta esfera de los cielos, pensamos en las palabras de Novalis: “La naturaleza es puro pasado”.<sup>(43)</sup>

“L’style c’est l’homme meme”. Este es el gran estilo de un gran poeta y filósofo.

En “El sentimiento de la vida cósmica” publicado por la editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, aflora una vez más el lenguaje poético del inmortal maestro sanmarquino.

En “El sentimiento de la vida cósmica” publicado por la editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, aflora una vez más el lenguaje poético del inmortal maestro sanmarquino.

“Si la elección de un tema indica ya una preferencia, y si la preferencia, como fenómeno afectivo, es en el fondo inexplicable, parecería innecesario y hasta contradictorio que expusieramos razones en apoyo de las exigencias espirituales que nos han inducido a escribir este trabajo”.

“Ya ha desaparecido la reverencia cósmica. Ya la naturaleza no vierte en el corazón de los hombres su misteriosa confidencia. Ya no brillan en el cielo del alma los admirables símbolos con que los grandes poetas han expresado el secreto -inviolable- y difundido el mágico prestigio de la naturaleza. Ya la nueva poesía no hace sino proyectar en un espacio indiferente las frías imágenes de un disimulado aunque meticuloso artificio”.<sup>(44)</sup>

“El tiempo ha perdido su duración, su calma, su cadencia, y es reemplazado por un nuevo tiempo uniforme y mecánicamente dividido. La velocidad, la rapidez, la instantaneidad caleidoscópica han destruido la lenta maduración creadora del alma, y de este modo un algo devorante y trágico siega, con premura, los verdes campos de la vida”.<sup>(45)</sup>

(41).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “Notas sobre el paisaje de la Sierra”, p. 5, edición citada.

(42).- Ibid: p. 6.

(43).- Ibid: p. 6.

(44).- Ibid: p. 11.

(45).- MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “El Sentimiento de la vida cósmica”, p. 12.

“Heraclito, cuya alma participaba en el secreto de la perenne renovación cósmica, decía que en cada amanecer nace un nuevo sol; y el alma nostálgica y romántica de Lawrence, en quien revive el sentimiento primaveral de la vida, siente que “cada alba se levanta sobre un universo enteramente nuevo y que cada domingo de pascua inaugura el esplendor de una gloria nueva e ilumina un mundo surgiendo en su primera flor”.

“Es lo que no siente ni ve el espíritu moderno para el cual nada es nuevo en la naturaleza sino que todo se reproduce y se repite como los productos de sus fábricas o el monótono tic tac de sus relojes”.(46)

“Al propio tiempo que este abandono o que esta absurda emancipación de los vaivenes cósmicos, va produciéndose una progresiva abolición de la visión y si se quiere, una progresiva anulación de la vida estética del hombre”.(47)

“Es el pálido ocaso de la poesía. Y es en el fondo la pobreza, la monotonía interior de la vida moderna, que proyecta sobre el mundo su propia desteñida opacidad”.

“Sin reverencia cósmica lleno, por el contrario, de un sentimiento de propia suficiencia el hombre reemplaza la obra de la naturaleza por la obra de sus máquinas o, lo que es lo mismo, sustituye a la creación en que la naturaleza se prolonga por la fabricación en que la naturaleza se destruye y se muere. Y en relación con este prurito fabril y con este olvido de las grandes oscilaciones cósmicas, el hombre moderno ha llegado a la nefasta convicción de que es posible construir una sociedad sometida a reglas de precisión matemática y donde el individuo acabará por perder toda espontaneidad y todo valor para ser incorporado como una función abstracta; como un dispositivo técnico en el formidable engranaje de la maquinaria del Estado”.(48)

“Y he aquí una de las más graves consecuencias de este alejamiento constante y progresivo... la desaparición, de la auténtica alma popular. El alma popular es la que crea los mitos, inventa las leyendas, forja los proverbios; el alma popular es el alma agraria primitiva, que ama trabajar y sueña al compás de las estaciones; es el alma de los pequeños oficios primorosos; es, literalmente el alma encantada y anónima donde habita con su poesía y su misterio la maravilla del mundo. Y bien, esa alma popular ha sido o tiende a ser disuelta por la acción política, por la formación de partidos y de clases cuya unidad ya no proviene de esa filiación metafísica entre los grupos y la naturaleza, que era el fundamento y el origen del alma popular, sino de la admisión de una idea o de la sujeción voluntaria o forzada a un interés o a una ambición”.(49)

“El hombre de hoy padece de una malsana ignorancia, cuya pobreza interior se revela claramente cuando se la compara con la vieja ignorancia llena de respeto por lo que se ignora... la antigua ignorancia tenía silencios plenos, la nueva no tiene más que palabras vanas”.(50)

(46). Ibid: p. 1.

(47).- MARIANO IBERICO RODRIGUEZ: “El Sentimiento de la vida cósmica”, p. 1.

(48). Ibid: p. 1.

(49). Ibid: ob y loc. cit.

(50). Ibid: p. 1.

(51). Ibid, ob. cit., p. 155.

(52).- Ibid. cit., p. 1.



En **“El Nuevo Absoluto”** publicado por la editorial Minerva, Lima, MCMXXVI se recopilan una serie de ensayos como **“El Problema de la Educación Nacional”**, **“La Obra de don Alejandro O. Deustua”**, **“Gonzales Prada, Pensador”**, **“La Filosofía de Rousseau”**, **“El Romanticismo”**, **“La Estética de Witasek”**, **“El Bovarysimo (Ensayo sobre la Filosofía de Jules de Gaultier)”**, **“Las Ideas Religiosas de G. K. Chesterton”**, **“La Personalidad y la Obra de Blas Pascal”**, **“El Nuevo Absoluto”**, **“A Proposito del “Oscurantismo” Contemporáneo”**.

Decía el maestro en la **“Introducción”** que estos ensayos **“son diversos en sus motivos y también en sus alcances. Sin embargo los vincula un cierto dogmatismo, una confianza inexperta en la realidad dominadora del espíritu. Al escribir esta palabra “espíritu”, sé que me van a acusar de vagedad metafísica. La empleo sin embargo porque ninguna otra puede servir como ella para designar ese algo irreductible y tenaz que afirma el imperio universal del hombre, la fuerza que, rompiendo en beneficio de lo impredecible y de lo nuevo, el mecanismo de la materia, abre para los sueños de la imaginación y para el anhelo infinito de la voluntad, un horizonte de posibilidades inagotables”**.

En **“El Problema de la Educación Nacional”** (p. 13 a 23) nos dice que **“lo que comunica dinamismo al espíritu, no es la inteligencia, sino la intuición; no es la constatación inerte, sino la constante ansiedad de la vida sentimental. La inteligencia, prisionera de la lógica, jamás podrá salir de sus silogismos infecundos, sin la rebeldía de una inspiración capaz de romper con la mecánica deductiva y de imponer, ante la consciencia deslumbrada, una nueva verdad”**. (pag. 16)

**“Y es que el espíritu es libertad, vida, vida, creación; y la inteligencia abandonada a sí misma, es inercia, repetición, necesidad. La inteligencia no podrá, pues, comprender la ansiedad que impulsa a nuestra vida hacia las supremas afirmaciones con las cuales nos es dable enriquecer la evolución, y que traducen la obra moral y la obra de arte. Y su incompreensión que desconoce la libertad –y por lo tanto, la actitud interior de desinteresarse y de amar- acabará por dar razón al egoísmo y por mirar como una vana agitación la mística inquietud del alma”**.(pag. 17)

**“Incomprendidos existen, empero, el sacrificio moral, la belleza profunda; y se mantiene indestructible el sentido religioso de la vida. Algo significarán sin duda, estas rebeldías que transfiguran como una luz, siempre nueva y siempre secularmente venerable, la fisonomía de la humanidad”**.(pag. 17)

**“La educación filosófica se distingue de la estrictamente científica por su contenido y por su método. Mientras la ciencia –apta para tratar de la materia- petrifica el espíritu cuando de él se ocupa, la filosofía –apta para penetrar en la vida del espíritu- idealiza, transfigura la materia”**. (pag. 18)

**“La filosofía se encarga, dice Eucken, de este movimiento hacia la iluminación interior de la realidad. Es el espíritu que penetra, purifica, ennoblece las cosas; es la mirada de simpatía que alumbra la existencia; es la fe que realiza milagros; es, en suma, la libertad que se afirma y avanza, incorporando en su marcha todos los esfuerzos aislados e impulsándolos en el sentido de una síntesis vital. La filosofía condena estas aspiraciones, reúne estos esfuerzos, recoge estos estímulos, no para fijarlos en un sistema muerto, sino para vivificarlos con una comprensiva intuición. “Su principal función no es, escribe el ya citado Eucken, proporcionar doctrinas bien definidas, sino elevar interiormente el proceso de la vida, aumentar lo que hay en nosotros de autónomo y de original, hacernos capaces de ver las cosas más en conjunto, con más interioridad, con más esencialidad”**. (Rudolf Eucken: **“Les grands courants de la pensée contemporaine”**. Traducción



francesa, París, 1912, p. 129). “Esta visión inmediata e interior de la realidad nos la ofrece, sobre todo, el arte, creando un ideal de vida y hundiendo en las profundidades de las cosas, una mirada de adivinación. De aquí la preponderante significación del arte en la labor educativa”. (pag. 19)

“Tiene don Alejandro Deustua el mérito de haber sido entre nosotros, el primero que reclamara una orientación desinteresada y filosófica para la cultura nacional. “Sólo con una educación, escribe, en la cual predomine el factor moral de la solidaridad efectiva, desarrollada como consecuencia de un amor desinteresado por la libertad ideal, podrá llegarse a un régimen de confianza en el poder de los demás, sin el que, el pesimismo disolvente, fruto de la ambición desatentada de unos pocos y de los sufrimientos permanentes de los demás, continuará agotando las energías dirigidas hacia el porvenir, que son las que engrandecen a los hombres y a los pueblos”. Palabras que formulan un programa y que revelan la observación de una dolorosa realidad”. (pag. 21)

“Otro maestro, el doctor Manuel Vicente Villarán, profesa también la creencia de que la educación, antes que instructiva debe ser moral. Por eso se establece en el proyecto de ley de Instrucción, que él ha inspirado, una etapa de cultura general universitaria, que los estudiantes deberán recorrer antes de ingresar en la especialización, por lo común utilitaria, de enseñanza profesional. Así se conseguirá desenvolver los espíritus en un ambiente de educación desinteresada, que controle, más tarde, el exclusivismo de disciplinas meramente técnicas”. (pag. 21-22)

“Nosotros conceptuamos que es indispensable acentuar esta corriente, darle la energía y la suficiente riqueza de contenido que requiere para ganar los espíritus y dirigirlos hacia una preparatoria actitud de recogimiento y de meditación. Veamos si en medio de la indescriptible confusión de la hora presente, nos queda, todavía, algo que salvar y algo que amar, y ofrezcamos a esa realidad sagrada, que nuestro empeño descubra, todas las abnegaciones”. (pag. 22)

El ensayo sobre Deustua se intituló “**La Obra de don Alejandro O. Deustua**” que transcribe la palabra alada del maestro Iberico en el discurso pronunciado en el salón de actos de la Facultad de Letras el 14 de julio de 1923 inserto en la página 24 a 42 de “El Nuevo Absoluto”:

“Rara vez le es dado a un hombre suscitar una gran revolución intelectual y presidir por largos años su proceso con el espíritu siempre vigoroso y la mentalidad constantemente renovada y ágil. Quienes realizan labor de tal aliento deben ser doblemente celebrados: por la conquista del ideal que consumaron y por el noble esfuerzo con que supieron acrecentarla y defenderla. Así fué la tarea que le tocara cumplir al doctor Deustua y tal es por lo mismo la doble significación de este homenaje. Hace más de treinta años que el maestro promovió en la Facultad de Letras de esta Universidad una profunda renovación en los estudios filosóficos; son más de treinta años de actividad educativa e ideológica. Por eso en la persona del viejo profesor saludamos, no sólo al iniciador de la reforma fecundísima, sino al trabajador ingatigable, al pensador de extraordinaria vitalidad intelectual, al maestro que en cada lección puso un nuevo atractivo y despertó un nuevo interés, que al par que alimentaba por modo eficiente, la curiosidad de los discípulos, dilataba por grados, el círculo de su panorama intelectual”. (pag. 25)

“Hay en la historia intelectual del doctor Deustua, una bella progresión de perspectivas. De los estudios psicológicos elévase a las concepciones morales y obtiene dentro de ellas, una visión cada vez más penetrante y comprensiva de nuestras aspiraciones superiores”... “El doctor Deustua inicia su intervención en nuestra vida cultural el año 1869 en que fue nombrado Profesor Adjunto de Filosofía en la Facultad de Letras. En 1882 se le eligió Profesor Adjunto también de Literatura General y Estética. En 1884 fue ya catedrático principal de la misma asignatura y finalmente, en 1902 entró a regentar el curso de Filosofía Subjetiva. Desde entonces no ha dejado de prestar a la Facultad de Letras, cuyo Decanato ejerce desde 1921, a la Universidad y al país, el valioso concurso de sus luces y de su absoluta consagración a los trabajos del espíritu”. (pag. 26-27).

“Llamado a dictar los cursos de Estética y Filosofía Subjetiva en momentos de crisis Universitaria, dedicó a su enseñanza, al par que una fuerte inteligencia, una poco común laboriosidad. Cuando ingresó a la Facultad de Letras, lo que podríamos llamar el pensamiento filosófico se bifurcaba entre un positivismo anémico y un racionalismo decrepito. A estas actitudes sin virtualidad hubo de oponer la inspiración de una filosofía animada por el sentimiento de la vida libre y creadora, y por la confianza inquebrantable en la eficacia de los valores morales en la evolución social. Nombres hasta entonces desconocidos, ideas nunca explicadas, orientaciones ni siquiera presentidas, vinieron a suscitar un gran entusiasmo entre la juventud de aquellos días llena de fervor intelectual y seriamente trabajadora y optimista. Brillante generación donde la rica materia de la erudición y del análisis, alienta la fuerza transfiguradora del espíritu filosófico, y donde a la intuición de la realidad se acompaña la nota constante de un fundamental idealismo”. (pag. 27)

“En un ambiente de sorpresa fueron apareciendo Hoffding, Fouillée, Wundt, Guyau Bergson y se popularizó el libro de Guido Villa, “La Psicología Contemporánea”, que todos hemos estudiado y discutido. Todos los autores eran calurosamente comentados y aún los antiguos, volvían a cumplir, dentro del nuevo espíritu, su obra de fecundación intelectual”. (pag. 27-28)

“El problema de la educación es en nuestra patria, un problema siempre actual y urgente”... Existen en nuestra ideología educativa dos prejuicios igualmente nocivos y que, por efecto de su común origen, se prestan mutua ayuda: el prejuicio intelectualista y el prejuicio económico. Postula el primero la suprema dignidad de la inteligencia y erige el conocimiento como el ideal más alto de la vida. Proclama el segundo el desarrollo material como la más importante finalidad educativa. Más como al fin y al cabo, la facultad intelectual ha sido conformada para la utilización práctica de la materia y no para la obra especulativa, suele suceder que resbalando por su pendiente natural, pónese al servicio del economismo y se convierte de esta suerte, en una actividad instrumental sin fines propios, sin elevación y sin desinterés. Facultad formal, elabora indiferentemente cualquier contenido y lo mismo sirve al ideal que al interés, al altruismo que al egoísmo, a la grandeza que a la pequeñez. Frente a una tendencia materialista y económica, la inteligencia proporcionará los elementos de acción y de este modo la misma verdad sera objeto de cálculo en manos del egoísmo utilitario”. (pag. 36-37)

“Y es que sólo una inspiración moral puede fundamentar una alta educación. Una educación moral que estimule y dirija los sentimientos superiores, las inclinaciones desinteresadas, los impulsos capaces de elevar al hombre por encima de la animalidad y del egoísmo”. (pag. 37)

“Falta de profesores competentes, falta sobre todo de profesores conscientes de su función social, sin elementos materiales de desarrollo”. (pag. 37-38).

*“Toda educación es ideal y, luego, disciplina, dirección. ¿Y cómo hemos de educar si no tenemos ideal, si ignoramos las energías, las fuerzas, las corrientes que debemos encauzar y dirigir? Precisa pues, antes que todo, la formación de los educadores, de quienes han de forjar el ideal y realizarlo, más que con las luces de la inteligencia, con la energía generosa de su corazón”...”Y es la universidad quien debe formarlos. A ella corresponde pues la concepción ideal de nuestro destino, la inteligencia profunda e incansable de la propia realidad, la actividad ordenadora y sintética de la vida nacional”.* (pag. 38).

**Sabias palabras de un gran educador. El pensamiento de Mariano Iberico es de gran actualidad para quienes vivimos y esperamos la profunda crisis de la educación nacional.**

**Así pues el pensamiento del maestro Iberico debería ser leído hoy día nuevamente por todos los educadores de todos los niveles y por todos los que integramos el claustro universitario. Su teoría del conocimiento simbólico sintetizó la relación entre la experiencia estética y la metafísica del nuevo absoluto. Su palabra es la de un poeta de la reflexión profunda, como lo hemos puesto en evidencia al hacer una breve recopilación de sus doctrinas y una antología de su pensamiento.**

**“La Aparición Histórica” fue el último libro genial del gran maestro. Lleva como subtítulo “Ensayos y Notas sobre los Temas de la Historia y el Tiempo”.** Fue editado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en Lima en 1971.

El maestro nos introduce a su reflexión diciendonos que *“siempre me ha preocupado el problema del pasado, y por ello siempre ha excitado mi interés metafísico la pregunta: ¿Qué es el pasado?. Pregunta paradójica, porque si como es evidente la característica esencial del pasado es el “sido”, no puede convenirle el “es” como tiempo presente del verbo ser. A aclarar en lo posible esta dificultad se contrae la primera parte de este libro”.*

En esta obra fundamental Iberico analiza “La concepción de la vida histórica según Dilthey” (pp. 185 a 193) y “El pensamiento histórico de Benedetto Croce” (pp. 194 a 206) sosteniendo en lo fundamental lo siguiente:

*“La historia como vocación espiritual del hombre aparece coetáneamente con la racionalidad que destrona al mito para erigir su propio imperio. Mas la racionalidad, por esencia temporal, es ahistórica, niega perentoriamente la historia”.*<sup>(1)</sup>

*“la ciencia pura aspira a suprimir -teóricamente- la concreta individualidad de los entes. Frente a ella, la historia reivindica la variedad ontológica y apariencial de la vida”.*<sup>(2)</sup>

(1). MARIANO IBERICO RODRÍGUEZ: “La aparición histórica. Ensayos y notas sobre los temas de la historia y el tiempo”, p. 1, Universidad de San Marcos, Lima, 1971.

(2). Ibid: Ob. cit., p. 1.

“Cuando se piensa en la historia, conviene distinguirla de la historiografía y disipar así el equívoco en que incurrieron en el pasado siglo algunas escuelas alemanas. La historiografía puede ser definida como la disciplina o el conjunto de disciplinas cuyo objeto es realizar la historia. Y según eso, la historia es en parte una obra de la historiografía, pero la trasciende. Y así cuando nos referimos a la historia, no aludimos ni al pasado informe en su cruda materialidad ni a la historiografía como obra meramente literaria o científica: hablamos de la historia como de una eminente vocación ontológica del hombre, cuyo ideal no es el conocimiento puro, sino la asunción del pasado en la propia vida espiritual”. (53)

“Para explicar la “apetencia histórica” no basta subsumirla en el concepto de curiosidad. Hay algo más profundo en esa apetencia. Acaso se conjuga con la exigencia metafísica del pasado que lo impele hacia la aparición... Y de esta suerte la función del historiador no consiste tan sólo en suscitar la aparición del pasado para los fines del conocimiento teórico, sino con mirar a su contemplación estética y al enriquecimiento anímico y espiritual del hombre”.(54)

“Convergencia metafísica entre la vocación ontológica del pasado hacia la presencia y el acto suscitador del contemplador histórico, del historiador”.(55)

“De esta suerte la historia se nos da, al igual que la vida cósmica y la poesía como una de las grandes formas del aparecer universal”.(56)

“El ser de la historia no es el devenir heracliteano ni la inmovilidad desértica, meramente racional de Parménides. El ser de la historia es algo que cambia siendo el mismo y que siendo el mismo cambia, siempre nuevo”.(57)

“Comprender esto, mediante una iluminación, digamos délfica... es la gran lección ontológica de la historia y, a lo menos para mi, el fruto espiritual de esta meditación”.(58)

“Según la doctrina de Bergson el pasado no se agota en su representación, no es una mera especie... Constituye pues una cierta región misteriosa”.(59)

“Había, pues, que considerar un pasado que, en cierto modo, se altera al acumularse sobre sí mismo”.(60)

“El pasado es un horizonte de ausencia a donde acceden las presencias reiteradas. Ese horizonte a veces nos atrae hacia sí, y suscita en nosotros la nostalgia; otras somos nosotros quienes pretendemos atraer el pasado hacia el presente cuando hacemos historia... Mas esto en realidad es más bien una impresión”.(61)

(53).- Ibid: Ob. cit., p. 16.

(54).- Ibid: p. 16.

(55).- Ibid: p. 16.

(56).- Ibid: p. 17.

(57).- Ibid: p. 17.

(58).- Ibid: p. 17.

(59).- Ibid: p. 17.

(60).- Ibid: p. 17.

(61).- Ibid: p. 17 - 18.



**“¿Qué es el pasado?... también puede considerarse el pasado como causa, origen, preparación del presente... el pasado a la vez engendra y devora el presente. El presente es el futuro del pasado, y el “es” es el inexorable futuro del “fue”; la infancia es el pasado de la juventud y aspira a ella, la juventud es el pasado de la madurez y tiende a ella, y en fin la madurez a través de la ancianidad tiende a la muerte, que cancela la vida y precipita su totalidad a ese misterioso Hades que es el gran futuro donde reposará para siempre el pasado”.**(62)

**“En una palabra; el pasado es el objeto intencional del conocimiento histórico”.**(63)

**“Sócrates puede influir en Heidegger, pero no Heidegger en Sócrates”.** (64)

**“En qué consiste la vivencia histórica?. En primer lugar, consiste en la evocación o representación de la región del tiempo que llamamos pasado y que, no siendo perceptible va por los sentidos, debe ser representada o reconstruida mediante los procedimientos técnicos de la historiografía, con la ayuda indispensable de la facultad imaginativa y de la intuición”.**(65)

**“La vivencia histórica requiere... inteligibilidad o sea la integración del hecho,.. en la trama que enlaza los diversos contenidos de un espacio de tiempo más o menos extenso”.**(66)

**“La vivencia histórica es, en gran parte, un vivir estados psíquicos ajenos”.**(67)

**“El fundamento ontológico de la historia en cuanto ignora las grandes aporías del saber histórico y entre ellas la principal: la que consiste en la necesidad de establecer la objetividad de un pasado en sí mismo inasequible, porque es pasado, y en aspirar, no obstante, a describir y a interpretarlo sin afectar su autenticidad”.**(68)

**“Esas proyecciones establecen la historicidad de los hechos que son materia de la vivencia. La historia no se mueve en el mundo de lo invisible puro, porque no es una ciencia de lo abstracto”.**(69)

Una brillante, por lo sintética, reseña bibliográfica del libro de nuestro inmortal maestro nos la dió FRANCISCO MIRO QUESADA CANTUARIAS en una reseña bibliográfica publicada en “El Comercio”, en julio de 1971, en donde dijo que:

**“Este libro nos da una sorpresa: desarrolla de manera sistemática una epistemología de la historia. La sorpresa no se debe a que la pluma de Ibérico no se haya ocupado nunca de estos menesteres, Muy al contrario, en muchos de sus libros, el maestro toca temas de epistemología. En su importante libro: *La aparición*, al abordar el tema del ser que emerge en la epifanía de la presencia, del ser que aparece, hace numerosas y agudas observaciones epistemológicas. Pero hasta el momento, Mariano Iberico no había escrito nada sistemático sobre teoría del conocimiento. En *La aparición histórica*, obra que publica en la plenitud de su vida espiritual, pero habiendo recorrido va un buen trecho del sendero de la vida, rompiendo con su tradición de pensador orientarlo estéticamente, aborda un tema técnico, complicado, lleno de refinamientos y rigores conceptuales. Pero desde luego, la ruptura es sólo en relación al contenido. Desde el punto de vista formal, el estilo es el mismo: terso, transparente, transido de una sutil e inimitable vibración que nos produce una sensación que no sabemos si se parece más a la nostalgia o a la suave luz de la experiencia mística, Asombra la capacidad del autor para escribir en este estilo tan inconfundiblemente suyo, sobre abruptos y descarnados temas, como la vivencia histórica, la inteligibilidad del acontecer, causalidad, estructura**

y sentido de la historia. **Asombra la síntesis perfecta, la complementariedad total entre el riguroso fondo y la exquisita forma, La belleza del estilo contribuye a iluminar el contenido y la profundidad del contenido intensifica el matizado perfil de la forma”.**

**La parte principal del libro es sobre la vivencia histórica. Aunque se titula “Psicología de la vivencia histórica”, es, además, una verdadera teoría del conocimiento histórico.** A esta parte sigue una serie de temas conexos, siendo la mayoría sobre el tiempo, tema íntimamente vinculado al de la historia.

La Primera Parte, la más importante del libro desde el punto de vista filosófico (aunque en los temas conexos se encuentren numerosos aportes), comienza fijando la historia frente al mito y a la actitud racional. El mito, esa prehistoria de la historia, afirma ibérico, remite al pasado. Pero no a un pasado irremediadamente ido, sino a un pasado vivo, actual. El mito expresa, relatando sucesos primigenios, la unidad fundamental entre el hombre y el Cosmos, El hombre es parte del Cosmos, esta integrado en él, y refleja en su vida comunitaria, a través de imágenes y de vivencias profundas, la unidad fundamental del gran todo. Pero en un cierto momento de su trayectoria, el hombre sufre una doble separación: frente al Cosmos y separación del individuo frente a la cerrada comunidad social que reproduce la unidad cósmica. Y nace, así, un sentimiento de soledad. En esta separación se encuentra el germen de la conciencia histórica porque la historia se funda en la visión del devenir exclusivamente humano, a cósmico, y porque, para colmar el vacío que ha dejado su separación de la vida jónica, el hombre busca una experiencia rica y vibrante, una aventura existencial que le permita reencontrar el sentido de la vida.

La individualidad producida por el corte con la existencia cósmica, se logra a través de la razón. La razón es el instrumento del hombre como individuo, es lo que le permite recuperar la universalidad perdida al diferenciarse frente a la totalidad cósmica. La razón es universal, pero abstracta. Si todo fuera racional, no habría historia puesto que la historia es diversidad y la universalidad racional abstrae de los detalles para llegar a categorías o tipos que reducen los casos individuales a meros casos típicos.

Nos encontramos ante un proceso profundo y paradójico que une la razón con la historia, El individuo al asumir la actitud racionalista supera el mito y logro separarse de su participación totalitaria en el grupo primitivo. Más al hacer esto, se toma sujeto, se llena a la autoconciencia y aparecen el tiempo como sucesión irreversible de instante y la memoria como posibilidad de conservación del pasado en la imagen. La razón, instrumento del individuo, genera la historia, que la historia es más que la razón, la rebasa en la plenitud del instante que fluye.

**Una vez mostrado el hontanar de donde emerge la historia. Mariano Iberico hace un análisis de la esencia del pasado.** Esta parte se distingue por su riqueza expresiva y su rigor conceptual.

El autor llega a la conclusión de que el pasado, si se pretende que el saber histórico tenga sentido, debe existir como un objeto en sí mismo, mas, a pesar de esto, toda reconstrucción del pasado es subjetiva tanto la que hace la memoria individual como la del historiador.

(63).-Ibid: p. 27.

(64).- Ibid: p. 27.

(65).- Ibid: p. 35.

(66).- Ibid: p. 35.

(67).- Ibid: p. 35.

(68).- Ibid: p. 39.

(69).- Ibid: p. 39.



Porque esta reconstrucción no puede hacerse a la manera de la ciencia exacta sino a través de un lenguaje que permite expresar las sutilezas psicológicas de los personajes que se trata de comprender. La vivencia histórica consiste en vivir estados anémicos ajenos, de seres que fueron, que no volverán a ser y que se distinguen por completo de quien los estudia,

En esta aprehensión de vivencias ajenas, asumimos siempre una actitud valorativa. Y a través de esta valoración tratamos de captar un objeto, que aunque irreductible a nosotros, tiene sin embargo la misma naturaleza que nosotros. De aquí la diferencia con el contenido de la ciencia natural. El objeto de esta ciencia no es humano, mientras que el objeto de la historia es el hombre mismo, es un objeto que, es, a su vez, sujeto pero no abstracto sino personal y único. Por eso el conocimiento histórico está lleno de contradicciones, de paradojas o aporías. Así, la historia estudia algo que no existe, el pasado, pero cuya existencia debe afirmarse, pues si el pasado no existiera la historia no podría constituirse. Por otra parte, el tiempo histórico es irreversible, lo que fue no volverá nunca más a ser. Empero, si no existiera cierta ley en la sucesión de los hechos históricos, no podríamos compararlos ni comprenderlos nunca. Asimismo, el conocimiento histórico persigue la objetividad, el mismo resultado para todos los sujetos que conocen, pero tiene que valerse de medios no objetivos para alcanzar este fin, como la interpretación, la simpatía, la valoración, etc.

A pesar de estas dificultades la historia se constituye como saber y es posible alcanzar una comprensión de su objetivo. Esta comprensión no se logra, como en el caso de las ciencias naturales, mediante el establecimiento de relaciones causales, sino mediante la captación de fines subjetivos, de las direcciones de los hechos, del sentido que se descubre en la marcha de los acontecimientos. Todo este proceso se realiza dentro de un marco de totalidades, en los que cada hecho expresa el todo, y el todo es siempre más que la mera reunión de los hechos. La no causalidad de la estructura, es decir de la forma que tiene un dinamismo propio, que impone una conexión a todos los elementos, a todas las formas históricas que parecen, dirigirse hacia una configuración final.

Es lástima que la pequeñez del espacio disponible nos impida hablar sobre el contenido de la segunda parte. En *“Temas conexos”* y en *“Estudios sobre el tema del tiempo”*, Mariano Iberico, desarrolla una serie de tópicos, diversos en apariencia, pero íntimamente ligados y que contribuyen a esclarecer diversos tópicos de la exposición central. Merece especial mención un capítulo sobre la relación entre lo fugaz y lo eterno en un poema de Quevedo y otro sobre el sentido del tiempo en la poesía de Vallejo”.<sup>(70)</sup>

En el *“Homenaje a Mariano Iberico”*, publicado por la Universidad de San Marcos, Lima, 1973, el doctor ANTONIO PEÑA CABRERA, Director de su Programa Académico de Filosofía dijo en la pág. 12 que *“La Filosofía de Iberico es una consonancia entre el sentimiento del paisaje y la comprensión de la cultura ante una fina reflexión filosófica. De allí que sus metáforas estén transitadas de lirismo y su expresión tenga siempre una cierta musicalidad”*.

*“Iberico es un pensador que siente el paisaje y la naturaleza como una animación de formas y colores, de luces y sombras, de superficies y profundidades, pero que a la par aprecia la elaboración conceptual occidental con cuya apropiación su meditación se afina y agudiza”... “Nadie en nuestro medio ha sabido alimentar la reflexión filosófica con el sentimiento vivo de la naturaleza. Allí está como testimonio su bellissimo libro: “Notas sobre el paisaje de la sierra”.*<sup>(71)</sup>

(70).- Reseña bibliográfica de FRANCISCO MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, publicada en el diario “El Comercio”, en julio de 1971.

(71).- En el libro “Homenaje a Mariano Iberico”, p. 12, Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Lima, 1973.

“La obra de Iberico significó en nuestro país, en primer lugar, la superación del positivismo comtiano y spenceriano reinante a comienzos del siglo en nuestros círculos universitarios: J. Prado y Villarán eran los más claros exponentes de esta dirección”.

“No obstante que el bergsonismo se difundía entonces en los cenáculos universitarios con Deustua y sus discípulos: Dulanto y Borja García, es Iberico el que tiene en esta línea de pensamiento mayor y mejor eco en el medio cultural peruano, latinoamericano y hasta europeo”... “La elegante, profunda y exacta exposición del pensamiento de Bergson que hace Iberico, despierta hacia él voces de elogio y admiración”.

“Iberico es el representante más notable e importante de ese movimiento filosófico peruano que Salazar ha denominado “La reacción espiritualista”.

“En la obra de Iberico, sobre todo en el “Sentimiento de la Vida Cósmica (1939) se hallan advertencias proféticas de los efectos deshumanizantes del desarrollo mecanicista, desvitalizado e impersonal, a tal punto de convertirse en uno de los riesgos más grandes de la civilización occidental. Para Iberico el desarrollo del orden “mecánico” es más grave porque nos distancia del sentimiento vivo de la naturaleza y del paisaje”.(72)

“El tercer rasgo es la novedad de su doctrina sobre el aparecer. Iberico rechaza por estériles y abstractos los reduccionismos, sean materialistas o idealistas”.

“El cuarto rasgo es el de afirmar, en superación del bergsonismo, la vocación plástica de la vida, su tendencia a la forma y a la perennidad”.(73)

“Quinto rasgo es la idea de creación. La creación decían los escolásticos es la unión de la esencia y la existencia. Para Iberico es la unión del ser y del aparecer. Es en la conjunción ligativa donde se oculta el misterio de la unión, de la separación y del tránsito. En la “y” está el alto misterio de la creación”.

“Los libros de Iberico no se leen como un cuerpo de doctrina, aunque la contienen, ni como un conjunto de lucubraciones abstractas y secas, sino más bien como el testimonio de poderosas vivencias en un mundo mágico, animado y poético... la verdad para Iberico no es la escolástica “adaequatio rei et intellectus”, sino la armonía entre la expresión y el sentido, entre el símbolo del aparecer y el sentimiento del destino: la realidad está en el alma y en el todo que se le aparece”.(74)

A su vez, el Embajador **JORGE GUILLERMO LLOSA PAUTRAT**, (nacido en 1925, muerto el 23 de octubre del 2007), diplomático y miembro de la Sociedad Peruana de Filosofía, dijo: “Si la pregunta por el ser es lo universal en la filosofía, las respuestas de Iberico constituyen su contribución personal al diálogo inextinguible de los filósofos”.(75)

“La Universidad debe proveer una cátedra de estudios ibericanos para tomar el relevo e investigar las vías que él ha abierto. Nuestra juventud, desde la edad escolar, debería familiarizarse con algunas páginas, tan universales y tan peruanas, de su obra. Que este acto de homenaje no sea el saludo a una obra inmovilizada en su perfección sino, a ejemplo de sus enseñanzas, “algo que viene de la vida y se dirige a la vida”.(76)

(72).- En el libro “Homenaje a Mariano Iberico”, p. 9, Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Lima, 1979.

(73).- Ibid., p. 11. (74).- Ibid., p. 10. (75).- Ibid., p. 10. (76).- Ibid., p. 22.



El doctor **VICTOR LI CARRILLO**, (1929-1998), Profesor de Filosofía Antigua en la Universidad de San Marcos, en el ya citado "Homenaje a Mariano Iberico", dijo: "La historia de la filosofía, de ordinario abstracta y erudita, se transfiguraba con la palabra de Iberico en una historia viviente, dramática y exaltante, como es en realidad la confrontación personal de cada filósofo con los problemas eternos del pensamiento".<sup>(77)</sup>

"Siguiendo las reglas de la historiografía moderna, Iberico restituía al pensador en su contexto biográfico, histórico, ideológico, bosquejando grandes figuraciones periódicas, que ponían de relieve la profundidad de su cultura, su escrupuloso conocimiento de hechos y de ideas, su familiaridad con los grandes filósofos, pero al mismo tiempo su sensibilidad de artista y su poder de evocación poética. Merced a esta orientación interdisciplinaria, la clase de historia de la filosofía constituía así no solo un curso de especialización filosófica, sino al mismo tiempo una lección de cultura general, en el más noble sentido de la expresión; una revelación de los grandes nombres y de los libros, que representan y traducen la inspiración del humanismo".<sup>(78)</sup>

"La filosofía aparecía así integrada en el vasto mundo de la cultura, conviviendo con la poesía y el arte, con la mitografía y la historia de las religiones, con la etnología y la psicología, con la biología y el derecho, no como una disciplina entre las otras, sino como un saber dominante y, como quería Aristóteles, hegemónico".<sup>(79)</sup>

Debemos a **DAVID SOBREVILLA ALCAZAR** - el más brillante filósofo peruano de los últimos tiempos, nacido en Huanuco el 1º de Marzo de 1938(80), profesor en la Universidad de Lima y en la San Martín de Porres y antes profesor principal en la Universidad de San Marcos desde 1971 hasta 1995 -, la más completa investigación sobre el pensamiento de Mariano Iberico planteada en su libro fundamental que es necesario leer y releer: "Repensando la tradición nacional I. Estudios sobre la filosofía reciente en el Perú", Editorial Hipatia, Lima, 1988.

1971 hasta 1995 -, la más completa investigación sobre el pensamiento de Mariano Iberico planteada en su libro fundamental que es necesario leer y releer: "Repensando la tradición nacional I. Estudios sobre la filosofía reciente en el Perú", Editorial Hipatia, Lima, 1988.

<sup>(77)</sup>.- Ibid., p. 24.

<sup>(78)</sup>.- Ibid., p. 23.

<sup>(79)</sup>.- Ibid., p. 27.

<sup>(80)</sup>.- **DAVID SOBREVILLA** se recibió de Doctor en Filosofía en la Universidad de Tübingen con una tesis intitulada "Der Ursprung des Kulturbegriffs . Der Kulturphilosophie und der Kulturkritik". Es autor de "Escritos Kantianos. En torno a Kant, su obra e influencia" Prólogo de Francisco Miro Quesada Cantuarias, Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, Lima, 1988; "La filosofía alemana: desde Nicolás de Cusa hasta nuestros días", Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria, Lima, 1988; "La estética de la Antigüedad", Universidad de Carabobo, Valencia, 1981; "Repensando la tradición occidental. Filosofía, historia y arte en el pensamiento alemán: exposición y crítica", Amaru Editores, Lima, 1984; "Repensando la tradición nacional I: estudios sobre la filosofía reciente en el Perú", 2 vols. Editorial Hipatia, Lima, 1988; "César Vallejo, poeta nacional y universal y otros trabajos vallejanos" (1988); "Introducción bibliográfica a César Vallejo" (1988); "La filosofía contemporánea en el Perú" (1988); "Repensando la tradición de nuestra América" (1988). Ha compilado además, solo o con otros estudiosos, libros como "Introducción a la literatura alemana: de Goethe a Thomas Mann" (1988); "Historia, problema y promesa, homenaje a Jorge Basadre" (2 vols., 1988); "Lógica, razón y humanismo, homenaje a Francisco Miro Quesada" (1988); "¿Qué modernidad deseamos? El conflicto entre nuestra tradición y lo nuevo" (1988), y "Filosofía de la Cultura", Ed. Trotta, Madrid, 1988.

Dice el profesor **SOBREVILLA** que “En su estudio *La filosofía humanista de Mariano Iberico* (1952), Jorge Guillermo Llosa no se refiere explícitamente al problema de la evolución de la filosofía de Iberico, aunque implícitamente la divide en las siguientes etapas: 1. Primer ciclo de su vida filosófica que comprende *El carácter*, *La filosofía de Enrique Bergson*, *Una filosofía estética*, y que se “define y redondea” (op. Cit., pag. 19) con *El Nuevo Absoluto* y *La unidad dividida*. 2. Segunda ciclo que abarca *Notas sobre el paisaje de la sierra*, *El sentimiento de la vida cósmica* y *La Aparición*. Llosa no ofrece razones para justificar estos cortes. En un artículo posterior, “Un notable filósofo peruano” (en: Humbolt, 1961; pp. 58-62) resume el estudio enteriamente citado y en relación al nuevo libro de Iberico “*Perspectivas sobre el tema del tiempo*” que por entonces había aparecido (1958), señala que “*La filosofía de la Aparición encuentra en el estudio del tiempo una nueva y fértil dirección*” (p. 61; la cursiva es nuestra), esto es, que las *Perspectivas* no abrirían un tercer ciclo, sino que sólo representarían un desarrollo de las ideas contenidas en *La Aparición*”.

“Augusto Salazar Bondy tampoco ha encarado expresamente el problema de la evolución del pensamiento ibericano en su “*Historia de las ideas en el Perú Contemporáneo*” (1967; II, pp. 234-266). No obstante, ha sido el primero en reparar que hay una primera y muy breve etapa positivista en el pensamiento de nuestro autor, la cual está representada por su tesis para obtener el Bachillerato en Letras “*El carácter*”. En cuanto a la producción posterior, Salazar la coloca bajo el título “*Bergsonismo*”, con el que se refiere a la tesis de Iberico para obtener el Doctorado, “*Vitalismo Idealista*” en lo concerniente a los ensayos sobre “*La intuición estética*” y “*La intuición moral*” y “*Un absoluto dinámico*” en lo tocante al libro “*El Nuevo Absoluto*” y al ensayo “*El viaje del espíritu*”. Salazar señala que en los trabajos de Iberico de los años 20 al 26 hay un desplazamiento de la preocupación estética a la religiosa. Esta última preocupación también se encontraría en las *Notas sobre el paisaje de la sierra* y el “*El sentimiento de la vida cósmica*”. Sobre *La Aparición* piensa que se mantiene cerca del idealismo espiritualista esbozado desde las primeras obras (op. Cit., 265). Finalmente, Francisco Miró Quesada distingue en su libro “*Despertar y proyecto del filosofar latinoamericano*” (1974; pp. 197-207) las siguientes etapas en la evolución de la filosofía de Iberico: 1. La concepción temporalista que se encontraría en “*Una filosofía estética*”, “*El Nuevo Absoluto y La unidad dividida*”, 2. “*La concepción más integral y metafísica de las ideas de Iberico, la cual se hallaría en germen en “Notas sobre el paisaje de la sierra y El sentimiento de la vida cósmica” –obras en que Iberico descubriría el paisaje -, y en una forma sistemática en La Aparición que sería una metafísica poética*”.

“Por nuestra parte, dice el profesor **SOBREVILLA**, nosotros dividiríamos la evolución de la filosofía de Mariano Iberico en tres etapas. 1.- La positiva ya observada por Salazar y representada solitariamente por la obra “*El carácter*”, 2.- La etapa bergsoniana que comprende: a) La fase estetizante de *Una filosofía estética* (1920, libro en que Iberico incluyó *La filosofía de Enrique Bergson* (1912), “*La intuición moral*” (1919) y “*La intuición estética*” (1920), y b) La fase religiosa representada por *El Nuevo Absoluto*, 3.- La etapa de la madurez en que distinguiríamos cuatro fases: a) la del descubrimiento de la contradicción en la unidad, que abarca el artículo “*El viaje del espíritu*” y *La unidad dividida*; b) la del descubrimiento del ritmo cósmico, sobre todo en el paisaje, que comprende las *Notas sobre el paisaje de la sierra* y *El sentimiento de la vida cósmica* –y cronológicamente los “*Principios de Lógica Jurídica*”, que aunque no se encuentren en la línea de esta evolución no puede dejar de considerarse en este lugar-; c) la filosofía de “*La Aparición*”; y d) las obras tardías que son “*Perspectivas sobre el tema del tiempo*”, *El espacio humano* y *La Aparición histórica*, obras en que se bosqueja una filosofía del tiempo, del espacio y de la historia, pero que no llegan a configurar una etapa aparte, ya que el propio Iberico vincula las consideraciones expuestas en ellas a *La Aparición* (Cf. Por ej. *La aparición histórica*, p. 6)”.



“El criterio que empleamos para separar la segunda de la tercera etapa –pensamos que Salazar ha demostrado con claridad la distancia que va de la primera a la segunda (cf. su “Historia de las ideas...., II, pp. 235-237)- es el progresivo alejamiento de Iberico de la ortodoxia bergsoniana. Este alejamiento comienza a manifestarse claramente en el artículo de 1928 (en su publicación original) “El viaje del espíritu”, en que Iberico critica de modo expreso a Bergson su aparente ignorancia de “que la vida no se concibe sin la muerte, es decir un elemento que al negarla la promueve” (en: Letras. Lima, 1929; p. 71). Esto representa el hallazgo de que el absoluto no está privado de contradicción sino que, antes bien, la alberga en sí. Posteriormente, Iberico haría de este problema el motivo de sus reflexiones en *La unidad dividida* que apareció en 1932”.

“Podría pensarse que en verdad no hay ninguna solución de continuidad entre “El Nuevo Absoluto” (1926) y “La unidad dividida” (1932), que el segundo libro es sólo una continuación del primero, pero en realidad no es así. La noción del nuevo absoluto se halla todavía dentro de la ortodoxia bergsoniana: de lo que aquí se trata es de reemplazar el antiguo absoluto que era inmóvil por uno inédito que es por el contrario fluyente, pero que no entraña la contradicción. Esta es la línea divisoria entre los dos libros”.

“En estas dos obras se habla fugazmente de que la última realidad –el nuevo absoluto, la unidad dividida- posee un ritmo sin fin (cf. “El Nuevo Absoluto”, p. 277; “La unidad dividida”, p. 18 ). Este tema solo habría de ser elaborado detenidamente por el autor en sus “Notas sobre el paisaje de la sierra” y, especialmente, en “El sentimiento de la vida cósmica”. El mismo Iberico quien años más tarde ha subrayado que otra de sus críticas a Bergson –así como a otros pensadores y corrientes- es, precisamente, el haber desatendido el problema del ritmo cósmico (cf. “Perspectivas sobre el tema del tiempo” (1958), p. 97; “El espacio humano”, (1969), p. 119). En opinión del filósofo peruano, Bergson tuvo la genial intuición de la música inexpressable del tiempo,

“pero... un cierto prurito abstractivo, heredado acaso de Descartes, inhibe en él, bajo el imperio de una claridad de tipo lógico, el surgir de otras claridades más concordes con la inspiración central de su doctrina” (*El espacio humano*”, p. 48)”.

“Por último, una tercera crítica que separa a Iberico de Bergson, aunque no tan radicalmente como las dos anteriores, es que el autor de “Materia y memoria” no concede la suficiente importancia a la capacidad, a la vocación plástica de la vida; que por identificar la vida con la absoluta movilidad “desdeña”, sobre todo en cuanto a las creaciones plásticas de la naturaleza, aquellos que parecen aprisionar para siempre su fluir creador” (“Perspectivas sobre el tema del tiempo”, p. 97)”.

*“Pero todos estos reparos no deberían hacer olvidar que aun en la etapa de la madurez, cuando Iberico logró elaborar su propia filosofía, siguió reconociendo su deuda para con Bergson y su pensamiento. Es así como manifiesta que sus observaciones a la doctrina bergsoniana las realiza porque son necesarias para comprenderla en su conjunto, pero*

*“no con un propósito de rectificación sino en la creencia de cumplir la propia intención del filósofo, para quien su filosofía no era un todo acabado sino algo así como un esquema dinámico capaz de prolongarse y perfeccionarse indefinidamente” (“Perspectivas”, p. 96-97);*

*Las últimas palabras son una paráfrasis del párrafo penúltimo de la carta de Bergson a Iberico del 21 de julio de 1917, (cf. “Una filosofía estética”, p. XI). La deuda de Iberico para con Bergson se siguió evidenciando luego de las críticas indicadas por la desconfianza que el filósofo peruano tuvo de por vida en la inteligencia como medio para captar la realidad última de las cosas –desconfianza que adquirió de Bergson– y que se pone de manifiesto en múltiples pasajes de su obra; en su aprecio por la metáfora como medio expresivo; en su concepción del espacio vital que corresponde al que Bergson denominaba extensión concreta (“El sentimiento de la vida cósmica”, p. 80); en la idea bergsoniana del tiempo como una melodía, que Iberico trae a la memoria muchas veces (así en “El espacio humano”, p. 48, 118); en el planteo del filósofo francés sobre el pasado que Iberico hace suyo y elabora (“La Aparición histórica”, p. 19 y ss); en la consideración de Bergson, que Iberico recuerda, de que la evolución debería ir de lo homogéneo a lo heterogéneo, consideración de la que el filósofo peruano deduce que la vida actual representa un empobrecimiento, porque muestra una uniformidad creciente (“La Aparición histórica”, p. 110). La admiración del pensador nacional por el francés se revela sobre todo en su artículo “El pensamiento histórico de Bergson” (“La Aparición histórica”, p. 180-184) en que Iberico no sólo hace una exposición sobre este tema, sino en que defiende a Bergson de la crítica de E. Nicol, quien sostenía que existiría una discontinuidad inherente a la doctrina bergsoniana de la novedad radical en la historia. En ese artículo Iberico termina manifestando que*

*“La filosofía de Bergson representa, en su profundidad más auténtica la historicidad de la vida, y en ella como bien se comprende, la historicidad del hombre” (op. cit., p. 184)”.*



“Las consideraciones de Llosa y de Salazar, sobre la evolución de la filosofía de Iberico, creemos que no realizan correctamente los cortes que hay que hacer dentro de ella. Esto también sucede con el esquema propuesto por Miró Quesada, quien además emplea un criterio poco sostenible para separar la segunda de la tercera etapa: el viraje de “la pura concepción temporalista hacia una concepción más integral del universo y de la vida interior” (Francisco Miró Quesada, “Despertar y proyecto del filosofar lationamericano”, p. 198), caracterizando esta última concepción por el descubrimiento del espacio y del paisaje (op. cit., p. 199-200), y por la incorporación de ambos a ella como “elementos vivos y como medios reveladores de la realidad última”. Esta consideración no es correcta. Ya en el trabajo “La intuición estética” (1920), incluido en el volumen “Una filosofía estética (1920), había tratado Iberico de la vivencia de la naturaleza (Una filosofía estética, p. 151-159) como una de las formas de la conciencia estética. Allí se encuentran anticipadas muchas de las observaciones que sobre el espacio y el paisaje se formulan posteriormente en las “Notas sobre el paisaje de la sierra” y “El sentimiento de la vida cósmica”, de modo que no es lícito utilizar el criterio mencionado para separar la segunda de la tercera etapa de la evolución de Iberico. Además, poco sentido tiene que Miró Quesada manifieste que el espacio es en la filosofía de Iberico un nuevo medio para captar la realidad última, si al mismo tiempo reconoce que para el pensador peruano él es sólo una realización del tiempo (“Despertar y proyecto”, p.206)”.(\*)

**EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE MARIANO IBERICO.-** Mariano Iberico fue un gran magistrado. Vocal en la Corte Superior de Junín y en la de Lima, en la que llegó a ser Presidente en 1945 encarna por sus notables reflexiones filosóficas y jurídicas, a uno de los “hombres simbólicos” del pensamiento peruano. Como gran filósofo y gran historiólogo Iberico aplicó al Derecho Judicial sus concepciones filosóficas.

El concepto del Derecho y la teoría de la interpretación jurídica de Mariano Iberico la ha extractado el profesor David Sobrevilla en un notable estudio intitulado “Los principios de Lógica Jurídica de Mariano Iberico: Exposición y crítica”, publicado en el “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, pag. 495 a 505, en el cual sostiene que “Los Principios de Lógica jurídica (Lima, 1944; p. 74) constituyen la versión taquigráfica del curso de Lógica Jurídica dictado en el año 1943 por Mariano Iberico. El derecho es según el autor una forma del espíritu y sus leyes persiguen por esencia un deber-ser. Por lo tanto, el derecho implica un sistema de exigencias ideales, o sea, que radican o se fundamentan en una idea. “Si prescribo que los actos jurídicos deben realizarse dentro de tales o cuales condiciones, es porque deduzco esas condiciones de la idea formada sobre la esencia del acto jurídico” (p. 4). El derecho es pues un pensamiento, un pensamiento jurídico. La teoría del pensamiento jurídico no se confunde con la filosofía del Derecho. La primera establece y define las formas esenciales del pensamiento jurídico: sus marcas categoriales, los conceptos inherentes a su esencia y constitutivos de su estructura íntima. En cambio, la filosofía del derecho es una concepción integral del derecho, que no lo toma sólo como pensamiento, sino además como objetivación social y estudia su fundamento metafísico. En el pensamiento jurídico distingue Iberico su materia y su forma. “La materia... está constituida por todos los modos de conducta social y de las relaciones intersubjetivas de los hombres a las cuales se refiere o se dirige la forma jurídica” (pag. 4-5). La forma constituye la esencia del derecho. “La teoría del pensamiento jurídico es un estudio de la sistemática formal del derecho” (pag. 5)”.

(\*).- DAVID SOBREVILLA, ob. cit., pag. 1 a 3.

“La lógica es según Iberico la ciencia del pensamiento y estudia sus leyes, su ordenación y las normas generales a las que está sujeto. “Si, pues, el derecho en cuanto estructura mental, en cuanto conjunto de ideas y de exigencias es un pensamiento, es claro que el derecho no solamente tiene una relación con la lógica, sino que en un cierto sentido el derecho es ya una lógica (pag. 6)”. Pero además de que el derecho se relaciona con la lógica desde el punto de vista de la ordenación del pensamiento jurídico, se vincula con ella desde el punto de vista metodológico. La lógica en cuanto ordenación del pensamiento jurídico tiene importancia y eficacias decisivas como teoría de la definición, como teoría de la clasificación y como teoría de la deducción. La lógica como método tiene principalmente dos formas de aplicación en el ejercicio de la actividad jurídica: la teoría de la prueba y la de la interpretación. “El concepto inspirador de todo este conjunto de consideraciones y de sus aplicaciones prácticas”, dice Iberico, “se fundamenta en el sentimiento de la objetividad del derecho” (p. 8). “Esa autonomía trascendental, ontológica y metafísica del Derecho, que se coloca por encima de la simple legislación y que se ofrece a las miradas de los asociados con una estructura que tiene en sí misma una validez y un sentido, constituyente una de las más admirables fundamentaciones del orden, de la estabilidad y de la vida armónica y equilibrada del hombre... Establecer, al estudiar el derecho, esta que puede llamarse la majestad objetiva de sus formas, esa será la máxima pretensión de este curso” (pag. 8)”. (82)

“Iberico define al Derecho del siguiente modo: “El Derecho es una forma, o para mejor decir, un sistema de formas o de normas que pertenece al mundo espiritual y que en consecuencia implica un sistema de exigencias ideales, de direcciones hacia lo que debe ser” (p. 4). Esta definición no es clara y además presenta una tendencia reduccionista. No es clara, porque el autor no distingue rigurosamente entre el derecho como sistema de formas o normas y el derecho como sistema de exigencias ideales o direcciones hacia lo que debe ser, y tampoco muestra cuál puede ser la unidad de estas dos concepciones. Presenta una tendencia reduccionista, ya que Iberico no toma en cuenta en esta definición a los comportamientos humanos involucrados en el fenómeno jurídico. En cambio, si lo hace en otra definición contenida en su Memoria como Presidente de la Corte Superior de Lima leída en la apertura del Año Judicial de 1944 (Lima, 1944). Allí dice: “El Derecho, como disciplina de la conducta social de los hombres, es esencialmente forma, es decir que es un modo de la existencia independiente en cierta medida de la materia y que se imprime en ella haciéndola servir a determinadas intenciones o finalidades de la vida” (Memoria, p. 8)”

“La idea de Iberico de que el derecho es forma, finalidad ideal o valor no se encuentra suficientemente fundamentada. El se explica así: “Cuando decimos exigencias ideales, queremos decir que las exigencias implícitas en la norma jurídica son exigencias que radican o se fundamentan en una idea. Si prescribo que los actos jurídicos deben realizarse dentro de tales o cuáles condiciones es, porque deduzco esas condiciones de la idea formada sobre el acto jurídico” (Lógica Jurídica, p. 4). En principio, obsérvese que el autor no aclara cómo de una idea procede un deber ser. Lo hace en cambio Husserl en los párrafos 14 y 16 de sus “Investigaciones Lógicas” en cuanto muestra que lo teórico funda lo normativo, que solamente en base a un concepto de “buen” guerrero podemos enunciar un juicio como “un guerrero debe ser valiente”. En segundo lugar, Iberico no aclara la diferencia entre las ideas que se refieren al mundo teórico y las del mundo de la práctica –suponiendo que las ideas existan-. No puede tener el mismo status la idea de hombre que la de la acción de un padre de familia.

(82) - DAVID SOBREVILLA, obra citada, pag. 91-99.



Por último, y esto es en verdad lo más decisivo: el autor parte del planteo platónico-aristotélico de que hay formas a las que corresponden cosas. Pues bien, buena parte de la filosofía contemporánea, y en especial la analítica, han puesto en cuestión esta concepción. Es así como algunos filósofos del derecho sostienen que antes que buscarse una definición (la forma segunda según aristóteles) del derecho o la naturaleza (la esencia) jurídica de la letra de cambio, sería preferible atenerse a los usos del lenguaje jurídico y a su textura abierta (cf. H.L.A. Hart, “El concepto del Derecho”, 1968; Eugenio Bulygin, “Naturaleza jurídica de la letra de cambio, 1961). De acuerdo a esta postura no tendría sentido reflexionar sobre la idea del acto jurídico para deducir de ella las condiciones en que debe realizarse, como propone Iberico, sino que lo único que cabe es determinar cuáles son los hechos condicionantes que según la ley lo caracterizan y cuáles las consecuencias jurídicas que de él se siguen. Esto por una razón muy simple: no hay ningún referente de la expresión “acto jurídico”, sino tan solo aquellos hechos condicionantes y consecuencias jurídicas”.

*“Probablemente, una de las consideraciones más interesantes de este trabajo de Iberico sea su distinción entre la teoría del pensamiento jurídico y la filosofía del Derecho. La primera establece y define las formas esenciales del pensamiento jurídico, esto es, sus marcos categoriales, los conceptos inherentes a su esencia y constitutivos de su estructura íntima. La segunda es una concepción integral del derecho que no solo lo toma como pensamiento, sino además como objetivación social y en su fundamento metafísico. En suma, la filosofía del derecho sería la disciplina más amplia y comprensiva y la teoría del pensamiento jurídico formaría parte de ella. Lamentablemente, el autor no ha desarrollado lo suficiente esta vislumbre y no ha efectuado las diferenciaciones que serían imprescindibles, como veremos en relación al caso concreto de la lógica jurídica”.*

*“La lógica jurídica estudia según Iberico la forma del pensamiento jurídico. “Si, pues, el derecho en cuanto estructura mental, en cuanto conjunto de ideas y de exigencias es un pensamiento, es claro que el derecho no solamente tiene una relación con la lógica, sino que en cierto sentido el derecho es ya una lógica” (pag. 6). Iberico tampoco ha desenvuelto este punto de vista, que bien entendido lo hubiera debido haber llevado a la elaboración de una lógica jurídica trascendental, esto es, a una teoría de las condiciones de posibilidad de lo jurídico, tal como la ha planteado por ejemplo Hans Kelsen”.*

*“El autor concibe a la lógica jurídica tan solo como una teoría de la definición jurídica, de la clasificación jurídica y de la deducción jurídica, esto es, como una mezcla de lo que Francisco Puy denomina lógica jurídica primera y lógica jurídica segunda –y quizás también metalógica- (cf. El esquema de clasificación de Puy de los distintos planos en que puede situarse la ambigua “Lógica jurídica” en M. Sánchez-Mazas, “Cálculo de las normas”, 1973; p. 59). Este contenido de la obra de Iberico es más bien modesto, tradicional y tiene poco de rescatable, es decir, que posee un valor casi puramente histórico, por lo que prescindiremos de considerarlo en detalle. No se olvide sin embargo que las lecciones que comentamos proceden de 1943 y que la lógica deóntica contemporánea tiene su punto de partida en el trabajo de Georg H. von Wright “Deontic Logic” que apareció en la revista “Mind” solo en 1951. Más de otro lado, tampoco puede silenciarse que la lógica jurídica de Iberico adolece de algunos errores que ya en su época hubiera podido evitar, como el presuponer que el razonamiento jurídico es puramente lógico, cuando por entonces ya se había observado que consta también de factores extralógicos. Prueba de lo que decimos en relación a*

(<sup>60</sup>). - Ibid., pag. <sup>60</sup> a <sup>61</sup>.

Iberico la constituyen las siguientes líneas: “Algunos teóricos matemáticos discuten el carácter deductivo de las matemáticas; no nos interesa entrar en el dédalo de estas discusiones. Lo único que nos interesa decir es que el mecanismo del pensamiento jurídico, en su tarea de aplicar la ley, es un mecanismo esencialmente deductivo” (Lógica Jurídica, p. 43)<sup>(83)</sup>

El pensamiento de los grandes maestros de la escuela peruana está inmerso en medio de una crisis que nos ronda, época de tiempos revueltos, en la que el jurista debe ser el instrumento de la justicia social y el arquitecto de la sociedad y del destino.

Manuel Pablo Olaechea Du Bois ha comparado al abogado “ante cuyos ojos desfilan todas la miserias humanas, con el cisne que se desliza majestuoso por los pantanos, sin mancharse, siempre mudo y siempre blanco. El paralelo es significativo”<sup>(84)</sup>.

---

(83).-MANUEL PABLO OLAECHEA DU BOIS: “Estudio Olaechea” 1878-1978, p. 215, penúltimo párrafo, segunda edición, Lima, 1983.







CAPÍTULO XXXIX

LA NUEVA HISTORIA



## CAPÍTULO XXXIX

### LA NUEVA HISTORIA

La fundación de la Revista “Anales” en 1929, por Marc Blotch y Lucien Febvriar, es considerada como el acta de nacimiento de la “Nueva Historia”, cuyos pioneros fueron Henry Berr: “La Síntesis en la Historia”, (UTEHA, México 1961), y Francois Simiand quien publicó, allá por 1903, en la *Revue De Synthese Historique*, pionera de la nueva historia, un artículo donde denunciaba los falsos ídolos, políticos individuales e ideologías, estudio titulado “*Methode Historique et Science Sociale*”.

En 1978, Jacques Le Goff, Chartier y J. Revel, publican la “*Nouvelle Histoire*”, editada en París, por Retz. En esta nueva perspectiva deben citarse estos libros fundamentales:

- Jacques Le Goff: “*Pensar la Historia*”, Ed. Paidos, Barcelona, 1991.
- Elliot Jacques: “*La Forma del Tiempo*”, Ed. Paidos, Buenos Aires, 1984.









**CAPÍTULO XL**

**EL PENSAMIENTO SOBRE EL TIEMPO**



## CAPÍTULO XL

### EL PENSAMIENTO SOBRE EL TIEMPO

Si bien es cierto que el tiempo ya había sido objeto de meditación y aun de problematización desde la Filosofía antigua, por ejemplo, con el presocrático Zenón de Elea, cuando planteó sus célebres paradojas (como aquella de la célebre apuesta de quién era más veloz, Aquiles o la tortuga), no es menos cierto que esta concepción adolecía de un grave defecto: el darnos una concepción estática del tiempo. El tiempo en la filosofía de Parménides y en las paradojas de Zenón de Elea estaba congelado, petrificado, deshumanizado.

El tiempo en la Filosofía antigua, era un tiempo carente de vida y movimiento, era un tiempo des-existencializado, desvitalizado; es un tiempo yerto y congelado. Así sucede con las concepciones del tiempo en Platón y en Aristóteles, en Plotino y aun en San Agustín. Aun para Kant el tiempo sigue siendo considerado como algo estático, es una “forma a priori de la sensibilidad” como se sostiene en la “Estética trascendental”, que es la primera parte de la *Crítica de la razón pura*. En la filosofía de Bergson el tiempo se llama “duración”; y es allí donde se desenvuelve el “élan vital”. En la filosofía de Dilthey, el tiempo se humaniza cuando se concibe al hombre como un ente histórico y a la vida como “historicidad”. Pero, definitivamente, solo es en la filosofía de Heidegger cuando la temporalidad cobra vida y se espiritualiza con el sentido de la angustia y la existencia humana.

Por ello estamos de acuerdo con el profesor uruguayo **LORENZO CARNELLI** cuando afirma que “solo hay un tiempo verdadero, que es el de Heidegger”.<sup>(1)</sup>

La doctrina de la temporalidad de Heidegger ha ejercido una poderosa influencia en el pensamiento jurídico, teológico y filosófico de los últimos años.

Y es que, como dice **HANS REICHENBACH**, “el problema del tiempo siempre ha desconcertado a la mente humana. Tanto los acontecimientos del mundo exterior, como datan nuestras experiencias subjetivas, ocurren en el tiempo”.

Sobre esta reflexión y lo que sigue, véase el extraordinario libro, que fue su obra póstuma, del profesor **HANS REINCHENBACH**: *El sentido del tiempo*, traducción castellana por la Universidad Nacional Autónoma de México (1988, p. 11 y *passim*).

(1).- **LORENZO CARNELLI**: *Tiempo y Derecho*, p. 11. Librería Jurídica Valerio Abeledo Editor. Buenos Aires 1991.



**HANS REICHENBACH** nació en Hamburgo en 1891 y murió en Los Angeles en 1953. Se doctoró en Filosofía en la Universidad de Erlangen y fue profesor de Filosofía de la Ciencia en la Universidad de Berlín de 1928 a 1933 y, después, en la Universidad de California de 1938 a 1953.

Director de la célebre revista *Erkenntnis*, ya era muy conocido por nosotros por sus fundamentales obras lógicas, *La axiomática del espacio-tiempo*, *Átomo y cosmos*, etc. Su esposa María Reichenbach dijo, en el prefacio de la obra citada, que “El tiempo ha sido un tema que ha ocupado la cuenta de los filósofos en todas las épocas. El tema del tiempo constituye el meollo de discusiones recientes, tanto entre físicos como filósofos”.

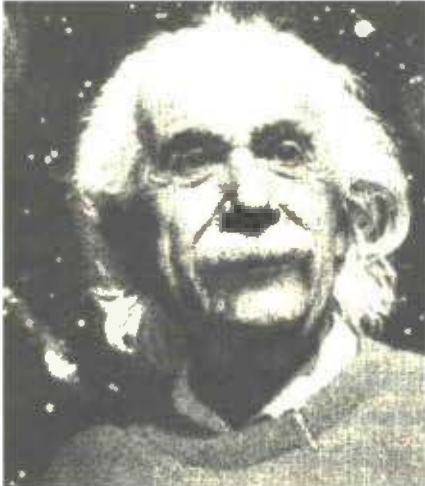


Yo añado, también, que el tema del tiempo constituye para los juristas una nueva dimensión para la reflexión contemporánea.

A nosotros nos interesa el tiempo en su concreción, en su singularización, en su perfil jurídico. Así, cuando hablamos de los plazos y de los vencimientos, de los términos y de las caducidades, de la prescripción adquisitiva y extintiva, de la preclusión y del abandono, de la mora, de la retroactividad y de la ultractividad, de la sentencia indeterminada, y aun de la venta con pacto de retroventa, etc. El tiempo es, pues, una de las dimensiones fundamentales del Derecho. Lo que pasa es que hasta ahora no ha sido tenido en cuenta en la Filosofía del Derecho. Sostengo que constituye uno de los horizontes fundamentales que integran la Teoría Pluridimensional del Derecho.

De igual manera, la Teología del siglo XX se ha iluminado con la introducción de la perspectiva histórica y con la dimensión del tiempo y de la Historia, como lo han puesto en evidencia las maravillosas reflexiones del Cardenal Jean Daniélou con su estudio *Las orientaciones actuales del pensamiento religioso* de 1946 y su otro gran *best seller*: *Ensayo sobre el misterio de la Historia* de 1953, así como la reflexión del notable teólogo protestante franco-alemán Oscar Cullmann en su notable libro *Cristo y el tiempo* de 1946, en el que hizo una notable aportación para una interpretación teológica de la Historia y el tiempo; debiéndose tener en cuenta que Juan Pablo II, el gran Papa de nuestra época, empezó su gran encíclica “*Redemptor Hominis*”, promulgada el 4 de marzo de 1979, sosteniendo que: “El redentor del hombre, Jesucristo, es el centro del cosmos y de la Historia”.

Sobre el tiempo físico ténganse en cuenta las geniales ecuaciones de Einstein y su Teoría de la Relatividad, general y especial. La bibliografía existente es infinita. En la revista *National Geographic* en español, correspondiente al 1 de setiembre de 2003, p. 9, Jean-Leon Huens se ha referido a quienes elevaron la mirada al cielo y revolucionaron nuestra percepción del universo.



**ALBERT EINSTEIN:** Nació en Alemania; cuando tenía apenas 26 años dio a conocer su Teoría Especial de la Relatividad, en 1905. Sostenía que el movimiento, el tiempo y las distancias no eran absolutos, sino relativos a marcos de referencia en movimiento. En un trabajo posterior, publicó una ecuación  $E=mc^2$ , la energía es igual a la masa multiplicada por la velocidad de la luz al cuadrado. Esta breve fórmula dio acceso al hombre a la formidable fuerza del átomo.

En 1916 publicó una segunda teoría, la Teoría General de la Relatividad, en la que incorporó la aceleración y la gravitación a sus conceptos y explicó el Universo desde el punto de vista de un espacio y un tiempo curvos.

En 1921, el físico fue honrado con el Premio Nobel por sus descubrimientos relacionados con la luz y la electricidad. En 1933, después de que Hitler llegó al poder en Alemania, Einstein aceptó un puesto en el Instituto de Estudios Superiores en Princeton, Nueva Jersey. Antes de su muerte, en 1955, el gentil físico pacifista de la conocida melena alborotada había obtenido la veneración del mundo por haber transformado la comprensión que el hombre tenía del Universo.

**EDWIN POWELL HUBBLE:** Al inicio del siglo XX, la mayoría de los astrónomos pensaba que nuestra galaxia contenía a todos los cuerpos celestes existentes. Se debe a HUBBLE la observación de que además de las estrellas que contemplamos y que integran una galaxia llamada la “vía láctea” existen, más allá, otras galaxias distantes que se están alejando rápidamente de nosotros empujados por una fuerza o energía antigravitacional llamada la “energía oscura” en virtud de la cual el universo se encuentra en expansión. Cuando Hubble murió, en 1953, el concepto de “cosmos” había cambiado totalmente y de manera confusa. Hubble se dedicó a medir la distancia hasta las misteriosas nebulosas espirales, de las que durante mucho tiempo se creyó que eran nubes de gas. Pronto estableció que, en realidad, eran otras galaxias. Su descubrimiento marcó el comienzo de un viaje increíble en el tiempo y en el espacio.





A medida que Hubble fotografiaba sistemáticamente los cielos, aparecieron otras galaxias más allá de las más remotas. Mientras él medía la distancia hasta las galaxias, un colega llamado Milton Humason registraba su espectro, el cual, para Hubble, narraba una historia emocionante y casi aterradora: el cosmos estaba explotando salvajemente y cada una de las galaxias más distantes viajaba a una velocidad proporcionalmente mayor.

Todo estudio sobre la temporalidad y el tiempo físico debe tener en cuenta a:

**STEPHEN W. HAWKING:** *Historia del tiempo. Del big bang a los agujeros negros* (1991; hay otras ediciones en español); y **STEPHEN W. HAWKING & ROGER PENROSE,** *Cuestiones cuánticas y cosmológicas sobre la temporalidad*. El tiempo se originó con la creación, en el gran “Big Bang” o gran explosión inicial del Universo. Véase: **DAVID FILKIN:** *El universo de Stephen Hawking. El cosmos explicado* (1997), **HUBERT REEVES:** *El primer segundo. Últimas noticias del cosmos* (1998).

**STEPHEN W. HAWKING** y **ROGER PENROSE** son, ciertamente, dos de los más prestigiosos físicos teóricos contemporáneos que han tratado en profundidad dichas cuestiones. Ambos colaboraron en la década de los 60 y, fruto de esa colaboración, es el desarrollo de los llamados “Teoremas de la singularidad” que, de algún modo, proporcionan una base matemáticamente rigurosa a la idea de los agujeros negros e, incluso, de manera más indirecta, a la del “Big Bang”, sobre el origen del Universo. En *Cuestiones cuánticas y cosmológicas* se presentan algunos de los ensayos y artículos más famosos de ambos científicos; en ellos se tratan, entre otros, temas tan básicos como la estructura del espacio-tiempo según la Teoría de la Relatividad General, el origen y la naturaleza de las singularidades espacio-temporales, que denominamos agujeros negros, y la posible existencia de sus opuestos (“agujeros blancos”), el inventariado problema de la flecha del tiempo, junto a las implicaciones cosmológicas del segundo principio de la termodinámica y el papel de la gravitación en los problemas conceptuales de la teoría cuántica.



**STEPHEN HAWKING** nació en Oxford en 1942 y es un físico teórico británico que ha hecho decisivas contribuciones a la teoría de los agujeros negros y el origen del Universo.

Graduado en Física en 1962 en la Universidad de Oxford, se trasladó a Cambridge para trabajar en un doctorado en Física Teórica. Es una de las mentes más brillantes y lúcidas de todos los tiempos, que ha superado incluso el reto de su enfermedad, que es un trastorno de las neuronas motoras denominado ALS, un deterioro progresivo de los nervios que controlan la acción muscular voluntaria.

Las investigaciones de Hawking están relacionadas con el origen y el fin del universo. El mismo plantea la pregunta decisiva desde el capítulo primero de su libro cumbre “Historia del tiempo”: “¿Qué sabemos acerca del universo? ¿De donde surgió el universo, y a donde vá? ¿Tuvo el universo un principio y si así fue, ¿Qué sucedió con anterioridad a él? ¿Cuál es la naturaleza del tiempo? ¿Llegará éste alguna vez a un final?”.<sup>(1)</sup>

Prosigue Hawking su interesante interrogatorio: “¿Qué hacía Dios antes de que creara el universo?. San Agustín no respondió: estaba preparando el infierno para aquellos que preguntaban tales cuestiones. En su lugar, dijo que el tiempo era una propiedad del universo que Dios había creado, y que el tiempo no existía con anterioridad al principio del universo”.<sup>(2)</sup>

Dice Hawking que el problema de la naturaleza del tiempo fue planteado clásicamente como una cuestión de carácter metafísico o teológico. Pero, añade, que “en 1929, Edwin Hubble hizo la observación crucial de que, donde quiera que uno mire, las galaxias distantes se están alejando de nosotros. O en otras palabras, el universo se está expandiendo. Esto significa que en épocas anteriores los objetos deberían de haber estado más juntos entre sí. De hecho, parece ser que hubo un tiempo, hace unos diez o veinte mil millones de años, en que todos los objetos estaban en el mismo lugar exactamente, y en el que, por lo tanto, la densidad del universo era infinita. Fue dicho descubrimiento el que finalmente llevó la cuestión del principio del universo a los dominios de la ciencia”<sup>(3)</sup>.

“Las observaciones de Hubble sugerían que hubo un tiempo, llamado el **big bang** (gran explosión o explosión primordial), en que el universo era infinitamente pequeño e infinitamente denso. Bajo tales condiciones todas las leyes de la ciencia y, por tanto, toda capacidad de predicción del futuro, se desmoronarían”. .... “Uno podría decir que el tiempo tuvo su origen en el big bang”.<sup>(4)</sup>

La extraordinariamente interesante reflexión de Hawking sobre el comienzo del tiempo a partir del big bang prosigue con otro tema apasionante: los agujeros negros: “el término agujero negro tiene un origen muy reciente. Fue acuñado en 1969 por el científico norteamericano John Wheeler como la descripción gráfica de una idea que se remonta hacia atrás un mínimo de doscientos años”.<sup>(5)</sup>

“Bajo esta suposición, un catedrático de la Universidad de Cambridge, John Michell escribió un artículo en el que señalaba que una estrella que fuera lo suficientemente masiva y compacta tendría un campo gravitatorio tan intenso que la luz no podría escapar”.<sup>(6)</sup>

“No apareció una teoría consistente de cómo la gravedad afecta a la luz hasta que Einstein propuso la relatividad general, en 1915. E incluso entonces, tuvo que transcurrir mucho tiempo antes de que se comprendieran las implicaciones de la teoría acerca de las estrellas masivas”.<sup>(7)</sup>

“En 1928, un estudiante graduado indio, Subrahmanyan Chandrasekhar, se embarcó hacia Inglaterra para estudiar en Cambridge con el astrónomo británico sir Arthur Eddington, un experto en relatividad general” .... “Durante su viaje desde la India, Chandrasekhar calculó lo grande que podría ser una estrella que fuera capaz de soportar su propia gravedad, una vez que hubiera gastado todo su combustible”. “Chandrasekhar, calculó que una estrella fría de más de una vez y media la masa del sol no sería capaz de soportar su propia gravedad. (A esta masa se le conoce hoy en día como el **límite de Chandrasekhar**) un descubrimiento similar fue realizado, casi al mismo tiempo, por el científico ruso **Lev Davidovich Landau**”.<sup>(8)</sup>

(1)- STEPHEN HAWKING: “Historia del Tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros”, capítulo 1, pag. 17-19, editorial Grijalbo, S.A., Buenos Aires, 1991.



Inspirándose en los descubrimientos de Chandrasekhar y de Lev Landau, Stephen Hawking nos hace ver como una estrella puede llegar a contraerse a tal extremo que “su densidad equivalga a decenas de toneladas por centímetro cúbico”.<sup>(9)</sup>

Pero hay más, nos dice Hawking que “Landau señaló que existía otro posible estado final para una estrella”... “Se les llamó estrellas de neutrones. Tendrían un radio de unos quince kilómetros aproximadamente y una densidad de decenas de millones de toneladas por centímetro cúbico”.<sup>(10)</sup>

Esta aplastante y brutal contracción de la materia hasta llegar a un paradójico colapso integral es lo que constituye un agujero negro o “black hole” cuya fuerza gravitatoria es de tal intensidad que nada ni nadie podría escapar de ella; ni la luz; llegando a tener una voracidad tal por la materia que estos agujeros negros se están engullendo, no solo las estrellas sino, incluso, las galaxias mismas.

El tema que estamos exponiendo es tan apasionante que há dado lugar a que en 1983 a Chandrasekhar se le otorgara el Premio Nobel por sus investigaciones sobre la masa límite de las estrellas frías. De igual manera fue galardonado con el Premio Nobel Lev Davidovich Landau, el notable físico teórico ruso, nacido en Azerbaijón en 1908, muerto en 1968, quien descubrió independientemente el límite para la masa de una *enana blanca*. Estos trabajos condujeron a la investigación de Robert Oppenheimer (22 de abril de 1904, muerto el 18 de febrero de 1967) (conocido como “el padre de la bomba atómica” y por ser el director del proyecto “Manhattan”) sobre la teoría de las estrellas de neutrones y al así llamado *límite de Oppenheimer -Volkoff*, para la masa de una estrella de neutrones y para la teoría de los agujeros negros.

En este apasionante tema es preciso citar aún las contribuciones fundamentales a la teoría de los agujeros negros de Roger Penrose nacido en Colchester, Essex, el 8 de agosto de 1931, quien se doctoró en Cambridge y quien luego ha sido profesor en las Universidades de Londres, Cambridge, Princeton y Oxford. Su aporte fundamental a la teoría de los agujeros negros es la de que cualquier cosa que caiga en un agujero negro será brutalmente aplastada en una singularidad en el centro del agujero negro. Con Stephen Hawking demostró luego que el colapso gravitatorio de la materia en una singularidad del agujero negro es un reflejo exactamente contrario a la expansión del universo y, por lo tanto, debe haber existido una extraordinaria singularidad en el nacimiento del universo. Luego, Penrose, desarrolló la teoría de que toda singularidad está rodeada por un *horizonte de sucesos* en la que entran en colapso todas las leyes de la física clásica. Ello ha dado lugar a los intentos de encontrar una ecuación en la que se unifique la teoría de la gravedad y la teoría cuántica; reflexiones y ecuaciones que ha divulgado en su libro de 1990 intitulado “*La nueva mente del Emperador*”.

Léase, además, sus notables libros:

- PENROSE, ROGER & HAWKING, STEPHEN, *Cuestiones cuánticas y cosmológicas*, Alianza Editorial, 1995.
- PENROSE, ROGER, *Las sombras de la mente: hacia una comprensión científica de la conciencia*, Editorial Crítica, 1996.

(9).- STEPHEN HAWKING: “*Historia del Tiempo...*”, pag. 30, edición citada. (1).- *Ibid.*, ob. y loc. cit. (2).- *Ibid.*, ob. y loc. cit. (3).- *Ibid.*, ob. loc., capítulo 4: “Los agujeros negros”, pag. 118. (4).- *Ibid.*, ob. cit., capítulo 4, pag. 118. (5).- *Ibid.*, ob. y loc. cit., in fine. (6).- *Ibid.*, ob. cit., pag. 118.

(7).- *Ibid.*, pag. 119.

(8).- *Ibid.*

- HAWKING, STEPHEN & PENROSE, ROGER, *La naturaleza del espacio y el tiempo*, Editorial Debate, 1996.
- PENROSE, ROGER & ABNER SHIMONY, NANCY CARTWRIGHT, STEPHEN HAWKING, MALCOLM LONGAIR, *Lo grande, lo pequeño y la mente humana*, Cambridge University Press, 1999.
- PENROSE, ROGER, Prólogo de *Einstein 1905. Un año milagroso*, Planeta, 2004.
- PENROSE, ROGER, *El camino a la realidad: Una guía completa de las leyes del universo*, Editorial Debate, 2006.
- PENROSE, ROGER, *Lo grande, lo pequeño y la mente humana*, Ediciones Akal, 2006.

Así pues a la vista de los libros de este notable profesor podemos afirmar que Penrose y Hawking demostraron que las singularidades pueden formarse a partir del colapso gravitatorio de inmensas estrellas moribundas. En el año 2006 Penrose editó el "*Camino a la realidad: una guía completa a las leyes del universo*" que era una guía general sobre las leyes de la física y que constituye uno de los mejores libros de divulgación de las últimas décadas.

Otro de sus notables aportes es su "*Teoría de la Mente*" que partiendo del teorema de la incompletitud formulado por Kurt Gödel, según el cual, es imposible demostrar una cierta proposición matemática, aunque aparentemente esta sea verdadera.

Otra investigación contemporánea decisiva es la que se refiere a una teoría que unifique todas las dimensiones y ecuaciones en un solo todo que abarque la teoría de la gravedad, la teoría de la anti-gravedad o de la fuerza oscura del universo, por la cual las galaxias se alejan aceleradamente unas de otras o teoría del universo en expansión, así como también las interacciones nucleares, el electromagnetismo y otras dimensiones, solo entrevistas por la teoría de las **super-cuerdas**, que es la ruta más probable hacia una **teoría del todo**.

**STEPHEN HAWKING** ha entrevistado este formidable problema en su último libro "*La teoría del todo. El origen y el destino del universo*", editorial Debate, Buenos Aires, 2008, en el que, concluyendo, se plantea estas preguntas: "*¿Qué significaría el que realmente descubriéramos la teoría definitiva del universo?. Pondría fin a un largo y glorioso capítulo en la historia de nuestra lucha por entenderlo. Pero también revolucionaría la comprensión que tiene la gente normal de las leyes que gobiernan el universo*".<sup>(1)</sup>



Otro notable físico contemporáneo cuyo nombre ha devenido en inmortal junto a los de **MAX PLANCK**, **WERNER HEISENBERG**, **ALBERT EINSTEIN**, **NIELS BOHR**, etc. es el de **SUBRAHMANYAN CHANDRASEKHAR**, quien nació en Lahore (India) el 19 de octubre de 1910 y murió de un infarto al miocardio el 21 de agosto de 1995, cuando continuaba investigando su teoría predilecta: la teoría matemática de los agujeros negros.

(1).- **STEPHEN HAWKING**: "*La teoría del todo. El origen y el destino del universo*", pag. 1<sup>ra</sup>, editorial Debate, Buenos Aires, 2008.



“Estudió en la Universidad de Madrás, graduándose en 1930. Mientras oficialmente estudiaba un manual de Física anticuado de moda, Chandrasekhar aprendió de forma autodidacta la Física nueva de la teoría cuántica leyendo los artículos científicos de Niels Bohr, Werner Heisenberg y Erwin Schrödinger en revistas de investigación en la biblioteca de la Facultad, y también el libro *Atomic structure and spectral lines* de Arnold Somerfeld. De hecho, publicó dos artículos de investigación mientras todavía era un estudiante, y gracias a este trabajo ganó una beca para estudiar en Inglaterra”.<sup>(12)</sup>

Sobre el tiempo biológico, psicológico, social y espiritual: **JEAN PUCELLE**: *El tiempo* (1976); sobre el tiempo filosófico: **HENRY BERGSON**: *Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia* (traducción castellana), **HENRY BERGSON**, *El pensamiento y lo movible* (1936); **XAVIER ZUBIRI**: *Espacio, tiempo, materia* (1996); **MARIANO IBERICO RODRIGUEZ**, nacido en Cajamarca en 1882, profesor de Filosofía Antigua en la Facultad de Letras y de Lógica Jurídica en nuestra Facultad de Derecho, Vocal de la Corte Superior de Lima y Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es el gran filósofo de la temporalidad. Murió en Lima en el año de 1974. Sus obras:

- *La filosofía de Bergson* (Tesis doctoral, 1916).
- *El sentimiento de la vida cósmica* (1946).
- *Perspectivas sobre el tema del tiempo* (1958).
- *El espacio humano* (1969).
- *La aparición histórica. Ensayos y notas sobre los temas de la Historia y el tiempo* (1971).

**MARTÍN HEIDEGGER** es el otro gran filósofo de la temporalidad. Nació en Baden el 26 de setiembre de 1889 y murió el 26 de mayo de 1976. Es el más profundo y genial representante de la Filosofía existencial. Fue profesor en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, en la que sucedió al gran **EDMUNDO HÜSSERL**, el gran teórico de la Fenomenología. Su obra fundamental se titula *El ser y el tiempo* (*Sein und Zeit*), obra escrita en 1927 y traducida al castellano en 1962, en la que sostiene que el hombre es un ente histórico, la vida se desarrolla en la Historia y la existencia humana discurre sobre la temporalidad, que es la esencia misma del existir (*Das "Wesen" des Daseins liegt in seiner Existenz*).



(12).- JOHN GRIBBIN: ob. cit., pág. 99.

**HEDWIG CONRAD MARTIUS:** *El tiempo* (1958); sobre el tiempo jurídico, confróntese a **LORENZO CARNELLI:** *Tiempo y Derecho* (1952); **GINO CAPOZZI:** *Temporalità e norma* (1979); **GINO CAPOZZI:** *L' individuo, il tempo e la storia* (1979); **MANUEL GARCIA AMIGO:** *Instituciones de Derecho Civil I, Parte General, Lección 33, El tiempo en el Derecho* (p. 882-910, 1979); **CARLOS COSSIO,** *La teoría egológica del Derecho* (p. 319-125, 1964); **ANTONIO LUIZ MACHADO:** *Fundamentación egológica de la teoría general del Derecho* (p. 95-97, 1974); **GERHARDT HUSSERL:** *Recht und Zeit* (1955), ver referencias sintéticas a esta obra fundamental en Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho* (p. 137-138, 2a ed., 1980); **BERNHARD WINDSCHEID,** *Tratado de Derecho Civil alemán, Tomo I, vol. 1, 31* (p. 107 y 116, 1987); **BERNHARD WINDSCHEID:** *Diritto delle Pandette*, con interesantes anotaciones y referencias de los profesores **CARLO FADDA** y **PAOLO EMILIO BENZA,** (vol. I, p. 86-93, 1930); **LUDWIG ENNECCERUS & HANS KARL NIPPERDEY,** *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II* (p. 463-469, 1950); **ENRICO MOSCATI:** "Tempo", en *Novissimo Digesto Italiano, Tomo XVIII* (p. 1115-1118, 1971).

Por los efectos revolucionarios y paradójicos de todo lo que se ha establecido acerca del tiempo físico y de la cosmología reciente, léase el recientísimo libro de **ANGEL GONZALES HERNANDEZ:** *Teoría que demuestra la inexistencia del tiempo y presenta un nuevo modelo cosmológico del universo* (2006).

Acabamos de ver una perspectiva fundamental en torno a las recientes teorías del tiempo y de la Historia. Veamos ahora la Doctrina Social de la Iglesia en tanto que, desde la Encíclica "Rerum Novarum" trata sobre las cosas nuevas y una nueva perspectiva del tiempo y de la Historia.







CAPÍTULO XLI

EL CÓDIGO DE HAMMURABBI



## CAPÍTULO XLI

### EL CÓDIGO DE HAMMURABBI

Hasta hace pocos años se creyó que el Código más antiguo del mundo había sido el de Hammurabbi, rey de Babilonia cuyo reinado, según **WILL DURANT**,<sup>(1)</sup> se habría efectuado entre los años 2123 y 2094 a. C. o entre 1728 y 1686 a. C., según investigaciones más recientes practicadas bajo la dirección de **ANDRÉ PARROT** con motivo del descubrimiento arqueológico de la ciudad real de Mari<sup>(2)</sup>.

Pues bien, a la luz de estas investigaciones se ha podido llegar a la conclusión de que aún hay tres Códigos escritos con caracteres cuniformes en lengua babilónica y más antiguos que el de Hammurabbi. Estos son:

- 1º. El Código de **LIPIT ISTHAR** descubierto en 1947 escrito en tablilla de arcilla cocida y 200 años más antiguo.
- 2º. El Código de **BICACAMA**, rey de Ashnunak que había reinado 60 años antes y que fue descubierto en 1948.
- 3º. El Código de **UR-NAMUR**, fundador de la tercera dinastía de UR, ciudad estado súmero y que tuvo decisiva preponderancia en Mesopotamia. Se calcula su antigüedad hacia el año 2050 a. C.

La traducción de los Códigos pre-hammurábicos, así como la del célebre texto babilónico, se debe a las investigaciones efectuadas sobre la escritura cuneiforme por Rawlinson y Grotefend, entre otros orientalistas y asiriólogos. Particularmente por Jean Vincent Scheil, primer traductor del Código, en su obra "Publication, transcription et traduction du code d'Hamourabi" que integra el tomo IV de la obra Memorias de la Delegación en Persia, París, 1902, asimismo, la obra de Emile Szischter "Tablettes juridiques de la Ire. Dynastie de Babylone (París, editorial Sirey, 1958); él mismo: Tabletes juridiques et administratives de la III dinastie d'Ur et de la I Dynastie de Babylone (París, Sirey, 1963); y, en castellano, la obra de Horacio N. Castro Dassen y Carlos A. Gonzales Sanchez: "Código de Hamurabbi", Buenos Aires, 1966; así como otra versión del mismo "Código de Hamurabbi" con Estudio preliminar, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

---

(1).- **WILL DURANT**: "Nuestra herencia oriental", Editorial Sud Americana, Buenos Aires, 1941.

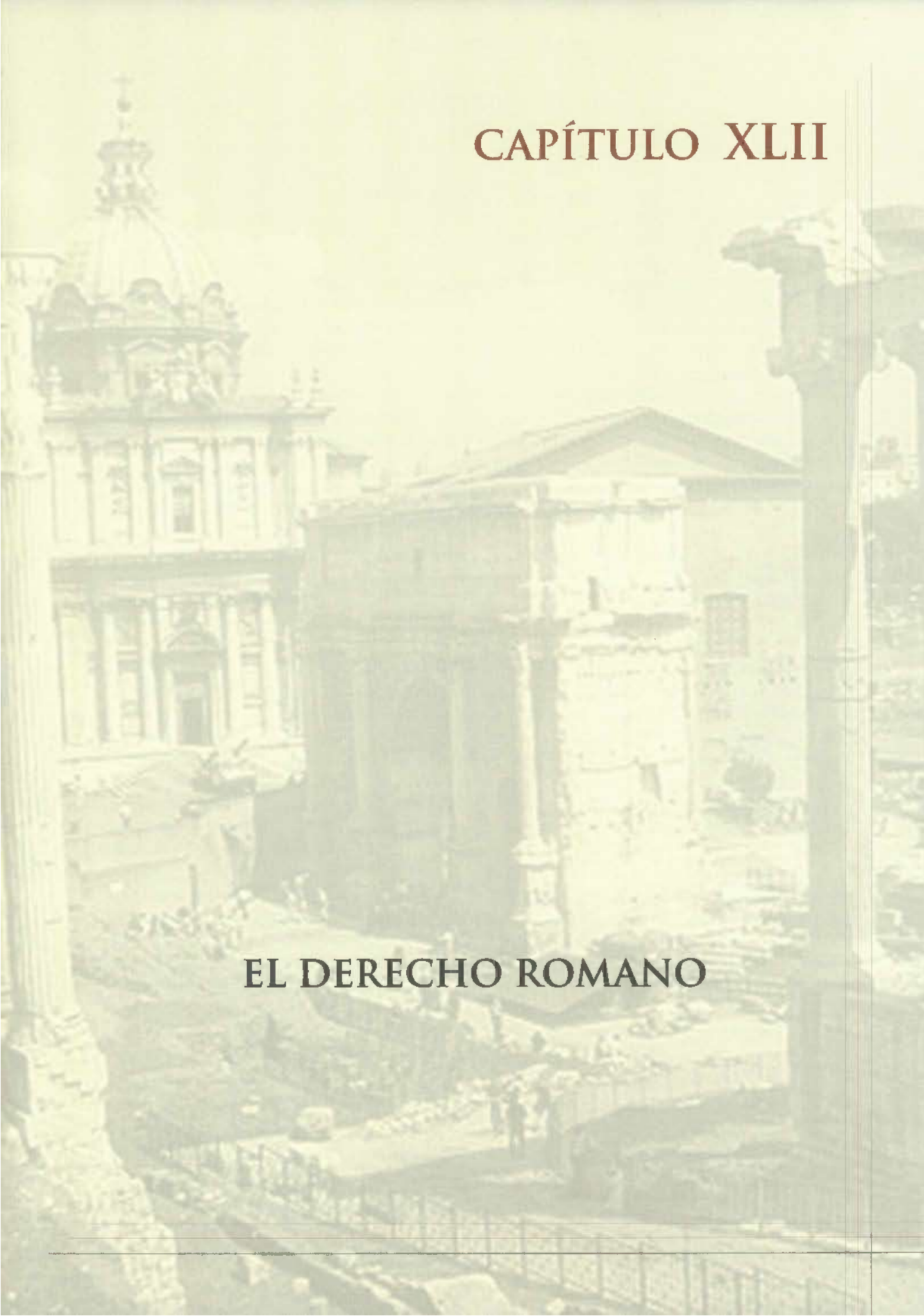
(2).- **ANDRÉ PARROT**: "Sumer", Editorial Aguilar, Madrid, 1961.





# CAPÍTULO XLII

## EL DERECHO ROMANO





## CAPÍTULO XLII

### EL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano es una vivencia que sigue perdurando en nuestros intelectos y en nuestros corazones, en nuestras sentencias y en nuestras defensas, en nuestras clases y en nuestras conclusiones, a manera de brocados, de aforismos o de principios y de máximas: “*Pacta sunt servanda*”, “*Rebus sic stantibus*”, “*Non bis in idem*”, “*In dubio pro reo*”, etc., etc. Con precisión poética el Derecho Romano definió escultóricamente largas páginas de dogmas y conceptos. Por eso dijo magistralmente el profesor **JUAN IGLESIAS** (-) en un notable ensayo intitulado “El estudio actual del Derecho Romano” que “El Derecho Romano late en lo hondo de nuestra cultura”; que “los principios del Derecho Romano viven todavía entre nosotros”; que “no basta leer con pulcritud... tal o cual pasaje de un jurista romano, también hay que traducir tonos y matices”; y que “ese retorno a lo mismo –que significa palingenesis- solo pueden conseguirlo quienes sean a la vez, y de verdad, juristas e historiadores”<sup>(1)</sup>.

Para el maestro **JUAN IGLESIAS** “El Derecho Romano entendido como sentimiento jurídico es pan nutricional de nuestra cultura”<sup>(2)</sup> y concluía en dicho estudio el entonces Profesor de Barcelona – que luego profesó en Madrid – “Seamos juristas de verdad, a la manera que lo fueron los romanos”<sup>(3)</sup>.

Para el profesor **ADOLF PLACHY** “Fue un mérito perdurable de Paul Koschaker el haber demostrado con argumentos de historiador y de jurista, que el Derecho Romano pertenece a los más altos valores culturales de Europa”<sup>(4)</sup> y para el maestro **ALVARO D’ORS** “Paul Koschaker ha demostrado con brillante erudición hasta qué punto la historia del derecho europeo consiste en la recepción y vivencia actualizada del derecho romano; con ello ha subrayado eficazmente el valor de los legistas, cultivadores del derecho romano “a la italiana” (more italico), y defendido la convivencia de perseverar en esos mos italicus todavía hoy, para que el estudio del Corpus Iuris perviva y sea posible instaurar una Jurisprudencia común europea, continuadora de la tradición iniciada por la escuela de Bolonia”<sup>(5)</sup>.

Para el maestro **BIONDO BIONDI** el Derecho Romano puede ser entendido a través de una visión dogmática e histórica<sup>(6)</sup> pero, sobretodo, a través de una visión pluridimensional del Derecho, tal como lo sostiene en su brillante estudio “*Prospettive Romanistiche*” en el cual nos dice que “Derecho Común y Pandectística no representan sino la reconstrucción, o mejor la continuación del Derecho Romano”<sup>(7)</sup>.

(1). **JUAN IGLESIAS**: “El estudio actual del Derecho Romano”, en “L’Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker”, vol. II, pag. 11, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.

(2). **Ibid.**, ob. cit., pag. 14.

(3). **Ibid.**, ob. cit., pag. 11.

(4). **ADOLF PLACHY**: “Il Diritto Romano come Valore culturale nella storia dell’Europa”, en “L’Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker”, vol. I, pag. 11, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.

(5). **ALVARO D’ORS** “*ius Europaeum*”, “L’Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker”, vol. I, pag. 11, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.

(6). **BIONDO BIONDI**: “Dogmatica e storia”, en “*Scritti Giuridici*”, volumen I, pag. 11, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.

(7). **BIONDO BIONDI**: “*Prospettive Romanistiche*” en “*Scritti Giuridici*”, volumen I, pag. 11, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1964.



“La perenne vitalidad del Derecho Romano, exaltada también por los poetas, es mérito no solo de los elementos intrínsecos de aquel derecho, sino, sobretudo, se debe a la sabia y paciente obra de los intérpretes que, en el curso de los siglos, han sabido extraer del Corpus Iuris aquellos elementos jurídicos universales que constituyen el summum de la ratio scripta, a guisa que el Derecho Romano, no cual fue, sino cual fue entendido y elaborado por los intérpretes, constituye no un Derecho sino, fundamentalmente, el Derecho. Es así que luego de varios siglos de verdadera decantación jurídica **DOMAT** llegó a considerar al Derecho Romano no como el espejo de un Derecho históricamente determinado sino como “le dépôt des règles naturelles de l'équité”<sup>(\*)</sup>.

Según **BIONDI** “Los nuevos Códigos no son más que un paso ulterior de avanzada respecto al Derecho Común y a la Pandectística y una nueva fase en la evolución secular del Derecho que tiene en el Derecho Romano su punto de partida. Con frase feliz se ha dicho “que el Derecho Romano presenta dos historias: una de los orígenes hasta Justiniano y otra de Justiniano hasta nuestros días” (**BONFANTE**: “Diritto Romano”, pag.3). Es la tradición romanística que continúa ininterrumpidamente desde Justiniano al siglo XIX” – Y yo me permito sostener que aún continúa mientras escribo esta página hoy día, 27 de Diciembre del 2011<sup>(\*)</sup>. “Por tanto, añade - **BIONDI** – la cualidad de romanista y de civilista coinciden y se identifican en la misma persona; así en Alemania, cuando entro en vigencia el nuevo Código Civil, los pandectistas devinieron casi automáticamente, en civilistas y los Tratados de Pandectas contenían materia tan viva y tan moderna que, con oportunas adaptaciones pudieron devenir en excelentes Tratados de Derecho Civil: basta recordar aquellas notas y apéndices de **KIPP** hechas a las venerandas Pandectas de **WINDSCHEID** y, por su parte, el pandectista **Dernburg**, en el curso de pocos años, pudo presentar un imponente Tratado de Derecho Civil sobre la base del Nuevo Código”<sup>(10)</sup>.

Para comparar la diversa influencia ejercitada por el Derecho Romano en Inglaterra y Alemania, me permito citar una brillante metáfora de Paul Koschaker: “El Derecho romano viene, pues, a ser para los juristas ingleses, un venerable anciano de hermosas y luengas barbas, al cual se le abre cortesmente la puerta cuando llama, a quien se escucha con respeto y a quien se acompaña hasta la puerta para despedirle. En Alemania, en cambio, es arrojado con insultos, simplemente porque en los años de su juventud se permitió fumar sus pipas con excesiva familiaridad en los salones de doña Germania, y el humo de su tabaco ennegreció los muebles y la seda de las tapicerías con tal intensidad, que hasta la fecha, el procedimiento mejor, no ha podido suprimir el fuerte aroma que dejara”<sup>(11)</sup>.

La insurgencia de los germanistas contra los romanistas hizo explosión durante la nefanda vigencia del Tercer Reich Alemán y su lema “Deutschland über alles” con el cual se suprimieron las cátedras de Derecho Romano y se relegó a los romanistas, no obstante la más o menos pacífica convivencia entre germanistas y romanistas preconizada por la escuela histórica desde las páginas de la “Zeitschrift für die Geschitliche Rechtswissenschaft”. Este grave problema que constituyó toda una grave crisis del Derecho Romano en Alemania ha sido analizado por Betti en su estudio “La crisi odierna della scienza romanistica in Germania” publicado en la Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni”, año 1939, pag. 120 A 128 y por Paul Koschaker en su estudio “Die Krise der römischen Rechtswissenschaft”, Munich, 1938

(\*)- Ibid., ob., cit., pag. 202.

(\*)- Ibid., ob., cit., pag. 202.

(\*)- Ob., cit., pag. 202, 204.

(11)- **PAUL KOSCHAKER**: “Europa y el Derecho Romano”, pag. 217 a 200, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1900.

y en el Prólogo a la Primera Edición así como en el capítulo 17 del aureo libro del maestro de Klagenfurt, nacido el 19 de Abril de 1879 y muerto el 1º de Junio de 1951, en el cual replicaba al punto 19 del programa del partido nazi que establecía lo siguiente: “Exigimos que el Derecho Romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un derecho común alemán”. La replica de Koschaker a este planteamiento corre en las páginas 411 y siguientes del famoso libro del maestro alemán, así como en las ya citadas páginas de Betti, las de Biondi en su estudio “Crisi e sorti dello studio del Diritto Romano”, publicadas en el volumen I, de sus “Scritti Giuridici”, pag. 383 y ss.; Schönbauer: “Zur krise des römischen Rechts”, Weimar, 1939; Cabral de Moncada “Actual crise de romanismo na Europa” en el Boletín da Faculdade do Direito, Coimbra, 1940; Betti: “Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi dogmatica” publicado en los “Studi Arangio-Ruiz”, volumen I, pag. 1-42, Nápoles, 1952, etc.

Es indiscutible el valor educativo del Derecho Romano en la formación del pensamiento jurídico contemporáneo. Atrás queda como una falacia y como una manipulación política la consigna nazi de eliminar el estudio del Derecho Romano en los curricula de las Facultades de Derecho. Atrás queda también como una razón perezosa, la eliminación del curso en los curricula. La crisis del Derecho Romano no es en el fondo más que una tendencia al facilismo y a la simplificación educativa en la formación jurídica del abogado.

Aún cuando algunos romanistas han sostenido que el Derecho Romano “fue un Derecho eminentemente pragmático y casuista porque tendió exclusivamente a satisfacer las necesidades de la vida” y que “Los jurisconsultos romanos no pretendieron elaborar una ciencia jurídica y poco se cuidaron de reducir a principios el mundo de sus conocimientos”. “Ignoraron la filosofía de los valores jurídicos y por ello su labor está despojada de contenido dogmático”. “Empíricos geniales”, “Casuistas insignes”; tales son los calificativos de un notable romanista venezolano en un libro famoso<sup>(1)</sup>

Grave error, resultante, acaso de enfrascarse en los textos de la masa papiniana en el Digesto habida cuenta que Papiniano, el más famoso de los jurisconsultos clásicos, dedicó la más importante de sus obras - los “19 Libri Responsorum” a tratar y responder las más variadas cuestiones solucionando brillantemente casos concretos.

Empero, no hay más que abrir el Digesto para encontrarnos desde el Libro I, intitulado “De Justitia et Iure”, “De la Justicia y el Derecho”, desde el primer fragmento, se empieza con una definición iusnaturalista del Derecho: “nam ut eleganter Celsus definit, **ius est ars boni et aequi**”, “Conviene que el que ha de dedicarse al Derecho conozca primero de dónde proviene la palabra ius (Derecho). Viene de iustitia, porque, según lo definió elegantemente Celso, el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo”.

(1).- HUMBERTO CUENCA: “Proceso Civil Romano”, Pag XXVIII, Ejea, Buenos Aires, 1971.



# CAPÍTULO XLIII



## EL CONCEPTO DEL DERECHO EN EL DERECHO ROMANO





## CAPÍTULO XLIII

### EL CONCEPTO DEL DERECHO EN EL DERECHO ROMANO

Y es que el concepto del Derecho en el Derecho Romano fue entendido pluridimensionalmente: 1) como *ius*; 2) como *iustitia*; 3) como *iuris praecepta*; 4) como *iurisprudentia*.

Entendido como *ius*, Celso lo definió como el arte de lo bueno y de lo equitativo: “*ius est ars boni et aequi*”.

Pero, además, en dicho sentido de *ius*, Papiniano lo entendió como *ius Civile* e *ius Praetorium*. “Derecho Civil (*ius civile*) es el que dimana de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos” (Fragmento 7, D.I;1).

“*Ius Praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis*” “Derecho Pretoriano es el que introdujeron los pretores para ayudar, suplir o corregir el Derecho Civil” (Fr. 7 D.I.1).

Entendido como *iustitia* el Derecho, fue definido por Ulpiano como la “*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*”, esto es como “la voluntad constante y permanente de darle a cada uno lo suyo” (Fragmento 10, Digesto, Libro primero, Título primero).

Entendido como “*iuris*” el Derecho fué concebido por **ULPIANO** como una trilogía de preceptos: “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”: “Los preceptos del Derecho son : vivir honestamente, no dañar a otro y darle a cada uno lo suyo”.

Entendido como *iurisprudentia* el Derecho era concebido como la ciencia de lo justo y de lo injusto : *iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia* ( Fr.10, 2, D.I, 1).

Así pues, el significado del Derecho Romano nos precede en el tiempo al elaborar una concepción pluridimensional en la que la técnica de los juristas clásicos superando la visión tridimensional del Derecho planteaba una cuádruple concepción entendida como *ius*, *iustitia*, *iuris*, *iurisprudentia*; tetralogía, ésta, a la que habría que añadir aun, las seis concepciones que, según el profesor **RICCARDO ORESTANO**, encierra el significado del Derecho Romano:

- 1) Como Derecho Histórico , *strictu sensu* considerado;
- 2) Como Tradición Romanista;
- 3) Como Derecho Común;
- 4) Como Derecho Romano actual o “Pandectística”;
- 5) Como Romanística;
- 6) Como Romanismo o aspiración idealista o expresión epónima o metafórica, objeto de apología que sirve para la inspiración política sentimental.

Esta interesantísima concepción hexadimensional del Derecho Romano debe consultarse leyendo dos estudios fundamentales del gran romanista italiano, el maestro **RICCARDO ORESTANO**, quien nació en Palermo el 26 de mayo de 1909 y murió en Roma en 1988. Fue profesor de Derecho Romano en las universidades de Cagliari, Siena, Génova y Roma. En sus clases magistrales nos enseñaba el Derecho Romano a la luz de la Teoría General del Derecho, de la Historiología, de la Historiografía y de una concepción historicista que se refleja en sus grandes libros que aquí cito y que me han inspirado:

- "*L'appello civile in diritto romano*", segunda edición, Turín, 1953.
- "*Introduzione allo studio del diritto romano*", Società editrice il Mulino, Bologna, 1987. Hermoso y fundamental libro es este bello capolavoro de Orestano, del cual hay una traducción castellana, Madrid, 1998, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998. Traducida en 1997 por Manuel Abellán Velasco.
- "*Diritto Romano*", en "*Novísimo Digesto Italiano*", Volumen V (Cfr.- Dis), p.p 1024 a 1047, editado por la U. T. E. T., Torino, 1960.



CAPÍTULO XLIV

EL GENIO ROMANO Y  
LOS GRANDES JURISTAS





## CAPÍTULO XLIV

# EL GENIO ROMANO Y LOS GRANDES JURISTAS

a) El genio romano; b) ¿Quiénes son juristas?.- c) El Derecho de Juristas y el Derecho de Profesores; d) Los grandes romanistas y el Derecho Romano “strictu sensu”; e) La tradición romanista.

a) El genio romano.

*El genio romano consistió, esencialmente, en la belleza de la solución de un caso litigioso: Es el genio jurídico. La técnica y la filosofía de los juristas romanos consistió, fundamentalmente, en darle una solución estética, armoniosa y justa a una controversia. Este es el legado inmortal del Derecho Romano.*

El encanto peculiar de la jurisprudencia romana consistió en una formidable intuición de todas las dificultades teóricas y prácticas y resolverlas genialmente con una elegante y escultórica frase lapidaria: “Pacta sunt servanda”, “Rebus sic stantibus”, “Jus est ars boni et aequi”; “Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere”; “Secundum alegata et probata iudex iudicet decidere debeat”, “Nemo iudex sine actore”, “Onus probandi incumbit qui affirmat non qui negat”, “Actore non probante reus est absolvendus”, “Confessio est regina probationum”, etc.

b) ¿Quiénes son juristas?

Y es que el Derecho Romano fue en sus más grandes épocas un Derecho de Juristas. **Juristas son quienes sienten la belleza en la solución de un caso litigioso, resolviendo armoniosamente y con virtuosismo estético lo que corresponda con arreglo a la justicia.** Y como la justicia es la virtud suprema, según decía Aristóteles, los Juristas bien pueden ser calificados de virtuosos y bien puede denominarse virtuosismo a la técnica de la interpretación jurídica que consiste en resolver por intuición, por deducción, por inducción o por analogía; según corresponda a la libre investigación jurídica. Grandes juristas fueron los jurisconsultos del Derecho Clásico como Cicerón, Quinto Muscio Scévola, Labeón, Ulpiano, Paulo, Modestino y Papiniano, etc.

Pero el virtuosismo jurídico puede ser obra también de grandes profesores. Grandes profesores fueron Gayo, Teófilo, Cratino, Doroteo, Anatolio, Juliano, etc.

### c) El Derecho de Juristas (“Juristenrecht”) y el Derecho de Profesores (“Professorenrecht”).

A la luz de este arco voltaico que irradian los dos grandes polos creadores del Derecho: el Derecho de Juristas y el Derecho de Profesores, uno de los más grandes romanistas del siglo XX, **PAUL KOSCHAKER**,<sup>(1)</sup> ha dedicado un áureo libro intitulado: “Europa y el Derecho Romano” a tratar el sugestivo binomio en referencia y en sus hermosas páginas nos habla de un “Juristenrecht” y de un “Professorenrecht”, visualizando la historia del Derecho Romano como una historia de catedráticos, de jueces y de abogados, de métodos hermenéuticos, de expedientes didácticos, de praxis jurisprudenciales y de recepciones legislativas, como lo ha dicho en hermosa reseña el maestro Calasso en la página 25 de su “Introduzione al Diritto Comune”, Milano Giuffré, 1951.

Así por ejemplo, para precisar la técnica y la filosofía de los juristas romanos, cito entre los grandes historiadores del Derecho Romano a Otto Karlowa,<sup>(2)</sup> Paul Krüger,<sup>(3)</sup> Alfredo Pernice,<sup>(4)</sup> Rudolph Sohm,<sup>(5)</sup> Paul Jörs,<sup>(6)</sup> Wolfgang Künkel,<sup>(7)</sup> Otto Lenel,<sup>(8)</sup> Franz Wieacker<sup>(9)</sup> y Max Kaser,<sup>(10)</sup> quienes en sus hermosas evocaciones de Labeon nos han hecho ver cómo este jurista genial “puso claridad y fijeza en la teoría y en la práctica del Derecho, creando una serie de clasificaciones, divisiones y definiciones. De él proceden, por ejemplo, las definiciones del “dolus malus”, del error excusable, el concepto de pertenencia, etc.

Y, también, la división de las acciones en reales y personales que aún perdura en la moderna técnica del Derecho Privado. **Labeon**, gran filólogo conocedor profundo de toda la cultura griega y romana de su tiempo, aplica los métodos filosóficos a sus estudios de jurisprudencia. Así pudo definir con trazo seguro las normas jurídicas que flotaban en el ambiente, faltas de todo contorno y modelarlas dándoles formas precisas que perduran hasta nuestros días. Por ello ha podido sostener Sohm que “aquella forma tajante de sus definiciones y su precisión y claridad lógica, le vale al jurista Labeón la admiración de sus contemporáneos y le asegura el triunfo de la posteridad”.<sup>(11)</sup> Y el maestro Max Kaser, profesor en la Universidad de Hamburgo, ha podido sostener que “el contacto de Roma con la Filosofía griega, procuró a los romanos el campo abonado para el desarrollo de la ciencia del Derecho, pues con el análisis y la síntesis, pudo Roma elaborar los conceptos jurídicos y ordenarlos en un sistema. Descubierta por los griegos, este método lógico fué desenvuelto brillantemente por los juristas romanos”.<sup>(12)</sup>

(1).- **PAUL KOSCHAKER** nació el 2 de abril de 1877 en Klagenfurt, Austria y murió el 1 de junio de 1954. Fue un brillante profesor de Historia del Derecho Romano y Derecho Oriental en las Universidades de Innsbruck, Praga, Frankfurt, 1908, 1911, Leipzig, 1912, 1914, Berlín, 1914, 1915, Tübingen, 1915, 1916. Fundador de la Historia de la escritura cuneiforme. Fue un notable investigador y escritor de obras dedicadas al Derecho Asirio-Babilónico. Pero, creo que el mayor impacto de su producción científica lo produjo su obra cumbre intitulada “Europa y el Derecho Romano”, publicada en 1927, traducida al castellano por el profesor José Santa Cruz Teijeiro y publicada por la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, un volumen de 112 páginas, en cuyo Prólogo a la primera edición nos dice que la Génesis de su libro se remonta al otoño de 1920 cuando publicó un estudio titulado “La crisis del Derecho Romano y de la Ciencia Romanística del Derecho”. “El deseo de redactar unas adiciones a una proyectada traducción italiana de esta obra me ofreció la ocasión para ocuparme de nuevo con los problemas propios del tema que es objeto del citado trabajo”. “Hoy, después de la catástrofe de la segunda guerra mundial, que ha costado a Alemania el sacrificio de una buena parte de su historia, la traducción a una lengua cualquiera de la obra de un profesor alemán no puede ofrecer, ciertamente, perspectivas muy halagüeñas”. Personalmente, doy mi voto en disidencia al dictum del gran profesor austriaco porque, sostengo, que las más brillantes obras de Derecho se han escrito en alemán.

(2).- **OTTO KARLOWA**, Profesor en Greifswald y finalmente en Heidelberg. Nació el 11 de febrero de 1856 en Bückeberg y murió en Heidelberg el 4 de enero de 1924. Su obra fundamental se intitula: “Römische Rechtsgeschichte”: “Historia del Derecho Romano”, 1909, 1914.

(3).- **PAUL KRÜGER**: Nació en Berlín el 29 de marzo de 1828 y murió en Bonn el 11 de mayo de 1880, fue profesor en Marburgo, Innsbruck, Königsberg y Bonn. Escribió con Mommsen una famosísima edición del Digesto y a él se deben las mejores ediciones críticas de las Institutas y del Código de Justiniano. Es célebre su clásico libro “Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano”, traducción castellana en Madrid por la editorial la España Moderna.

(4).- **LOTHAR ALFRED PERNICE**, “Marcus Antistio Labeo. Das Römische Privatrecht in erste Jahrhundert der Kaiserzeit”, (Labeón. El Derecho Privado Romano en los primeros siglos del Principado) Vol I 1903, Vol II 1912, Vol III 1912. PERNICE (1861-1925), fue un gran profesor de Derecho Romano en las universidades de Halle y de Berlín. Publicó una segunda edición del Vol II, notablemente reelaborada en 1925 y su segunda parte en 1926.

(5).- **RUDOLPH SÖHM**, Brillante profesor de Derecho Romano, de Historia del Derecho, de Derecho Civil, miembro de la segunda comisión redactora del B.C.B. entre 1898 a 1900, fue también, un notable Canonista y Germanista. Nació en Rostock el 29 de octubre de 1841. Murió en Leipzig el 11 de mayo de 1917. Libre-Docente en Göttingen (1869-1870) y, luego, profesor ordinario en Friburgo (1879), Strasburgo (1881) y en Leipzig (1882-1917). Citamos, a continuación, una serie de párrafos extractados de sus famosas “Instituciones de Derecho Romano” obra universalmente conocida porque en ella los estudiantes de todo el mundo hemos es-



tudiado el Derecho Romano, acaso porque las "Instituciones" de Söhm, actualizadas y pulidas después de su muerte en 1917 por otros dos grandes maestros que lo sucedieron: Ludwig Mitteis y Leopold Wenger, constituyen la mejor exposición de Derecho Romano expuesta por los más grandes romanistas de la Escuela Alemana. Como ya lo dijera don Wenceslao Roces en el "Prefacio del traductor" a la 7ª edición (1933) de esta obra canónica (traducción castellana Madrid 1996) "el Derecho Romano sirve de guía a los juristas por los caminos de la Historia explicando a la inteligencia moderna una de las epopeyas más fecundas y ejemplares de la historia jurídica del mundo. El estudiante como el ya iniciado, el estudioso, el investigador y el profesional, el civilista y el político que no quieran moverse por tanteos, mecánicamente, han de volver a cada paso los ojos al Derecho de Roma, para buscar en sus luminosos horizontes derroteros perdidos".

"Otro cometido tiene, al lado de éste y acaso consustanciado con él, el Derecho Romano. Es -nos dice Söhm- el de iniciar el espíritu del estudiante en las teorías y en los conceptos fundamentales del Derecho Privado, como indispensable preparación para la inteligencia del Derecho vigente. Y esto. Porque las teorías, principios e instituciones cardinales del Derecho que rige en nuestros códigos; estas instituciones, principios y teorías que forman el armazón de nuestro sistema de Derecho Privado, tienen todas su entronque en el Derecho clásico de Roma, trasvasado al Corpus Iuris Justiniano, y luego, de allí, a las leyes modernas. Así, historia y dogmática, sistema y genealogía, se aúnan de continuo, y sólo quien posea ideas claras sobre el ascendente y el devenir de una institución, de una norma- aun la más leve y elemental-, puede decir que verdaderamente la conoce en sí, y sólo ese acertará a aplicarla sin vacilaciones, certeramente y con la diáfana noción de justicia. Porque la historia, no sólo es maestra del Derecho, más también de justicia. Dentro de la visión general y armónica del sistema, la historia jurídica nos enseña a conocer, por su genealogía, las normas que hoy nos rigen". ("Prefacio del traductor", pág. XII y XIII).

(4).- **PAUL JÖRS**, Otro nombre glorioso entre los grandes maestros de Derecho Romano en la escuela de los pandectistas alemanes. Discípulo de Windscheid fue profesor en Bonn, Kiel, Giessen y Viena. Nació en Pomerania el 8 de octubre de 1857. Murió en Viena el 26 de setiembre de 1925. Es autor de numerosas voces del Derecho Romano, como por ejemplo la del jurista Labeón, en la "Real Enzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft (Enciclopedia de la Ciencia de la Antigüedad clásica), dirigida por PAULY-WISSOWA-KROLL que se publica en Stuttgart desde 1904. Citamos, a continuación, una serie de párrafos extractados de su formidable "Derecho Privado Romano" edición refundida por WOLFGANG KÜNKEL, profesor en Göttingen, traducción al castellano por el profesor de Derecho Procesal Civil don Leonardo Prieto Castro, editorial Labor, Barcelona, 1936.

(7).- **WOLFGANG KÜNKEL**, Es otro de los grandes maestros cuyos nombres desfilan raudamente en las grandes universidades del mundo. Nació en Odenwald el 20 de noviembre de 1907. Fue profesor en las universidades de Freiburg im Brisgau, Göttingen, Bonn, Heidelberg y Munich en donde enseñó hasta su muerte. Su refundición del clásico libro de Paul Jörs y su "Historia del Derecho Romano", traducción de la cuarta edición alemana por el profesor Juan Miquel, editorial Ariel, Barcelona, 1973, constituyen una lectura obligada en la Universidad de San Marcos en donde todos lo leemos.

(8).- **OTTO LENEL**, Nació en Mannheim el 19 de diciembre de 1869 y murió en Freiburg el 7 de febrero de 1955. Con Lenel, Gradenwitz, y Eisele llegamos a la cima de la escuela analítica de las interpolaciones que ha tenido también en Italia figuras destacadas como: Contardo Ferrini, Giovanni Baviera, Hilario Alibrandi, Paolo Frezza, etc. OTTO LENEL escribió en 1893 su clásica obra "Das Ediktum Perpetuum" que es una excelente reconstrucción del edicto del Pretor. Su otra famosa obra principal se intitula: "Palingenesia Iuris Civilis", escrita en 3 volúmenes en 1889, en la que reconstruyó con singular talento los fragmentos dispersos de las obras de los jurisconsultos clásicos, que estaban esparcidas en las Pandectas y otras fuentes del Derecho Romano.

(9).- **FRANZ WIEACKER**, Nació en Stargard el 3 de agosto de 1896 y murió en Göttingen en 1994. Romanista, medioevalista, filósofo, teórico general del Derecho y civilista fue profesor en las universidades de Leipzig (1927), Göttingen (1930), Freiburg in Brisgau (1936) y nuevamente en Göttingen donde murió. Ha sido uno de los más grandes profesores y juristas de nuestro tiempo. Fundador de una nueva ciencia romanista que es la "Textstufenforschung", tal como la desarrolla en su obra fundamental "Textstufen klassischer Juristen", Göttingen, 1960. Es una obra de investigación de las interpolaciones pre-justinianas y de los estratos de los textos de la jurisprudencia clásica. La "Textstufenforschung" postula la reconstrucción de los textos originales de la literatura clásica, iluminando la historia de los mismos a través de las vicisitudes sufridas en su transmisión, en su reproducción y difusión. La historia del texto-Textgeschichte- en sus alternativas o mutaciones puede decirnos algo sobre los cambios habidos en la historia del Derecho. Así sostiene que alrededor del año 300 d. C. toda la literatura clásica conservada pasó por el filtro de una reedición mediante nuevos textos que suplantaron a los volúmenes antiguos de los clásicos y así es como en ese momento se produjeron la inmensa mayoría de las interpolaciones y de las corrupciones de los clásicos hasta la época de la compilación de Justiniano en la que se consagraron las interpolaciones en sentido estricto. Según Wieacker el centro de gravedad de las interpolaciones pre-justinianas debe retrotraerse de la tarda época post-clásica a la fase inicial de la misma, es decir, a la época de Diocleciano e incluso, a épocas anteriores. De allí el interés del profesor WIEACKER para el estudio del Derecho Vulgar o Vulgarrecht que lo ha desarrollado brillantemente en dos hermosos estudios: "Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike", estudio publicado en los "Studi in onore di Pietro de Francisci", volume terzo, pág. 159 a 196. Milano, Dott. Antonino Giuffré - Editore, 1966 y su: "Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike", 1965. Pero, además, el profesor WIEACKER escribió su: "Römische Rechtsgeschichte", München, Beck, 1968 y su fundamental "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", editorial Aguilar, Madrid, 1967, reeditada por editorial Comares, Granada, 2000, entre otros estudios fundamentales.

(10).- **MAX KASER**, Nació en Viena el 21 de abril de 1906 y murió en Airing el 19 de enero de 1997. Profesor en Münster y en Hamburgo, puede ser considerado uno de los más grandes romanistas alemanes del siglo XX. Es autor de un fundamental libro sobre el proceso civil romano: "Das Römische Zivilprozessrecht", 3da. edición, editorial Beck, München, 1966; "Das Römische Privatrecht", 3da. edición, editorial Beck, München, 1973; "Römische Rechtsgeschichte", 3da. edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, traducción italiana: "Storia del Diritto Romano", ed. Cisalpino, Milano, 1969. Inspirándonos en sus sabias palabras de la "Introducción", parágrafo 1, nosotros también decimos que: "El Derecho Romano ha dominado dos épocas en la historia de la cultura jurídica occidental: en la antigüedad rigió el sistema de vida del pueblo romano"..... "Al Derecho Romano le fue aun asignado en suerte después de siglos de la caída del mundo antiguo, de tomar a nueva vida en gran parte de Europa, durante el medioevo".... "El renacimiento del Derecho Romano en el Medioevo fue sobre todo el redescubrimiento de la ciencia jurídica romana....."

El profesor Kaser ha escrito además "Zum begriff des spätrömischen Vulgarrechts" publicado en los "Studi in onore di Emilio Betti", volumen segundo, pág. 311 a 372, Milano, Giuffré, 1964; y "Vulgarrecht" publicado en la Realenzyklopädie de Pauly-Wissowa. Este hermoso tema dió lugar a unas conferencias que el profesor Max Kaser dictara en marzo de 1964 en la Facultades de Derecho de Barcelona, Valencia, Madrid, Santiago de Compostela, Valladolid y La Laguna las mismas que se intitulaban "El Derecho Romano Vulgar Tardío" y que fueron publicadas en el Anuario de Historia de Derecho Español, tomo XXX, Madrid 1960, pág. 417 a 450; las mismas que constituyen una lectura obligatoria para todos mis discípulos en el curso de Derecho Romano que dicto en la Universidad de San Marcos. El maestro escribió además cuando ya estaba en el asilo de ancianos de Airing, en 1968, un último libro, su "canto del cisne" intitulado "Ius Gentium", Editorial Comares, Granada, 2004, traducción de Francisco Javier Andrés Santos.

(11).- **SOHM-MITTEIS-WENGER**, "Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema", pág. 85, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936

(12).- **MAX KASER**: "Derecho Romano Privado", versión directa de la 1ta. edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, pág. 7, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1988.



#### d) Las diversas acepciones del Derecho Romano y el Derecho Romano “strictu sensu”.

El Derecho Romano tiene varias acepciones: una primera acepción está referida al Derecho Romano “strictu sensu” que, en sus comienzos, fue concebido como el “*ius proprium civium romanorum*”, el derecho propio de los ciudadanos romanos que, luego, evolucionó gracias al Pretor y a los jurisconsultos clásicos hacia un “Derecho de Juristas” y que, gracias a ellos, devino en el inmortal Derecho Clásico Romano. Este Derecho Clásico, apolíneo o inmortal, luego de una época de crisis en la que se vulgarizó dando lugar a un “Vulgarrecht” o Derecho Vulgar tuvo su resurgimiento o renacimiento gracias a Justiniano en el siglo V dando lugar al así llamado Derecho Justiniano que se consagró en el “Corpus Iuris Civilis” integrado por el “Codex” o Código de Justiniano, el “Digesto” que es la gran compilación de la doctrina de los clásicos que ya se estaba perdiendo por el transcurso de los siglos y, también, “vulgarizando”, por las interpolaciones y deformaciones de la época post-clásica o “vulgarizante”. Tenemos también las “Institutas” con las que los compiladores de Justiniano, léase Triboniano y los grandes profesores: Teófilo profesor en Constantinopla y Doroteo, profesor en Berito o Beirut, enseñaban “Introducción al Derecho” mediante los libros de “Institutas” a los estudiantes del primer año de Derecho. Las “Novelas” vinieron después. Llámase así al conjunto de Constituciones dictadas con posterioridad a la promulgación del Código o, como dice la Constitución “Cordi Nobis”: “*Sed quum Novellae... quae post nostris codicis confectionem latae sunt*” (parágrafo 2 de la constitución “Cordi Nobis”).

Resumiendo: hay pues un Derecho Romano “strictu sensu” que es al que nos referimos todos cuando estudiamos esta disciplina.

EL DERECHO ROMANO STRICTU SENSU está constituido por el conjunto de normas, principios, doctrina y fuentes, en general, que rigieron el Derecho Romano desde la fundación de Roma hacia la mitad del siglo VIII a.C. hasta la muerte de Justiniano, emperador de Oriente, acaecida en el año 565 d.C.

## LA HISTORIOGRAFIA ROMANISTICA

Está constituida, en primer lugar, por las fuentes jurídicas del Derecho Romano “strictu sensu”: en segundo lugar, por las fuentes jurídicas de la “tradición romanista”, entendiendo por tal, las diversas interpretaciones que se han dado del “Corpus Iuris”, a lo largo de la Historia, desde el Derecho Romano Bizantino, pasando por la escuela de Bolonia, la escuela Culta y la escuela Humanista del “Mos Gallicus iura docendi”, la escuela de los Pandectistas hasta la dogmática moderna del Derecho Romano consagrada en las grandes obras interpretativas, reconstructivas, palingenésicas, interpolacionísticas y dogmáticas contemporáneas.

## BIBLIOGRAFÍA

**ARANGIO-RUIZ VICENTE** : "Historia del Derecho Romano". Traducción de la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibañez. Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1963.

**ARANGIO-RUIZ VINCENZO**: "Instituciones de Derecho Romano". Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro, editorial Depalma, Buenos Aires, 1952.

**ARANGIO-RUIZ VINCENZO**: "Las Acciones en el Derecho Privado Romano", editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

**ARANGIO-RUIZ VINCENZO - GUARINO ANTONIO**: "Breviarium iuris Romani", Ottava edizione, Antonio Giuffré Editore, Milano, 1998.

**ARIAS RAMOS JOSÉ y ARIAS BONET JOSÉ**: "Derecho Romano", 2 volúmenes, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980.

**ARGÜELLO LUÍS RODOLFO**: "Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

**ARCHI GIAN GUALBERTO**: "Teodosio II e la sua codificazione", edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1976.

**ALBERTARIO EMILIO**: "Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano", Antonino Giuffré - Editore, Milano, 1935.

**ALBERTARIO EMILIO**: "La Scienza del Diritto Romano nei suoi recenti metodi e nei suoi recenti studi", en sus "Studi Diritto Romano", volume quinto, pag. 39 y sigs., Antonino Giuffré - Editore, Milano, 1937.

**ALBERTARIO EMILIO**: "Diritto privato romano nella sua formazione storica e nella sua elaborazione giustiniana", volume quinto, pag.53 y sigs. , edición citada.

**ALBERTARIO EMILIO**: "La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico", volume quinto, pag. 67 y sigs., edición citada.

**ALBERTARIO EMILIO**: "I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano", volume quinto, pag. 147 y sigs., edición citada.

**ALBERTARIO EMILIO**: "La romanità di Diocleziano", volume quinto, pag. 195 y sigs., edición citada.

**ALBERTARIO EMILIO**: "Da Diocleziano a Giustiniano", volume quinto pag. 205 y sigs., edición citada.

**ALBERTARIO EMILIO**: "Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino", volume quinto, pag. 255 y sigs., edición citada.

- ALBERTARIO EMILIO:** "Sulle Epitome Gai", volume quinto, pag. 267 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Concetto classico e definizione postclassiche del *ius naturale*", volume quinto, pag. 277 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne", volume quinto, pag. 291 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "A proposito di "Interpolationenjagd" (Risposta a una critica di Otto Lenel)", volume quinto, pag. 309 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "La critica della critica", volume quinto, pag. 321 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Giustiniano interpolante se stesso nella riforma del *legatum optio-nis*", volume quinto, pag. 345 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Ancora sulle interpolazioni giustiniane nelle costituzioni giustiniane", volume quinto, pag. 355 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "In tema di alterazioni pregiustiniane (D. 5, 4, 3: Paulus libro septimo decimo ad plautium)", volume quinto, pag. 365 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Glossemi e interpolazioni pregiustiniane", volume quinto, pag. 377 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Rescritti e parafrasi di rescritti postclassiche", volume quinto, pag. 409 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Miscellanea critica", volume quinto, pag. 417 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio", volume quinto, pag. 439 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "I nuovi frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182)", volume quinto, pag. 461 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Sui testi romano-classici che annoverano I, Italia fra le provincie romane", volume quinto, pag. 483 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Tituli ex corpore Ulpiani", volume quinto, pag. 491 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Ancora sui glossemi nei frammenti vaticani", volume quinto, pag. 551 y sigs., edición citada.
- ALBERTARIO EMILIO:** "Glosemi nel Fr. Vat. 102", volume quinto, pag. 559 y sigs., edición citada.



**ALBERTARIO EMILIO:** "Due osservazioni sul fragmentum de formula fabiana", volume quinto, pag. 569 y sigs., edición citada.

**ALVAREZ SUAREZ URSICINO:** "Curso de Derecho Romano", editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

**AULO GELIO:** "Noches Áticas", Ediciones Jurídicas Europa -America (E. J.E.A.), Buenos Aires, 1959.

**BALZARINI MARCO:** "Le Istituzioni di Gaio", G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

**BISCARDI ARNALDO:** "Temas de Derecho Romano", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1987.

**BESTA ENRICO:** "Introduzione al diritto comune", Padova, 1938.

**BESTA ENRICO:** "L'opera d'Imerio. Contributo alla storia del diritto italiano. (La vita, gli scritti, il metodo. Glose inedite d'Imerio al Digestum Vetus. Torino, 1896.

**BETHMANN HOLWEG M.A.:** "Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung", Aalen, 1959, voll. 6, in – 8, tutta tela editoriale. Ristampa anastatica dell'edizione di Bonn 1864-74.

**BETTI EMILIO:** "Sul significato di "contrahere" in Gaio e sulla non-classicità della denominazione "quasi ex contractu obligatio" en el *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano*, vol. 25, año 1913, fascículo II, p. 28 y ss.

**BETTI EMILIO:** "Istituzioni di Diritto Romano", Padova, Cedam. 1947.

**BETTI EMILIO:** "Diritto romano e dogmática odierna" (Prolusión de Milán del año 1927), publicada en *Archivio Giuridico di Filippo Serafini*, Modena, Volumen 99, año 1928, pag. 129 a 150 y volumen N° 100, año 1928, pag. 27 a 67.

**BETTI EMILIO:** "La creazione del diritto nella giurisdizione del Pretore romano", en los "Studi in onore di Chiovenda", pag. 65 a 129, Cedam, Padova, 1927.

**BETTI EMILIO:** "Processo Civile Romano", en: "Novísimo Digesto Italiano", volumen XIII, pag. 1099 a 1120. Unione Tipografico Editrice Torinese, (U.T.E.T.), Torino, 1966.

**BETTI EMILIO:** "A proposito del valore didattico dello studio del diritto romano (Necrologio di Ernst Zitelmann, con bibliografía), en el *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano*, vol. 34, año 1925, p. 349 a 365.

**BETTI EMILIO:** "Studio e insegnamento del diritto romano", en la revista "Labeo", 1956, pag 54-55.

**BETTI EMILIO:** "Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano" publicado en el *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano*, vol. 39, año 1931, pag. 33 a 71.



**BETTI EMILIO:** "*La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*" en la Rivista del Diritto Commerciale, 1939, páginas 120 a 128.

**BETTI EMILIO:** "*Sulla genesi storica del processo formolare*", en "*Studi dell'Università di Pavia per il XIV Centenario delle Pandette*", 1933, pp. 453 a 472.

**BETTI EMILIO:** "*Processo civile romano*", en Nuovo Digesto Italiano, 1938, pp. 619 a 635.

**BETTI EMILIO:** "*Diritto Processuale Civile Italiano*", segunda edición, corregida, Società Editrice del Foro italiano, Roma, 1936.

**BETTI EMILIO:** "*Teoría General del Negocio Jurídico*", segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

**BETTI EMILIO:** "*Teoría General de las Obligaciones*", 2 tomos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

**BETTI EMILIO:** "*Cours de Droit Civil Comparé des Obligations*", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958.

**BETTI EMILIO:** "*Teoría Generale della Interpretazione*", 2 tomos, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955.- De esta extraordinaria obra del maestro de Camerino léase la reseña bibliográfica de Antonio Guarino: "*Una teoria generale dell'interpretazione*", en las pags. 311 a 328 de su libro "*L'ordinamento Giuridico Romano. Introduzione allo studio del Diritto Romano*", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1959.

**BETTI EMILIO:** "*Moriz Wlassak*" (Necrologio) publicado en el Bullettino dell'Istituto del Diritto Romano, vol. 46, año 1939, pp. 445 a 448.

**BETTI EMILIO:** "*Gino Segrè*" (Necrologio) en el Bullettino dell'Istituto del Diritto Romano, vol. 49-50, año 1947, pp. 481 a 492.

**BETTI EMILIO:** "*Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem problem der Auslegung*" ("*Jurisprudencia e Historia del Derecho en el problema de la interpretación*") en "*L'Europa e il Diritto Romano*", Studi in memoria di Paolo Koschaker, vol. II, pag. 439 a 460, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954.

**BETTI EMILIO:** "*Critica del sistema de transmisión de inmuebles por el simple consentimiento*" en el volumen "*Conferencias del Congreso de Derecho Registral*", Madrid, 2 al 6 de Mayo de 1961, publicado en la Revista del Notariado, 1962, fascículo II.

**BETTI EMILIO:** Voces publicadas en el Novísimo Digesto Italiano: "*Animus*"; "*Acti giuridici*"; "*Astrazione*"; "*Causa*" (Derecho Romano); "*Causa*" (como litis procesal); "*Condanna*" (Derecho Romano); "*Conversione del Negozio Giuridico*" (Derecho Romano); "*Error*" (Derecho Romano); "*Interpretazione dei negozi*" (Derecho Romano).

**EMILIO BETTI** uno de los más grandes juristas italianos de todos los tiempos, nació en Camerino el 20 de Agosto de 1890 y murió en Roma el 11 de Agosto de 1968. Romanista, procesalista, civilista, comparatista, historiador y filósofo del Derecho, hermeneuta, inter-

nacionalista, fue, sobretodo, un gran maestro, un gran teórico general del Derecho, más que un político imbuido de la ideología de su tiempo uniformado con el negro ropaje de su germanofilia a ultranza y de integrar con Alfredo Rocco las dos más descollantes punta de lanza de los “*fasces lictorianos*” que, entonando “; *Giovinezza!*”, mano en alto, circundados por sus “*Squadristi*”, frente al “*Imperio de balcón*”, allende *il palazzo Venezia*, supo denunciar, con graves palabras - que hasta hoy perduran -, el vano “*americanismo*”, sintomático de una mentalidad pueril y de una moda efímera, así como del “*fariseismo*” imperante y, también, a ese otro gran mal: el utilitarismo de la cultura promovido por una sobrevaluación de la técnica, el “*chauvinismo*” y el “*provincianismo*” del espíritu. No obstante su anglofobia y su fascismo ideológico Emilio Betti fue un extraordinario profesor, un brillante teórico y un genial investigador de la hermenéutica. Los libros en su homenaje se intitulan “*Studi in Onore di Emilio Betti*”, 5 volúmenes, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1962.

**BIONDO BIONDI:** “*Istituzioni di Diritto Romano*”. Milano, Dott. A. Giuffrè – Editore, 1946.

**BIONDO BIONDI:** “*Prospettive romanistiche*”, en sus “*Scritti Giuridici*, vol. I, págs. 221 y ss. Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1965.

**BIONDO BIONDI:** “*Dommatica e Storia*” en ob. cit. págs. 215 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Crisi e sorti dello studio del diritto romano*” in ob. cit., págs. 381 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Obbietto e Metodi della scienza giuridica romana*”, in ob. cit., págs. 99 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Diritto Romano Volgare in Occidente*”, in ob. cit., págs. 365 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana*”, in ob. cit., págs. 427 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Aspetti Universali e Perenni del Pensiero Giuridico Romano*”, in ob. cit., págs. 447 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Il Diritto Romano Cristiano*”, in ob. cit., págs. 543 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Diritto e Processo nella Legislazione Giustiniana*”, in ob. cit., volumen II, págs. 519 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Intorno alla Romanità del Processo Civile Moderno*”, in ob., cit., volumen II, págs. 369 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*”, in ob. cit., volumen II, págs. 435 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Il processo civile giustiniano (método e spunti di ricostruzione)*”, in ob. cit., volumen II, págs. 567 y ss.

**BIONDO BIONDI:** “*Actiones stricti iuris*”, in ob. cit., volumen II, págs. 363 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "La categoría delle acciones arbitrarie", in ob. cit., volumen 11, págs. 673 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane", in ob. cit., volumen ii, págs. 681 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Summatim cognoscere", in ob. cit., volumen II, págs. 721 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Il diritto romano propagatore di libertà", in ob. cit., volumen III, págs. 9 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Fondamento etico della famiglia nel diritto romano", in ob. cit., volumen III, págs. 3 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane", in ob. cit., volumen iii, págs. 119 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Concetto e Definizione di Obligatio", in ob. cit., volumen III, págs. 239 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Contratto e Stipulatio", in ob. cit., volumen III, págs. 249 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Sponsio e Stipulatio", in ob. cit., volumen III, págs. 257 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Universitas e Successio", in ob. cit., volumen III, págs. 451 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Hereditas e Bonorum Possessio", in ob. cit., volumen III, págs. 521 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Legato", in ob. cit., volumen III, págs. 591 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Origine e Natura del Legato Sinendi Modo", in ob. cit., volumen III, págs. 613 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Il Concetto di Donazione", in ob. cit., volumen III, págs. 641 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Appunti intorno alla Donatio Mortis Causa", in ob., cit., volumen III, págs. 735 y ss.

**BIONDO BIONDI:** "Il diritto romano cristiano", 3 vols., Milano, 1952-1954.

**BIONDO BIONDI:** "Arte y Ciencia del Derecho", Ediciones Ariel, Barcelona, 1953.· Contiene la traducción de los siguientes estudios: "Objeto y método de la jurisprudencia romana", "La terminología romana como primera dogmática jurídica", "La ciencia jurídica como arte de lo justo", "Existencialismo y jurisprudencia romano", "Crisis y destino del estudio del Derecho Romano", "La juridicidad del evangelio", "El Derecho Romano Cristiano".

**BIONDO BIONDI:** "Los Bienes", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.

El maestro **BIONDO BIONDI**, profesor en la Universidad del Sacro Cuore de Milan, nació en Bronte, provincia de Catania, allá en Sicilia, el 12 de Noviembre de 1888 y murió en Milán

el 19 de Noviembre de 1966. Fue un brillante profesor de Derecho Romano. Por ello, sus colegas y discípulos le dedicaron los **STUDI IN ONORE DI BIONDO BIONDI**, 4 volúmenes, Editorial Giuffrè, Milano, 1966.

**BISCARDI ARNALDO:** "Temas de Derecho Romano", Bosch, Casa Editorial. S.A., Barcelona, 1987.

**BLUHME FEDERICO:** "Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln" en la Zeitschrift für die Geschitliche Rechtswissenschaft, año, 1918, 4.

**BONFANTE PEDRO:** "Instituciones de Derecho Romano", 3ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965.

**BONFANTE PIETRO:** "Storia del Diritto Romano", 2 vols., Roma, 1934.

**BONFANTE PIETRO:** "I contratti a favore di terzi", estudio publicado en el libro de autores varios : "Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di Diritto pubblicati dalla Facolta di Giurisprudenza della Universita di Pavia", pag. 209 a 249, Tipografica Gia Cooperativa, Pavia, 1934.

**STUDI IN ONORE DI PIETRO BONFANTE NEL XL ANNO D'INSEGNAMENTO**, 4 vols., Milano. Fratelli Treves Editori, 1930.

**BONINI ROBERTO:** "Studi sull'età giustiniana", Maggioli editare - Rimini, 1987.

**BRAGA DA CRUZ GUILHERME:** "Direito Romano Vulgar Occidental", Coimbra editora Ltda., 1949. Se parata del Boletín da Faculdade de Dereito, vol. XXV, fase. I, pag. 5.

**BRETONE MARIO:** "Storia del Diritto Romano", Editori Laterza, Bari, 1991.

**BRETONE MARIO:** "Tecniche e Ideologie del Giuristi Romani", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984.

**CAMUS E.F.:** "Historia y Fuentes del Derecho Romano", Universidad de la Habana, 1941.

**CANNATA CARLO AUGUSTO:** "Historia de la Ciencia Jurídica Europea", editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1996.

**CANNATA CARLO AUGUSTO:** "Profilo istituzionale del proceso privato romano. I. Le legis acciones", G. Giappichelli Editore, Torino, 1980.

**CANNATA CARLO AUGUSTO:** "Profilo istituzionale del proceso privato romano. II. Il processo formulare", G. Giappichelli Editore, Torino, 1982.

**CANNATA CARLO AUGUSTO:** "Histoire de la jurisprudence européenne. I. La jurisprudence romaine", G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.

**CAVANNA ADRIANO:** "Storia del Diritto Moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982.



**CENDERELLI ALDO:** "Ricerche sul "Codex Hermogenianus", Giuffrè Editore, Milano, 1965.

**CHECCHINI ALDO:** "Studii storico-critici sulla "Interpretatio" al Codice Teodosiano", Venezia, 1913.

**CHECCHINI ALDO:** "Scritti giuridici e storico-giuridici", publicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, 3 vols.. Cedam, Padova, 1958.

**CENCETTI G. :** "Studium fuit Bononiae. Note sulla storia dell'Università di Bologna nel primo mezzo secolo Della sua esistenza", Spoleto, 1966.

**CRIFÓ GIULIANO:** "Materiali di storiografia romanística", G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

**"CORPUS IURIS CIVILIS"**, vol. I, Instituciones, Paul Krüger, Digesta, Teodoro Mommsen, 18ª ed., 1965.- Reimpresión 1988; vol. II: Codex iustinianus, Paul Krüger, 13ª ed., 1963; reimpresión 1989; vol. III: Novellae, R. Schöll – G. Kroll. 8ª ed. Weidmann, Berlín, 1963. Reimpresión 1988.

**"EL DIGESTO DE JUSTINIANO"**, versión castellana por Alvaro D'Ors y otros, Aranzadi, Pamplona, 1968, 3 vols.

**"EL DIGESTO DE JUSTINIANO"**, Libro I, Prólogo y cuidado de la edición a cargo del prof. Pierángelo Catalan. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990.

**CODEX THEODOSIANUS**, por Paul Krüger y Teodoro Mommsen. Reimpresión 1990.

**CUENCA HUMBERTO:** "Proceso Civil Romano", Ediciones Jurídicas Europa -America, E.J.E.A., Buenos Aires, 1957.

**CHIOVENDA GIUSEPPE:** "Romanismo y germanismo en el Proceso Civil", Prolusión leída en la Universidad de Parma el 5 de Diciembre de 1901. Traducción de Santiago Sentís Melendo. En el volumen "Ensayos de Derecho Procesal Civil", Tomo Primero, pag. 301 a 349. Ediciones Jurídicas Europa América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1949.

**CHIOVENDA GIUSEPPE:** "La idea romana en el Proceso Civil Moderno" conferencia leída en Bucarest el 26 de Mayo de 1932. Traducción de Santiago Sentís Melendo. En el volumen "Ensayos de Derecho Procesal Civil", Tomo Primero, pag. 351 a 372. Ediciones Jurídicas Europa América (E.J.E.A.), Buenos Aires, 1949.

**CHIOVENDA GIUSEPPE:** "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo I, Introducción, pags. 9 a 15, Traducción española de la tercera edición italiana por José Casais y Santaló, Editorial Reus, Madrid, s.f.

**CHIOVENDA GIUSEPPE:** "Instituciones de Derecho Procesal Civil", tomo I, pag. 140 y passim, traducción de Emilio Gomez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

**DALLA DANILO:** "Introduzione a un corso romanistico", tercera edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997.

**DALLA DANILO:** "Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano", G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

**DALLA DANILO – LAMBERTINI RENZO:** "Istituzioni di Diritto Romano", G. Giappichelli Editore, Torino, 1996.

**DAZA MARTÍNEZ JESÚS:** "Iniciación al estudio histórico del Derecho Romano. Experiencia Jurídica Romana e Interrelación con otras experiencias jurídicas", ediciones Complutense, Madrid, 1997.

**DE FRANCISCI PIETRO:** "Síntesis histórica del derecho romano", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

**DE LOS MOZOS JOSÉ LUIS:** "La formación del concepto "ius-cívile" en el derecho romano", en el volumen "Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno", pag. 175 y sigs., editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

**DE LOS MOZOS JOSÉ LUIS:** "El Derecho Común en la Formación del Derecho Civil", en el volumen "Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno", pag. 217 y sigs., editorial Revista de Derecho Privado (editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1977.

**DE MARINI AVONZO FRANCA:** "La funzione giurisdizionale del senato romano", Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1957.

**DE VERGOTTINI G.:** "Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV". Ristampa della terza edizione con aggiornamento bibliográfico a cura di C. Dolcini, Milano, 1993.

**DERNBURG ARRIGO;** "Pandette", volume I, Parte Generale, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906.

**DI MARZO SALVATORE:** "Le Basi Romanistiche del Códice Civile", U. T. E.T. (Unione Tipográfico - Editrice Torinese), Turín, 1950.

**DI MARZO SALVATORE:** "Manuale elementare de diritto romano", U.T.E.T. (Unione Tipográfico - Editrice Torinese). Turín, 1954.

**DI PIETRO ALFREDO:** "Manual de Derecho Romano", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

**DI PIETRO ALFREDO:** "Derecho Privado Romano", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

**DI PIETRO ALFREDO:** "Verbum Iuris", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

**DI PIETRO ALFREDO – LAPIEZA ELLI ÁNGEL ENRIQUE:** "Manual de Derecho Romano", Quinta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

**D'ORS ALVARO:** "Critica Romanista". Universidad de Santiago de Compostela. 1999.

**D'ORS ALVARO:** "Derecho Privado Romano" (Décima Edición revisada), Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (E.U.N.S.A.), Pamplona, 2004.

**D'ORS ALVARO:** "Derecho Privado Romano" (Tercera Edición revisada), Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1977.

**D'ORS ALVARO:** "Elementos de Derecho Privado Romano", Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1975.

**D'ORS ALVARO:** "Codex Euricianus" en los "Studi in onore di Pietro de Francisci", volume secondo, pagina 451 y sigs., Milano, Dott. Antonio Giuffré- Editore, 1956.

**D'ORS ALVARO:** " Jus Europaeum", en "L'europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", volume I, pagina 447 y ss., Milano, Dott. A. Giuffré-Editore, 1954.

**D'ORS ALVARO:** "Los precedentes clásicos de la llamada "Condictio Possessionis". Estudio publicado en la revista Anuario de Historia del Derecho Español, año ... , páginas 630 a 650.

**D'ORS ALVARO:** Estudio Preliminar a "FRAGMENTOS VATICANOS", edición bilingüe, Madrid, 1988.

**DOMINGO RAFAEL:** "Auctoritas", editorial Ariel S.A. Barcelona, 1999.

**EISELE FRIDOLIN:** "Zur diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex", en la Zeitschrift der Savigny Stiftung, año 1886, pag 15 y ss.

**ERRAZURIZ MAXIMIANO:** "Apuntes de Derecho Romano. Derecho Procesal", Tercera Edición, Octubre de 1983, Editorial Jurídica de Chile.

**FALCHI GIAN LUIGI:** "Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo", Pontificia Universitas Lateranensis, Roma, 1989.

**FERRINI CONTARDO:** "Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano" (Bulleltino del Istituto di Diritto Romano, BIDR, 1901, 13, ahora en "Opere", vol. II, Milano, 1929.

**FERRINI CONTARDO:** "Opere", Volume Primo: "Studi di Diritto Romano Bizantino" a cura di Vincenzo Arangio Ruiz. Prefazione di Pietro Bonfante. Ulrico Hoepli editore, Milano 1929.

**FERRINI CONTARDO:** "Opere". Volume Secondo: "Studi sulle fonti del Diritto Romano" a cura di Emilio Albertario, Ulrico Hoepli editore, Milano, 1929.

**FERRINI CONTARDO:** "Opere". Volume Terzo: "Studi vari di Diritto Romano e Moderno" a cura di Pietro Ciapessoni, (sui diritti reali e di successione), Ulrico Hoepli editore, Milano, 1930.

**FERRINI CONTARDO:** "Opere". Volume Quinto: "Studi vari di Diritto Romano e Moderno" a cura di Vincenzo Arangio Ruiz, (léase en la pag. 413 y sigs. su admirable necrologio sobre el gran maestro de Halle y de Berlín Alfredo Pernice 1841-1901), Ulrico Hoepli editore, Milano, 1930.



**SCRITTI IN ONORE DI CONTARDO FERRINI** pubblicati in occasione della sua Beatificazione. 4 vols., Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, MCMXLVII. Presentazione di Fr. Agostino Gemelli O. F. M. Rettore dell' Università Católica del Sacro Cuore di Milano.

**SCRITTI DI DIRITTO ROMANO IN ONORE DI CONTARDO FERRINI** pubblicati dalla Reale Università di Pavia a cura di Gian Gualberto Archi. Ulrico Hoepli editore, Milano, 1946. 1 volumen de VIII - 758 páginas.

**FUENTESECA PABLO:** "Investigaciones de Derecho Procesal Romano", Salamanca, 1969.

**FUENTESECA PABLO:** "Crisis y Perspectivas en el estudio del Derecho Romano", Revista de Derecho Notarial, 1955, página 183 y ss.

**FUENTESECA PABLO:** "¿Existió la denominada "Legis Actio per Sacramento in Personam?"", en la Revista Anuario de Historia del Derecho Español año 1970, página 543 a 566.

**FUENTESECA PABLO:** "La necesidad de retornar al estudio del Edicto Pretorio", estudio incluido en el libro "Investigaciones de Derecho Procesal Romano", Salamanca, 1969.

**FOVIAUX JACQUES:** "De l'Empire romaine á la Féodalilé" . Preface de Jean Imbert. Deuxieme édition. Económica, Paris, 1986.

**GALLO FILIPPO:** "L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso de Diritto Romano", G. Giappichelli Editore, Torino, 1997.

**GALLO FILIPPO:** "Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso de Diritto Romano. II", G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

**GAMBARO ANTONIO – MORELLO UMBERTO:** "Trattato dei diritti reali", volume II, Diritti reali parziari.- Sumario: Superficie –Usufructo – Uso – Habitación – Obligaciones propter rem – Iura ad rem – La experiencia del Common Law frente al Civil Law. Giuffrè Editore, Milano, 2011.

**GAIUS:** "Institutas", (texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro). Ediciones Librería Jurídica, La Plata 1967.

**GAYO:** "Instituciones". (Nueva traducción por Manuel Abellan Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias - Redondo, Jaime Roset Esteve. Prólogo de Francisco Hernández - Tejero). Editorial Civitas, S.A.

**EPITOME GAI.- ARCHI, GIAN GUALBERTO:** L' "Epitome Gai". Studio sul tardo diritto romano in occidente, Milán, 1937. Existe una reimpresión reciente, con nota preliminar de CANNATA, CARLO AUGUSTO, Nápoles, 1991.

**EPITOME GAI.-** Traducción y notas de José María Coma Fort y José Domingo Rodríguez Martín, Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", Madrid, 1996.



**ENGELMANN ARTHUR:** "A history of continental Civil Procedure", , Little, Brown, and Company, Boston, 1927.

**AUTORES VARIOS:** "Gaio nel suo tempo". Atti del Simposio romanistico Vincenzo Arangio Ruiz, 1967.

**A. KOKOUREK:** "¿Qui erat Gaius?".- Interesantísimo estudio publicado en el volumen "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano", volumen I, Pavia, 1934.

**HEVIA BOLAÑOS JUAN DE:** "Curia Filipica", Librería de la Rosa y Bouret, París, 1864.

**LOHMANN VILLENA GUILLERMO:** "La incógnita de su responsabilidad y los enigmas de sus libros" en "En torno de Juan de Hevia Bolaño", publicados en el Anuario de Historia del Derecho Español, tomo XXXI, Madrid, 1961, pag. 121 a 161.

**DI MARZO SALVATORE :** I "libri rerum cottidianarum sive aureorum", estudio publicado en Bulletin dell'Istituto di Diritto Romano, volumen 51-52, año 1947, pag. 1 y ss.

**WOLFF H.J.:** "Zur Geschichte des Gaiustextes", en los "Studi Arangio Ruiz", volumen 4, pag. 171 y ss.

**GANDOLFI GIUSEPPE:** "Contributo allo studio del processo interdittale romano", Milano Dott. A. Giuffrè - Editore 1955.

**GARCÍA GARRIDO MANUEL JESÚS:** "Diritto privato romano", Edizione italiana a cura de Marco Balzarini, Cedam, Padua, 1996.

**GARCÍA GARRIDO MANUEL JESÚS:** "Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones". 8ª edición, reformada, corregida y revisada. Dykinson, Madrid, 1999.

**GARCÍA GARRIDO MANUEL JESÚS:** "Responsa. Casos prácticos de Derecho Romano planteados y resueltos", 6ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

**GARCÍA GARRIDO MANUEL JESÚS:** "La concezione classica del legato "sinendi modo" e la sua probabile struttura originaria", en los "Studi in onore di Emilio Betti", volume III (storia del diritto e diritto romano), pagina 229 a 254., Milano - Dott. A. Giuffrè-Editore, 1962.

**GAUDEMET JEAN:** "Etudes de droit romain", 3 volúmenes, 1979.

**GAUDEMET JEAN:** "Droit et societe aux derniers siécles de l'Empire romain", 1992.

**GAUDEMET JEAN:** "A Propos du Droit Vulgaire", en los Studi in onore di Biondo Biondi, vol. I, pags. 271 y ss., Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano, 1966.

**GONZALES DE CANCINO EMILSEN:** "Características de la Jurisprudencia Romana en la Época Clásica", en la Revista de la Universidad Externado de Colombia, Julio de 1982, número 2, páginas 51a 67.

**GRADENWITZ OTTO:** "Interpolationen in den Pandekten", Berlín, 1887.

**GRIZIOTTI BENVENUTO:** "Il problema politico e giuridico della interpretazione nel Diritto Romano e nel Diritto Moderno", estudio publicado en el volumen de AA.VV.: "Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di Diritto pubblicati dalla Facolta di Giurisprudenza della Universita di Pavia", pag. 699 a 740, Tipografica Gia Cooperativa, Pavia, 1934.

**GROSSO GIUSEPPE:** "I legati nel Diritto Romano", segunda edición ampliada, G. Giappichelli Editore, Torino, 1962.

**GROSSO GIUSEPPE:** "Problema generali del diritto attraverso il diritto romano", segunda edición ampliada, G. Giappichelli Editore, Torino, 1967.

**GUARINO ANTONIO:** "Storia del Diritto Romano", Editore Jovene, Napoli, 1993.

**GUARINO ANTONIO:** "Le origini quiritarie", Casa editrice Jovene, Napoli, 1973.

**GUARINO ANTONIO:** "Salvius Iulianus", Catania, 1946.

**GUARINO ANTONIO:** "La leggenda della codificazione dell'Editto e la sua genesi", en Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto di Verona, volumen II, pag. 167 y ss; reproducido en Guarino: "L'ordinamento Giuridico Romano", pag. 425 y ss, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1959.

**GUARINO ANTONIO:** "Vulgarismus e Diritto Privato post-classico", en la revista "Labeo", 1960, páginas 97 y ss.

**GUARINO ANTONIO:** "L'ordinamento giuridico romano", V edición, Casa editrice Jovene, Napoli, 1990.

**GUARINO ANTONIO:** "Diritto privato romano", XII edición, Casa editrice Jovene, Napoli, 1997.

**SODALITAS.** Scritti in onore di Antonio Guarino. 10 volúmenes. Casa editrice Jovene, Napoli, 1984.

**GUTIÉRREZ ALVIS FAUSTINO y ARMARIO:** "Diccionario de Derecho Romano", Reus, S.A., Madrid, 1995.

**GUZMAN BRITO ALEJANDRO :** "Derecho Privado Romano", 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

**HERRERA PAULSEN DARÍO - GODENZI ALEGRE JORGE:** "Derecho Romano en concordancia con el Código Civil y Aportes Doctrinarios", Lima-Perú 1999.

**HOFFMANN FRANZ:** "Die Kompilation der Digesten Justinians. Kritische Studien", Viena, 1900.

**IGLESIAS JUAN:** "Estudios romanos de derecho e historia", Ediciones Ariel, Barcelona, 1952.

**IGLESIAS JUAN:** "Estudios: Historia de Roma - Derecho Romano - Derecho Moderno", Universidad Complutense de Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho. Madrid, 1985.

**IGLESIAS JUAN:** "Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado", Editorial Ariel, Barcelona, 1979.

**IGLESIAS JUAN:** "El estudio actual del Derecho Romano", en "L'europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", volume II, pagina 301 y ss., Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1954.

**IGLESIAS REDONDO JUAN:** "La técnica de los juristas romanos", Universidad Complutense - Facultad de Derecho, Madrid, 1987.

**IHERING RUDOLPH von:** "El espíritu del derecho romano". traducción de Enrique Príncipe, Librería Editorial De Bailly-Bailliere e hijos, Madrid, 1970.

**INDEX INTERPOLATIONUM QVAE IN IUSTINIANI DIGESTIS INESSE DICUNTUR**, a cargo de **ERNST LEVY** y **ERNST RABEL**, 3 vols. y un Suplemento; Weimar, 1929-35.

**INDEX INTERPOLATIONUM QVAE IN IUSTINIANI CODICE INESSE DICUNTUR**, a cargo de **GERARDO BROGGINI**,

**JORS PAUL - KUNKEL WOLFGANG:** "Derecho privado romano", Editorial Labor S.A., Barcelona, 1937.

**KASER MAX:** "Das Römische Zivilprozessrecht", Editorial Beck, München, 1996.

**KASER MAX:** "Storia del diritto romano", Cisalpino, Istituto Editoriale Universitario, Milano, 1990.

**KASER MAX:** "Derecho romano privado", (Versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro), Reus, S.A., Madrid, 1968.

**KASER MAX:** "El derecho romano vulgar tardío", Conferencia pronunciada en marzo de 1961 y publicada en el Anuario de Historia del Derecho Español, 1962, pag. 617 y ss.

**KASER MAX:** "Zum begriff des Spatrömischen Vulgarrechts", ("Concepto del Derecho Romano Vulgar tardío") en los "Studi in onore di Emilio Betti", volume III (Storia del diritto e diritto romano), pagina 229 y ss., Milano-Dott. A. Giuffrè- Editore, 1962.

**KASER MAX:** "En torno al método de los juristas romanos" Universidad de Valladolid, 1964.

**KÖSCHAKER PAUL:** "Europa y el derecho romano", editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953.

**KRELLER HANS:** "Historia del derecho romano", traducción de Fernando Hinostrosa. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1966.

**KUNKEL WOLFGANG:** "Historia del derecho romano", Editorial Ariel, Barcelona 1973.

**LAMBERTINI RENZO:** "*La codificazione de Alarico II*", segunda edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 1991.

**LA PIEZA ELI ANGEL:** "Historia del derecho romano" Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1981.

**LENEL OTTO:** "Das Ediktum perpetuum", primera edición publicada en Leipzig en 1883; tercera edición, Leipzig, 1927; reedición, 1956.- Esta obra famosa del ya por entonces gran profesor en la Universidad de Leipzig le valió un premio en la Academia de Ciencias Bávara (1883) y constituye la reconstrucción del contenido, el sistema y el texto literal del Edicto Perpetuo realizado por el jurista Salvio Juliano, por mandato del Emperador Adriano. El texto sirvió de base a los comentarios de los jurisconsultos clásicos del siglo segundo y principios del siglo tercero d. C. Otto Lenel después de profesar en Leipzig llegó a ser Profesor Ordinario en Kiel, luego, en Marburgo, Strasburgo y Friburgo. Fue uno de los más grandes romanistas de todos los tiempos. Nació en Mannheim el 13 de Diciembre de 1849 y murió en Friburgo el 7 de Febrero de 1935. Se le han dedicado dos libros de homenaje: 1.- "Festschrift für Otto Lenel zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum am 16. Dezember 1921 überreicht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen" Fakultät der Universität Freiburg im Brisgau, Leipzig, 1923; 2.- "Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel. Otto Lenel zu seinem sechzigjährigen Doktorjubiläum am 16. Dezember 1931 von Freiburger Mitarbeitern und Schülern", Leipzig 1931.

**LENEL OTTO:** "Essai de reconstitution de l' Edit Perpétuel", Librairie de la Société du Recueil General des lois et des arrêts, L. LAROSE, Directeur de la Librairie, París, 1901.

**LENEL OTTO:** "Palingenesia Iuris Civilis", 2 volúmenes, Leipzig, 1889.- Obra reeditada en Graz, 1960, con un Supplementum.- Esta extraordinaria obra del gran profesor de Mannheim, constituye una reconstrucción de los escritos clásicos cuyos fragmentos estaban repartidos en el Digesto y otras fuentes del Derecho Post-Clásico como la Lex Romano Visigothorum, los Fragmenta Vaticana, etc. La "Palingenesia" de Lenel debe integrarse con el estudio de **CERVENCA G.** "*Su due lacune della Palingenesia di Otto Lenel*", en la revista Iura, 1966.- Además, debe integrarse con el libro de **FRANCESCO SINI** : "*A quibus iura civibus praescribentur. Ricerche sui giuristi del III secolo a. C.*", léase en este interesante libro la Parte I : "*La letteratura ius romanistica hasta Otto Lenel*"; Parte II : La "*Palingenesia iuris civilis*" de Otto Lenel : Omisiones e ideología. G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

**LENEL OTTO:** "Beiträge zur Kunde des Edicts, und der Edictcommentaire", ("Contribución al estudio de los Edictos y del Comentario Edictal"), estudio publicado en la revista "Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte", volumen II, año 1881, pag. 14 y ss.

**LENEL OTTO:** "Nachträge zum Edictum Perpetuum", ("Suplemento al Edicto Perpetuo"), volumen I, Zur formula prohibitoria, estudio publicado en la revista "Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte", volumen XII, año 1891, pag. 1 y ss.

**LENEL OTTO:** "Nachträge zum Edictum Perpetuum", ("Suplemento al Edicto Perpetuo"), volumen II, De Interrogationibus in iure faciendis; III, De noxalibus actionibus; IV, Das Publicianische Edict; V, Die Formel zum Edict "*Me quid infamandi causa fiat*", estudio publica-



do en la revista "Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte", volumen XX, año 1889, pag. 1 y ss.

**LENEL OTTO:** "Zum Edictum Perpetuum: I, Der Ediktstiel de alienatione iudici mutandi causa facta; II, Zur formel der soggenante actio de eo quod certo loco", estudio publicado en la revista "Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte", volumen XXXVII, año 1916, pag. 104 y ss.

**LENEL OTTO:** "Das Edictum Perpetuum", tercera edición, Leipzig, 1927.

**LENEL OTTO:** "Gesammelte schriften" ("Obras Completas"), 5 volúmenes, publicados y recopilados bajo la dirección de O. Behrends y F. D'ippolito, Casa Editrice Jovene, Napoles, 1876 - 1932.

**LEVY ERNST:** "Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht", Weimar, Böhlau, 1956.

**LEVY ERNST:** "West Roman Vulgar law. The law of Property". Philadelphia, 1951.

**LOMBARDI LUIGI:** "Saggio sul Diritto Giurisprudenziale", Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1967.

**LONGO GIANNETTO:** "L'onere della prova nel processo civile romano", en los "Studi in onore di Emilio Betti", volume III (storia del diritto e diritto romano), pag. 333, Milano - Dott. A. Giuffrè-Editore, 1962.

**LUZZATTO:** "Il problema dell' origine del proceso extraordinem", Bolonia, 1965.

**MAGDELAIN:** "Ius. Imperium. Auctoritas. Etudes de Droit Romain", París, 1990.

**MANTOVANI DARIO:** "Le formule del processo privato romano", Cedam, Padua, 1999.

**MARGADANT GUILLERMO FLORIS:** "La segunda vida del Derecho Romano", Miguel Angel Porrúa Librero - Editor, México, 1986.

**MARGADANT GUILLERMO FLORIS:** "El Derecho Privado Romano", editorial Esfinge, México, 1989.

**MARGADANT GUILLERMO FLORIS:** "El Significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea", UNAM, México, 1960.

**MASCHI CARLO ALBERTO:** "Il Diritto Romano: La prospettiva storica della giurisprudenza classica", Seconda edizione ampliata, Milano, Dott. A. Giuffrè - editore, 1966.

**MARTÍN REMO:** "Appunti di diritto romano privato", Cedam, Padova, 2000.

**MAYR ROBERT von:** "Historia del Derecho Romano", 2 vols., editorial Labor, Barcelona, 1930.

**MERRYMAN JOHN HENRY:** "La Tradición Jurídica Romano Canónica", Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

**MITTEIS LUDWIG:** "Zur Interpolationenforschung", publicado en la Zeitschrift der Savigny stiftung, Romische Abteilungen, año 1902, página 180 y siguientes.

**MITTEIS LUDWIG:** "Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Spatrömischen Reiches" (Derecho Imperial y Derecho Popular en las provincias Orientales del Bajo Imperio Romano), Praga, 1891.

**MITTEIS LUDWIG:** "Das römische Privatrecht bis zur Zeit Diokletians". (El Derecho Privado Romano hasta la época de Diocleciano), Leipzig, 1908.

**MITTEIS LUDWIG:** "Antike Rechtsgeschichte und Romanistisches Rechtsstudium". Discurso Programático: "Historia del Derecho Antiguo y Estudio del Derecho Romano", Universidad de Leipzig, 1917.

**MOR CARLO GUIDO:** "Diritto Romano e Diritto Canónico nell'età pregaziana", en "L'europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", volume II, página 13 y ss., Milano. Dott. A. Giuffré- Editore, 1954.

**MOR CARLO GUIDO:** "Per la storia dei libri giustiniani nell'età preirneriana", estudio publicado en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e Storia del Diritto", I, pag. 283 a 294; Milano, 1951.

Este estudio se ha reeditado en sus "Scritti giuridici preirneriani", volumen I, pag. 11 a 23, Torino, 1980.

**MOR CARLO GUIDO:** "Il Digesto nell'età preirneriana e la formazione della "Vulgata", en el volumen de AA. VV., "Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di Diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia", pag. 557 a 697, Tipografica Gia Cooperativa, Pavia, 1934.

**MOR CARLO GUIDO:** "Appunti sulla storia delle fonti giuridiche romane da Giustiniano a Irnerio", Milano, 1937.

**MORINEAU IDUARTE MARTHA - IGLESIAS GONZALES ROMÁN:** "Derecho Romano", III Edición, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1993.

**MOTTA BENEDITO:** "O Fenómeno do Direito Vulgar", en "Filosofia e Historia do Direito", pag. 125 y ss.; Bushatsky, editor. Sao Paulo, 1975.

**NARDI E.:** "Código civile e diritto romano. Gli articoli del vigente Codice civile nei loro precedenti romanistici", Dott. A. Giuffre Editore, Milano, 1997.

**NARDOZZA MASSIMO:** "Tradizione romanistica e dommatica moderna. Crisi della scienza del diritto e fondazione storiografica del metodo", en la Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, octubre / diciembre, 1996. (4), pag. 651 y ss.

**NICOSIA GIOVANNI:** "Il processo privato romano", 2 volúmenes ,G. Giappichelli -editore Torino, 1984.

**ORESTANO RICCARDO:** "Introduzione allo studio del Diritto Romano", editorial IL Mulino, Bologna, 1987, traducción castellana, Madrid, 1998.

**ORESTANO RICCARDO:** "Diritto Romano", voz en "Novissimo Digesto Italiano", Vol. 3: Cri-Dis, págs. 1024 y ss. Utet, Torino 1960.

**ORESTANO RICCARDO:** "Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali", G. Giappichelli, Torino, 1962.

**ORESTANO RICCARDO:** "Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano", G. Giappichelli, Torino, 1968.

**ORTOLAN M.:** "Instituciones de Justiniano", edición bilingüe, editorial Biliográfica Argentina S.R.L., Lavalle, Buenos Aires, 1960.

**OURLIAC PAUL y GAZZANINGA (J.L.):** "Histoire du droit privé français: de l'an mil au code civil", 1985.

**OURLIAC PAUL:** "Historia del Derecho", 2 tomos, Editorial José M. Cajica JR. México, 1952.

**PACCHIONI GIOVANNI:** "Corso di diritto romano", U.T.E.T (Unione Tipografico Editrice Torinese) Torino, 1918.

**PARADISI BRUNO:** "I nuovi orizzonti della storia giuridica", en "L'europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", volume II, pagina 307 y ss., Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1954.

**PARICIO JAVIER – FERNÁNDEZ BARREIRO A.:** "Historia del Derecho Romano y su recepción europea", editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995.

**PASTORI FRANCO:** "La definizione della "bonorum possessio", en los "Studi in onore di Pietro de Francisci", volume terzo, pagina 595 y ss., Milano, Dott. Antonio Giuffré editore, 1956.

**PERGAMI F.:** " L'appello nella legislazione del tardo impero", Dott A. Giuffré Editore, Milano, 2000.

**PERNICE LOTHAR ALFRED:** "Marcus Antistio Labeo. Das Römische Privatrecht in erste Jahrhundert der Kaiserzeit", 1873.

**PETERS HANS:** "Die Oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten", 1913. Reimpreso en la Revista "Labeo. Rassegna di Diritto Romano, Nápoles, 1970, volumen 16 pag. 183 y ss. y 335 y ss.

**PETIT EUGENE:** "Tratado Elemental de Derecho Romano", editorial Época, México, 1977.



**PROVERA GIUSEPPE:** "Lezioni sul proceso civile giustiniano", I-II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.

**PROVERA GIUSEPPE:** "Introduzione al corso di istituzioni di diritto romano", G. Giappichelli editore, Torino, 1983.

**PUGLIESE GIOVANNI:** "Istituzioni di diritto romano" 3 edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 1991.

**PUGLIESE GIOVANNI:** "Il Processo Civile Romano", volume II, Il Processo Formulare, Tomo I, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1963.

**PUGLIESE GIOVANNI:** "Note sull'ingiustizia della sentenza nel Diritto Romano", en los "Studi in onore di Emilio Betti, volume III (storia del diritto e diritto romano), pagina 725 y ss., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962.

**RENTI ENRICO:** "Breve storia semantica di "causa in iudicio", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1961.

**RICCOBONO SALVATORE:** "Lineamenti della storia delle fonti e del Diritto Romano. Compendio dei corsi di storia e d' esegesi del Diritto Romano", Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1949.

**RICCOBONO SALVATORE:** "Roma, Madre de las Leyes", ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

**RICCOBONO SALVATORE:** "La Universalidad del Diritto Romano", en "L'europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", volume II, pagina 1 y ss., Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1954.

**RICCOBONO SALVATORE:** "Scritti di Diritto Romano". "Dal Diritto Classico al Diritto Moderno", tomo II, Università degli studi, Palermo, 1964.

**RODRÍGUEZ PASTOR CARLOS:** "Prontuario de Derecho Romano", Lima-Perú, 1992.

**ROSELLO A. P.:** "Storia del Diritto Romano". Genova, 1920.

**ROTONDI GIOVANNI:** "Bonorum Vendito" estudio publicado en AA.VV.: "Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di Diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia", pag. 95 a 133, Tipografica Gia Cooperativa, Pavia, 1934.

**RUSSO RUGGERI C.:** "Studi sulle quinquaginta decisiones", Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1999.

**SCIALOJA VITTORIO:** "Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos", Ediciones Jurídicas Europa - America, E.J.E.A., Buenos Aires, 1954.

**SCIALOJA VITTORIO:** "Corso di Istituzioni di Diritto Romano" a cura di Luigi Trompeo. Prefazione di Emilio Albertario, Editoriale Anónima Romana, Roma MCMXXXIV.



**SCIALOJA VITTORIO:** "Scritti di Diritto Romano" Prima Parte 1933.

**SCIALOJA VITTORIO:** "Scritti di Diritto Romano" Seconda Parte 1934.

**SCIALOJA VITTORIO:** "Scritti di Diritto Ereditario Romano" a cura di Amedeo Giannini, 1933.

**SEGRE GINO:** "Scritti Giuridici".- Volume primo: *Studi sull concetto del negozio giuridico nel Diritto Romano e nel Diritto Germanico*, pag. 193.- Reseña de Raymond Saleilles. pag. 94.- Reseña de Joseph Kohler: *Lerhbuch des burgerlichen Rechts*, pag. 101. Cortona (Arezzo), Stab. Tipografico – Comérciale, 1930.

**SERAFINI FILIPPO:** "Instituciones de Derecho Romano", 2 tomos, Espasa Calpe editores, Barcelona, sin fecha.

**SCHERILLO GAETANO:** "Lezioni di Diritto Romano. Le cose", Parte Prima, Dott. A. Giuffré Editore, 1945.

**SCHIAVONE ALDO:** "Linee di storia del pensiero giuridico romano", G. Giappichelli, Torino, 1994.

**SCHIAVONE ALDO – F. AMARELLI – L. DE GIOVANNI – P. GARBARINO – U. VINCENTI:** "Storia del Diritto Romano", G. Giappichelli, Torino, 2000.

**SCHIPANI SANDRO:** "La codificazione del diritto romano comune", G. Giappichelli, Torino, 1999.

**SCHIPANI SANDRO:** "Il modelo di Gaius nella formazione dell giurista" en Atti del Convegno torinese in onore del profesor Silvio Romano. Dott. A. Giuffré editore, Milano 1981.

**SCHIPANI SANDRO:** "La codificazione del diritto romano comune", Ristampa accresciuta 1999, G. Giappichelli editore.

**SCHÖNBAUER ERNST:** "Die Ergebnisse der Textstufenforschung und ihre Methode" ("Los resultados de la investigación sobre las estratificaciones de textos y su método"), estudio publicado en la revista IVRA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, 1961, volumen 12, pág. 117 y ss.

**SCHULZ FRITZ:** "Derecho Romano Clásico", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960.

**SOHM RODOLFO-MITTEIS LUDWIG-WENGER LEOPOLD:** "Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema", 17ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

**SINI FRANCESCO:** "A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a. C.", G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.- Léase en este interesante libro la Parte I : "La literatura ius romanistica hasta Otto Lenel"; II : La "Palingenesia iuris civilis" de Otto Lenel : Omisiones e ideología.

**SPAGNESI E.:** "Le pandette di Giustiniano. Storia e fortuna Della "Littera Florentina". Mostra di codici e documenti. 24 giugno – 31 agosto, 1983. Catalogo. Firenze, 1983.

**TAMASSIA NINO:** "Scritti di Storia Giuridica", Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1967.

**VACCA LETIZIA:** "Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano", G.Giappichelli Editore, Torino, 1997.

**VAN CAENEGEM R.C.:** "History of European Civil Procedure", constituye el volumen XVI de la "International Encyclopedia of comparative law", editada por J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, s/f.

**VALDITARA GIUSEPPE:** "Sulle origini del concetto di *damnum*", segunda edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

**VIOLLET PAUL:** "Histoire du Droit Civil Français", Reimpresión de la tercera edición du Précis de L'histoire du Droit Français, París, 1905, Scientia Verlag Aalen, Allemagne, 1966.

**VOLTERRA EDUARDO:** "Instituciones de Derecho Privado Romano", editorial Civitas, Madrid, 1991.

**VISMARA GIULIO:** "Scritti di storia giuridica", Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 2000.

**WIEACKER FRANZ:** "Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike" ("Vulgarismo y clasicismo en el Derecho Romano de la tardía antigüedad"), estudio publicado en los "Studi in onore di Pietro de Francisci", volume terzo, pag. 115 a 138, Milano, Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1956.

**WIEACKER FRANZ:** "Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike" ("Vulgarismo y clasicismo en el tardío Derecho Romano antiguo"), 1955.

**WIEACKER FRANZ:** "Vulgarismus und Klassizismus im römischen Recht der ausgehenden Antike" ("Vulgarismo y clasicismo en la tardía antigüedad del Derecho Romano"), en los "Studi in onore di Pietro de Francisci", volume terzo, pagina 115 a 138, Milano, Dott. Antonio Giuffrè editore, 1956.

**WIEACKER FRANZ:** "Nochmals über Vulgarismus (Ein Diskussionsbeitrag), ("De nuevo sobre el Vulgarismo. Una discusión constructiva") en los "Studi in onore di Emilio Betti, volume III (storia del diritto e diritto romano), pagina 507 y ss., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1962.

**WIEACKER FRANZ:** "Textstufen Klassischer Juristen", Gottingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1960.

**WIEACKER FRANZ:** "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna", editorial Aguilar, Madrid, 1957.

**WIEACKER FRANZ:** "Römische Rechtsgeschichte", editorial Beck, München, 1988.

**WINDSCHEID BERNHARD:** "Diritto delle Pandette", traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1930.

**WINDSCHEID BERNHARD:** "Tratado de Derecho Civil Alemán", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

**WINDSCHEID BERNHARD y THEODOR MUTHER:** "Polemica sobre la "actio"", traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf, ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1974

**WLASSAK MORITZ:** "Zur Römischen Provinzialprozess", Viena, 1919.

**WLASSAK MORITZ:** "Die klassische Prozessformel" (La Fórmula Procesal Clásica), Academia de Ciencias de Viena, 1924.

**WLASSAK MORITZ:** "Edikt und Klageform", (Edicto y Formas de la Acción); 1882.

**WLASSAK MORITZ:** "Römisches Prozessgesetz", ("Legislación Procesal Romana"); 1888-91.

**WLASSAK MORITZ :** "Ursprung der römische Einrede", ("Origen de las Excepciones Romanas"); 1910.

**WLASSAK MORITZ:** "Anklage und Streitbefestigung", ("Acusación y Fijación del Objeto del Proceso"); 1917.

**WLASSAK MORITZ:** "Die klassische Prozessformel", ("La Fórmula Procesal Clásica"); 1924.

**WLASSAK MORITZ:** "Studien zum altrömisches Erb- und Vermächtnisrecht", ("Estudios sobre el Derecho de Sucesiones en el Derecho Romano altomedieval"); vol. I, 1933.

**ZILLETI UGO:** "Studi sul processo civile giustiniano", Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.

**ZÓLTAN MÉHÉSZ C.:** "El Pretor y la jurisprudencia pretoriana", Córdoba, Argentina, 1967.

**ZÓLTAN MÉHÉSZ C.:** "Iudex romanus", Córdoba, Argentina, 1968.

**ZÓLTAN MÉHÉSZ C.:** "Carácter del antiguo abogado romano", Jurídica 3, México, julio, 1971.

**ZOZ DE CASIANO M. GABRIELLA:** "Premesse esegetiche allo studio del diritto romano", G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

## REVISTAS Y ENCICLOPEDIAS DE DERECHO ROMANO

### 1.- BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

Fundada en 1888 por Vittorio Scialoja. Dirigida actualmente por Mario Talamanca. Publicada por la editorial Giuffrè de Milano, cuya dirección es Vía Busto Arsizio 40, 20151, Milano.

### 2.- LABEO. RASSEGNA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO ROMANO

Fundada y dirigida en 1955 por Antonio Guarino. Publicada por la Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. S.p.a., Nápoles, Vía Mezzocannone, 109.

### 3.- IURA. RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO ROMANO E ANTICO

Publicada por los Institutos de Derecho Romano de Catania y Palermo y bajo los auspicios de la región Siciliana. Editada por la Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. s.p.a., Nápoles, Vía Mezzocannone, 109.

### 4.-ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE. ROMANISTISCHE ABTEILUNG

(Sección Romanística). Fundada en 1880. Es la continuación de la **ZEITSCHRIFT FÜR GESCHITLICHE RECHTSWISSENSCHAFT** que fundara en 1815 Savigny (1779-1863) con la colaboración de Hans Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837) y Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), de la que solo se llegaron a editar 15 volúmenes de 1815 a 1850.- Otra gran revista trunca y antecesora es la **ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE**. Fundada en 1861 por Adolf Friedrich Rudorff (1803-1873) y otros profesores (Bruns, von Roth, Merkel y Böhlau) en cuyo programa (vol. I, pag. 1 y sigs.) se decía que *“esta revista tiene por objeto la historia de todo nuestro derecho patrio y extranjero que forma un todo indisoluble y es un producto propio y peculiar de nuestra cultura, cuya historia tiene una relación viva y práctica con el presente, a cuyo progreso y perfeccionamiento debe servir todo trabajo del espíritu; en suma, el derecho solo puede entenderse desde el punto de vista histórico”*. De esta revista solo se publicaron 13 volúmenes desde su fundación en 1861 hasta el año 1878. En 1880 la sucedió la **ZEITSCHRIFT DER SAVIGNY-STIFTUNG FÜR RECHTSGESCHICHTE**.

### 5.- REVUE HISTORIQUE DE DROIT FRANCAIS ET ÉTRANGER.

### 6.- ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.

Fundada en 1924 por Alfonso Garcia Gallo, Alvaro D'Ors, Fray José Lopez Ortiz y José Maldonado y Fernandez del Torco. Editada por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, 6 Madrid.



## 7.- REVISTA DE LA SOCIEDAD ARGENTINA DE DERECHO ROMANO

Fundada en 1954. Editada en Córdoba.

### ENCICLOPEDIAS

- 1.- **NOVÍSIMO DIGESTO ITALIANO**, magna enciclopedia fundada en 1957 por **Antonio Azara** y **Ernesto Eula**, ex-Presidentes de la Corte de Casación, con la colaboración de los profesores **Francesco Antolisei**, **Guido Astuti**, **Arnaldo Bertola**, **Walter Bigiavi**, **Pietro Bodda**, **Alberto Burdese**, **Giorgio Cansacchi**, **Elio Casetta**, **Marcelo Gallo**, **Giuseppe Grosso**, **Mario Lauria**, **Riccardo Monaco**, **Arturo Santoro**. Tomo I-1 (A-AP)1957; Tomo XX (UN-Z), 1982; APPENDICE : 7 VOLUMENES (A-COD), 1980; (SEGR-Z), 1987; Editada por la Unione Tipografica Editrice Torinese, (U.T.E.T.). Esta formidable enciclopedia es la tercera edición del **NUOVO DIGESTO ITALIANO** (1937-1940) dirigido por **Mariano D'Amelio** y **Antonio Azara**. La primera edición se llamaba **DIGESTO ITALIANO** (1884 – 1921) y estuvo dirigido por Giuseppe Saredo – Luigi Lucchini – Pasquale Fiore.

Hay una cuarta edición titulada “**DIGESTO**” dividida en tres especialidades : Discipline Privatistiche; Discipline Pubblicistiche; Discipline Penalistiche, cada una con quince volúmenes más tres de “aggiornamento”, editados en tamaño octavo de tela color guinda con sobrecubierta; más Índices de las materias, de los autores e Índice sistemático. U.T.E.T. Corso Raffaello 28, 10125 Torino.

- 2.- **ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO**, fundada en 1958, dirigida y coordinada por el maestro **Francesco Calasso** ((Nacido en Lecce el 19 de Julio de 1904, muerto en Roma el 10 de febrero de 1965) y, a su muerte, ha continuado bajo la dirección de los profesores **Costantino Mortati** y **Salvatore Pugliatti**, siendo directores de sección los profesores **Guido Astuti** (“Storia del diritto”); **Enrico Opocher** (“Filosofía del diritto”); **Giuseppe Ferri – Rosario Nicoló – Salvatore Pugliatti – Francesco Santoro–Passarelli** (“Diritto privato”); **Salvatore Satta** (“Diritto processuale civile”); **Vezio Crisafulli– Massimo Severo Giannini – Gian Antonio Micheli – Costantino Mortati** (“Diritto pubblico”); **Giacomo Delitala – Giuliano Vassalli** (“Diritto penale e processuale penale”); **Pietro Agostino D’Avack** (“Diritto canonico ed eclesiástico”); **Gaetano Morelli** (“Diritto internazionale”). Esta gran enciclopedia es publicada por **Dott. A. Giuffrè Editore**, cuya dirección es **Vía Busto Arsizio 40, 20151, Milano**.- Se han publicado 50 volúmenes entre 1958 al año 2000 con mas 3 volúmenes de aggiornamento e Indice delle fonti.

**FONTES IURIS ROMANI ANTEIUSTINIANI** recopiladas por **RICCOBONO S., BAVIERA G., FERRINI C., FURLANI G. ARANGIO – RUIZ V.**, 3 volúmenes, Florencia, 1940 - 1941 -1943.

**PAULY - WISSOWA G.**: “Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft” (Real Enciclopedia de los clásicos de la antigüedad), obra fundamental en varios tomos escritos por ilustres romanistas y profesores alemanes. Esta famosa enciclopedia fue fundada y dirigida a iniciativa del profesor **AUGUST PAULY** (1796-1845) que fue un estudioso de la filología latina y griega. A su muerte la dirección de la enciclopedia fue continuada por **TEUFFEL** y **WALZ** y, luego, por el profesor **GEORG WISSOWA** (1859-1931), profesor ordinario en Marburgo y luego en Halle de Historia de la antigua religión romana.

**HELMUT COING:** “Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte”, 2 tomos, Band I: Mittelalter (1100-1500) Die Gelehrten Rechte und die Gesetzgebung.

Einleitung (Helmut Coing) Erster Teil. Wissenschaft.  
Die juristische Fakultät und ihre Lehrprogramm (Helmut Coing)  
Die legistische Literatur der Glossatorenzeit (Peter Weimar)

Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts (Norbert Horn)  
Die kanonische Literatur (Knut Wolfgang Nörr)  
Die Literatur zum gemeinen Zivilprozeß (Knut Wolfgang Nörr)

Zweiter Teil. Institutionen  
Die grundlegenden Institutionen der Länder (Gunter Gudian)  
Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche (Winfried Trusen)  
Die öffentliche Notariat (Armin Wolf)

Dritter Teil. Gesetzgebung  
Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten (Armin Wolf)  
Die Quellen des Handelsrechts (Hansjörg Pohlmann)  
Die Entwicklung des Corpus iuris canonici (Knut Wolfgang Nörr)

Vierter Teil. Rechtsprechung  
Die Rechtsprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota (Gero Dolezalek-Knut Wolfgang Nörr).

Band II: Neure Zeit (1500-1800) Das Zeitalter des Gemeinen Rechts, Erster Teil. Staatliche und kirchliche Institutionen  
Die grundlegenden Institutionen der Staaten (Heinz Mohnhaupt)  
Die Privilegien (Heinz Mohnhaupt)  
Die Institutionen der katholischen Kirche (Winfried Trusen)  
Die Institutionen der protestantischen Kirchen (Knut Wolfgang Nörr)

Zweiter Teil. Einflüsse des gemeinen Rechts in Rechtsgebieten anderer Tradition England und Irland (Helmut Coing)  
Rusland (Herbert Wagner)

Dritter Teil. Wissenschaft und Gesetzgebung unter dem Einfluß der Aufklärung  
Die Rechtsschulen der Aufklärung (Helmut Coing)  
Das Naturrecht (Walter Wilhelm und Klaus Luig)  
Die systematische Literatur des positiven Rechts (Klaus Luig)  
Die juristischen Bibliographien (Klaus Luig)  
Aufklärerische Sozialkritik und Kodifikationsbewegung (Walter Wilhelm).

Band III: Das 19. Jahrhundert (1815-1914)  
Erster Teil. Gesetzgebung  
Verfassungsrecht und politische Theorien (Dieter Grimm)

Theorie des Privatrechts (Walter Wilhelm)

Zweiter Teil. Gesetzgebung

Bürgerliches Recht (Kodifikationen)

Deutscher Rechtskreis (Barbara Dölemeyer)

Frankreich, Belgien, Niederlande (Ernst Holthöfer)

Italien (Filippo Ranieri)

Spanien, Portugal (Johannes-Michael Scholz)

Bürgerliches Recht (Einzelgesetzgebung)

Deutschland (Stephan Buchholz)

Österreich, Belgien, Niederlande (Ernst Holthöfer)

Italien (Filippo Ranieri)

Spanien, Portugal (Johannes-Michael Scholz)

Handelsrecht I

Deutscher Rechtskreis (Christoph Bergfeld)

Italien, Frankreich, Belgien, Niederlande (Antonio Padoa Schioppa)

Spanien, Portugal (Karl Otto Scherner)

Handelsrecht II (Gesellschaftsrecht)

Deutscher Rechtskreis (Wolfgang Wagner)

Romanischer Rechtskreis (Norbert Horn)

Urheber – und Verlagsrecht, Patentrecht (Hansjörg Pohlmann)

Gewerberecht (Harald Steindl)

Arbeits – und Sozialrecht (Theo Mayer-Maly)

Verfahrensrecht

Deutscher Rechtskreis Frankreich, Belgien, Niederlande (Gerhard Dahlmanns)

Italien (Filippo Ranieri)

Spanien, Portugal (Johannes-Michael Scholz)

Dritter Teil. Wissenschaft

Bürgerliches Recht

Deutscher Rechtskreis (Klaus Luig)

Italien, Frankreich, Belgien (Walter Wilhelm)

Niederlande (Ernst Holthöfer)

Spanien, Portugal (Johannes-Michael Scholz)

Handelsrecht I

Deutscher Rechtskreis (Christoph Bergfeld)

Romanischer Rechtskreis (Piermarco Zen-Ruffinen)

Handelsrecht II (Gesellschaftsrecht)

Deutscher Rechtskreis (Wolfgang Wagner)

Romanischer Rechtskreis (Norbert Horn)

Urheber –und Verlagsrecht, Patentrecht (Hansjörg Pohlmann)

Gewerberecht (Harald Steindl)

Arbeits –und Sozialrecht (Theo Mayer-Maly)

Verfahrensrecht

Deutscher Rechtskreis, Frankreich, Belgien, Niederlande (Knut Wolfgang Nörr)

Italien (Filippo Ranieri)

Spanien, Portugal (Johannes-Michael Scholz)  
Lehnrecht, Fürstenprivatrech (Armin Wolf)  
Universitäten und Rechtsunterricht (Helmut Coing)

Vierter Teil. Rechtsprechung  
Deutscher Rechtskreis (Heinz Mohnhaupt)  
Romanischer Rechtskreis (Filippo Ranieri)

Fünfter Teil. Internationale Rechtsvereinheitlichung (Helmut Coing)

Besondere Länderberichte  
Dänemark (Inger Dübeck, Ditlev Tamm)  
Schweden Nils Regner  
Norwegen (Gudmund Sandvik)  
Finnland (Berndt Godenhielm)  
Rumänien (Valentin Georgescu)  
Jugoslawien (Jelena Danilovic)  
Bulgarien (Mithail Andréev, Fanny Milkova)  
Griechenland (Pan J. Zepos)  
Großbritannien (W. R. Cornish)  
Polen (Leslaw Pauli)  
Rußland (Norbert Reich)  
Ungarn (János Zlinszky)

Wissenschaft, publicada por C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973- 1977.

**STINTZING – LANDSBERG:** “Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft”, 6 volúmenes, 1898-1910, München und Berlín; reedición por Aalen, 1959.

**STINTZING JOHANN AUGUST RODERICH:** Este famoso historiador del Derecho Alemán nació en Altona en 1825 y murió en Oberstdorf en 1883. Fue profesor de Derecho Romano en las Universidades de Basilea, Erlangen, Giessen y finalmente en Bonn. Escribió “Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15 – und im Anfang des 16. Jahrhunderts”, que fue publicada en Leipzig en 1867 y que ha sido reeditado por Aalen en 1959.

La otra gran obra de **Stintzing** fue “Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft”, que fue publicada póstumamente en dos volúmenes en München y Leipzig en 1880 – 1884, con ampliaciones de su discípulo **Ernst Landsberg** (1860-1927), reeditada en 1898 y nuevamente editada por Aalen en 1957.







CAPÍTULO XLV

LA PERIODICIZACIÓN DEL  
DERECHO ROMANO



## CAPÍTULO XLV

# LA PERIODICIZACIÓN DEL DERECHO ROMANO

Este lapso de catorce siglos constituye el objeto de nuestro estudio; pero, para su debido análisis se han planteado una serie de clasificaciones, por lo que no hay, pues, unanimidad entre los romanistas en cuanto a los períodos que comprende el estudio del Derecho Romano.

Así, por ejemplo, **EDUARDO GIBBON** distingue cuatro períodos que abarcan: 1).- desde la fundación de Roma a la época de las XII Tablas; 2).- de ésta a la época de Cicerón; 3).- de Cicerón a Alejandro Severo y, en fin, 4).- de éste a Justiniano; **cuatro períodos** que Gustavo Hugo llamaba *la época de la infancia, de la juventud, de la virilidad y de la vejez del Derecho Romano*.

Pero, como hemos visto al analizar la Historiología de Toynbee, es un error equiparar los períodos históricos de una sociedad con las fuerzas vitales que operan sobre la historia de esta sociedad, incluyendo su tiempo de vida, pues, declarar dogmáticamente que toda sociedad tiene un tiempo de vida predestinado es tan absurdo como sería declarar que toda pieza dramática debe tener un número determinado de actos.

Descartamos pues, por errónea, la clasificación de Gibbon.

**BONFANTE**, a su vez, ha propuesto una tripartición que distingue tres épocas que él denomina: 1° Etapa del Derecho Quiritario, 2° Etapa del Derecho Romano Universal o del *Ius Gentium* y 3° Etapa del Derecho *Heleno Romano*.

Discrepamos, también, de esta clasificación bonfantiana, por cuanto, omite el análisis de un importante período que es la etapa de la crisis motivada por la vulgarización del Derecho Clásico y que se conoce con el nombre de Derecho Post-Clásico o *Vulgarrecht*.

Simplificando aun más la tricotomía bonfantiana, **SILVIO PEROZZI**, el gran profesor de Parma y de Bolonia (1857-1931), quien, en su “*Storia del Diritto Romano*” (Lezioni dettate nella Università de Parma nell 1879-1911, Parma, 1900, así como también, en sus “*Istituzioni di Diritto Romano*”, Firenze, 1906; distinguía tan solo dos períodos: 1).- el Romano y, 2).- el Romano Helénico.

En cambio proponen una cuatripartición los profesores **DULCKEIT**, **GUARINO**, **FREZZA**, **SANCHEZ DEL RIO**, quienes, con pequeñas diferencias distinguen una primera edad que va de los orígenes al siglo IV, una segunda que corresponde al Principado, una tercera que corresponde a la reforma constitucional de Diocleciano y Constantino y una última que corresponde a la época de Justiniano.



Nosotros inspirándonos en esta cuatripartición y siguiendo los esquemas del maestro **RICCARDO ORESTANO**,<sup>(1)</sup> profesor en la Universidad de Roma, nacido en Palermo el 26 de mayo de 1909, muerto en Roma en 1988, distinguimos, 1).- en primer lugar, un período Arcaico o Primitivo que corresponde a la época del así llamado Derecho “Quiritario” (de “quirites”: los descendientes de los fundadores de Roma); 2).- un segundo período que corresponde a la llamada **Época Clásica**, cuyos límites temporales y conceptuales no están bien determinados, pero que coinciden con el período de máximo esplendor de la Jurisprudencia romana y del Proceso Formulario, entre los fines de la República y los dos o tres primeros siglos del Imperio; 3).- en tercer lugar, procede hablar de una época del **Derecho Post-Clásico**, para indicar la época que va de Alejandro Severo a Diocleciano y que se prolonga hasta el siglo VI, época de decadencia y vulgarización de las doctrinas clásicas; por eso, su nombre de “**Vulgarrecht**” y; 4).- en cuarto lugar, la época que se conoce con el nombre del **Derecho Justiniano**; debiéndose dejar constancia que la reciente romanística habla de un Derecho Pre-Clásico y que para nosotros sencillamente constituye la génesis o etapa auroral de la jurisprudencia clásica y que, lógicamente, esta incluida dentro del Derecho Clásico.

(1) **RICCARDO ORESTANO**: “Introduzione allo studio del Diritto Romano”, pág. 91, Società editrice il Mulino, Bologna, 1981; **RICCARDO ORESTANO**: “Diritto Romano” voz en el “Novissimo Digesto Italiano”, vol. V (Cr-Dis), pág. 1000, 1000, Torino, UTET, 1980.

**CAPÍTULO XLVI**

**PERÍODO DEL DERECHO  
QUIRITARIO**



## CAPÍTULO XLVI

### PERÍODO DEL DERECHO QUIRITARIO

El primer período llamado del Derecho Arcaico o Quiritario se caracterizó por su rigorismo a ultranza, por sus solemnidades ritualistas y sus severos formalismos. Las “mores” o costumbres de esta época eran el producto de una sociedad eminentemente clasista, dominada por los Patricios, que eran la clase dominante, en agravio de los Plebeyos, que eran la clase dominada; a tal punto, que no se concebía la unión conyugal entre ambas clases y, la clase dominante, gozaba de todos los privilegios y derechos. Así, el acreedor podía reducir a la esclavitud al deudor si éste no pagaba su deuda.

Este era el régimen de las llamadas “legis acciones”, en las que se perdía el juicio si no se pronunciaban las palabras sacramentales. Como dice GAYO, en sus *“Institutas”*, libro IV, **parágrafo 30**: *“Pero todas estas “legis acciones” se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada de los antiguos que en ese entonces crearon estos derechos, llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis. Fue así que por la ley Aebutia y las dos lulas fueron abolidas estas “legis acciones” permitiendo que litigáramos por palabras redactadas, es decir por fórmulas”*.

Este Derecho clasista y ritualista tuvo como fuentes a la Ley de las XII tablas, las que fueron redactadas por los Descenviros, inspirándose en algunas leyes de Grecia y de Egipto. La “Lex Duodecim Tabularum” regulaba el procedimiento de las “Legis Acciones” y ciertos negocios jurídicos como la “Mancipatio” y la “In Jure Cessio”. La mancipatio era un acto jurídico solemne, ritual y formal, mediante el cual una persona concedía a otra la propiedad sobre individuos o cosas. Según Gayo, que trata el tema en sus famosas *Institutas*, libro I, **parágrafo 119**: *“La mancipatio es una especie de venta imaginaria cuyo procedimiento es así: en presencia de no menos de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y de otro de la misma condición que debe sostener una balanza de bronce y es llamado “libripens” aquel que recibe “in mancipio”, teniendo la cosa dice: “afirmo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los quirites y que me lo he comprado con este cobre y con esta balanza de bronce”: “Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc aere aeneaue libra”. Luego, golpea con el cobre la balanza y se lo da a aquel de quien recibe “in mancipium”, como si fuera el precio.*

La vieja fórmula de la Ley de las XII tablas decía así “cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto”. De esto se desprenden dos cosas: primero, que el nombre de “mancipatio” deriva de “mancipium” = aprehensión manual de la cosa vendida si es un esclavo o un animal cualquiera o el símbolo que la represente si se trata de una finca rústica o urbana. Segundo, que las palabras solemnes pronunciadas recibían el nombre de “nuncupatio”.

La “in jure cessio” era un negocio jurídico que se efectuaba ante el magistrado, que podía ser el Pretor o el gobernador de la provincia. Según Gayo, libro II, **parágrafo 24**, aquel a quien la cosa era cedida “in jure”, teniendo la cosa en la mano decía así: “yo digo que este esclavo



es mío de acuerdo con el derecho de los Quirites”: “Hunc ego hominem ex iure Quiritum meum esse aio”.

Lamentablemente las XII tablas se perdieron cuando los galos invadieron Roma en el 364 a.C., de donde resulta que el texto de las XII tablas es producto de la reconstrucción historiográfica efectuada, primero, por Godofredo y, luego, por Dirksen y por Schöll.

**HEINRICH DIRKSEN**, profesor en la Universidad de Königsberg, donde nació en 1790 y, luego, en Berlín, donde murió en 1868, hizo una célebre reconstrucción de la ley de las XII Tablas en su libro de 1823 intitulado “Ensayo de una crítica e interpretación de las fuentes del Derecho Romano”, “*Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts*” y, luego en su “*Manuale latinitatis fontium iuris civilis romani*”, 1837. De estos resultados se valieron los profesores Girard, Bruns y Riccobono para sus ediciones respectivas en las que se ha discutido el problema de la autenticidad legislativa de las XII tablas: Véase **RUDOLF BRUNS**: “*Fontes iuris romani antiqui*” (7ª edición, a cargo de **MOMMSEN** y **GRADENWITZ**, 1909); **SALVATORE RICCOBONO - GIOVANNI BAVIERA - CONTARDO FERRINI - FURLANI - VINCENZO ARANGIO RUIZ**: “*Fontes iuris romani anteiustiniani, I, Leges*” (2ª edición, 1941), tomo I, pag. 21 y ss; **PAUL GIRARD**: “*Textes de droit romain*”, París, 1937.

Debe consultarse a **BROGGINI**, “*Coniectanea*”, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1966; **MAX KASER**, “*Storia del Diritto Romano*”, pag. 68, Cisalpino, Milano, 1991; **ANTONIO GUARINO**: “*Storia del Diritto Romano*”, nona edizione, pag. 142 y ss., parágrafo 66 al 72, editore Jovene, Napoli, 1993.

La autenticidad de las XII tablas fue puesta en duda por **PAIS** en su “*Storia di Roma I*”, (1898) y por **LAMBERT** en “*La question de l’authenticité des XII Tables*”, 1902. Frente a esta crítica, el profesor **GIRARD** defendió la autenticidad de la Ley en la “*Nouvelle Revue Historique du Droit*” (julio-agosto de 1902). Véase este estudio en “*Mélanges de droit romain*”, París, 1912-1923.

Las XII tablas regularon el Derecho Consuetudinario de la Roma primitiva consagrando un Derecho arcaico y primitivo. Constituyó una codificación de Derecho Público y Privado, de Derecho Civil, Penal y Procesal. Es la ley romana por excelencia en la que se inspiraron todas las leyes posteriores e, incluso, la doctrina jurisprudencial de la época clásica. Se ha alabado, con admiración, su estilo conciso y lapidario, así como su sencillez despojada de toda retórica. Es por ello, fuente de inspiración para la jurisprudencia clásica y Cicerón la alababa por sus virtudes estilísticas, aunque reconocía que las dos últimas tablas contenían leyes inicuas.<sup>(1)</sup> Tito Livio, por su parte, estableció que “las XII tablas eran la fuente de todo el Derecho Público y Privado”.<sup>(2)</sup> Aulo Gelio<sup>(3)</sup> refiere como el jurisconsulto Cecilio y el filósofo Favorino resaltaron las cualidades y defectos de esta famosa ley.

En el 367 a.C., Licinio obtiene, a través de un famoso plebiscito, la promulgación de una ley fundamental que permite el acceso de los plebeyos a las magistraturas originariamente reservadas para los patricios: surge así la famosa “*lex Licinia*” por la cual se crea una

(1).- **CICERÓN**, “*De oratore*” I, 44; “*De legibus*”, II, 21.

(2).- **TITO LIVIO**, “*Ab urbe condita*” libro III, 21.

(3).- **AULO GELIO**, “*Noches áticas*”, libro XX, capítulo I, págs. 233 a 234, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1999.

magistratura fundamental: la Pretura. El Pretor asume la competencia específica de ejercer el poder jurisdiccional para configurar una causa, antes de que pase al Juez o Iudex para que éste la resuelva, apreciando la prueba.

En el año 309 a.C., el tribuno Canuleio obtuvo, tras largos debates, la “**lex Canuleia**” por la cual se permitía el “**ius connubium**”, es decir, el legítimo matrimonio entre patricios y plebeyas.

En el año 300 a.C., la “**lex Ogulnia**” permite el acceso de los plebeyos a los cargos pontificios.

En virtud de un plebiscito, de fecha incierta, se sanciona la “**lex Aquilia**” de Damno, en virtud de la cual se consagra la “**culpa aquiliana**”, elemento subjetivo de los delitos y de los cuasidelitos, estableciendo la culpa como un nexo causal entre el autor y el daño causado. Los compiladores del Digesto subjetivizaron esta culpa, de donde proviene el principio “in legem Aquilia et levissima culpa venit”, configurándose la culpa como falta de diligencia.

De aquí se infiere, pues, que las fuentes del Derecho en el período del Derecho Quiritario fueron: 1) las leyes, que eran sancionadas por los “Concilia Plebis”, en base a la proposición de un tribuno. En virtud de la “**lex Hortensia de Plebiscitis**”, del año 287 a.C., las decisiones adoptadas en los Concilia Plebis rigieron, lo mismo que para los patricios, para los plebeyos. Desde entonces, fueron verdaderas leyes, en tanto que regían “erga omnes”. 2) La Costumbre, que resulta del consentimiento tácito del pueblo, al consagrar, por un largo uso, una determinada institución o una regla de Derecho. 3) La interpretación de los Pontífices y de los Jurisconsultos, que surge del carácter, a menudo lapidario, de la ley de las XII tablas. La interpretación surge como una exigencia de salvar las lagunas y de iluminar los puntos oscuros de la ley. La interpretatio fue, pues, la obra exclusiva del colegio de los Pontífices, quienes cuidaban celosamente el conocimiento de las “mores maiorum” y de la “Lex Duodecim Tabularum”, hasta que, a mediados del siglo V, **Gnaeus Flavius**, secretario del patricio Apio Claudio, divulgó las fórmulas de las acciones de la ley, para que sean conocidas por todo el pueblo. Surgió así el llamado “**Ius Flavianum**”. Un siglo más tarde, esta divulgación fue completada en una colección, obra de Sexto Aelio. Esta obra, llamada “**Jus Aelianum**” o “Tripartita” o “Tripartita” comprende tres partes: 1) El texto de la ley de las XII tablas; 2) su interpretación y 3) las acciones de la ley.

La Ley de las XII Tablas, como lo hemos dicho al incorporarnos a la Academia Peruana de Derecho,<sup>(4)</sup> constituye el punto de partida del razonamiento jurídico, en tanto que es una de las obras máximas del espíritu humano que simboliza la “ratio scripta”, por antonomasia, así como el “Organum” de Aristóteles, representa a la lógica clásica o los “Elementa” de Euclides a la geometría euclidiana.

(4) - JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, “Reflexiones sobre la Historia de Codificación Civil”, en el Boletín de la Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica, S.A., 1996, pág. 110.

La “**Lex duodecim tabularum**” es, como decía Tito Livio, la “fuente de todo el Derecho Público y Privado”, fue el primer **Código de Derecho Romano**, porque, consagraba, a plenitud, el mundo romano, su alma y su idea del Derecho, con todas sus imperfecciones clasistas y sus desniveles sociales, como lo sería a su modo, dos mil años más tarde, el “Código del buen burgués”, según la frase lapidaria con la que Anton Menger, bautizaría al primer Proyecto del Código Civil alemán.

El formalismo, la solemnidad ritual, el empleo inexorable de ciertas palabras sacramentales, constituyeron el alma de la famosa codificación decemviral que, en materia procesal, se consagró en el sistema de las “legis acciones”.

Para abreviar, me limitaré a decir que la cuestión de la sistematización en la “Lex duodecim tabularum”, es fuente, hasta ahora de discusiones entre romanistas, habida cuenta que, como es sabido, el texto original fue destruido por los galos cuando incendiaron Roma en el 387 a.C. Fue la posteridad la que nos trasmitió por tradición oral su contenido y su regulación, hasta que Sexto Aelio Petio la comentó en el siglo II, con arreglo a un orden sistemático e interpretativo, que sirvió como modelo de inspiración a la jurisprudencia clásica.

Pero lo decisivo es que **el texto integral de las XII Tablas no nos ha sido transmitido literalmente, sino, que es obra de la palingenesis, esto es, de la reconstrucción historiográfica.** Recordemos la evocación que hice en anteriores párrafos (pag. 487) de Godofredo, Dirksen y Schöll.

Debemos al profesor **PAUL GIRARD** (1852-1926), de la Universidad de Burdeos y, luego, de París, un magnífico texto para el estudio de la “Lex Duodecim Tabularum” (Véase GIRARD: “Textes de droit romain”, 1937; GIRARD: “Manuel élémentaire de droit Romain”, revisión de F. Senn, 1949; “L’histoire des XII Tables”, Melanges du Droit Romain”, 1912). He aquí el elenco de las XII Tablas: en las Tablas I a III se encuentra regulado el procedimiento. Se titulan, de la comparecencia ante el magistrado (De in ius vocando); de las instancias judiciales (De iudiciis) y; de la ejecución en caso de confesión o condenación (De rebus crediti).

Las Tablas IV a la VIII contienen el Derecho civil y el Derecho criminal. Sus títulos son: del derecho de patria potestad (De iure patrio); de las herencias y tutelas (De haereditibus et tutelis); de la propiedad y de la posesión (De dominio et possessione); del derecho en cuanto a los edificios y las heredades (De iure aedium et agrorum) y, de los delitos (De delictis).

En la Tabla IX se encuentra el Derecho público y se establece el proceso comicial.

En la Tabla X hallamos disposiciones de Derecho sagrado (De iure sacro), que prohíben enterrar o quemar en la ciudad y; restringen las suntuosidades funerarias.

La Tabla XI contiene disposiciones aplicables a las cinco primeras Tablas; y la Tabla XII, preceptos que se refieren a las cinco últimas Tablas.

## LAS “LEGIS ACCIONES”

El ritualismo y la solemnidad a ultranza predominaron en toda la época del Derecho Quiritario y, por ende, en la primera época del Derecho Procesal romano que por ello recibe esta denominación: “período de las legis acciones”. Acciones que se planteaban pronunciándose palabras solemnes y formalismos rituales ante el magistrado “in jure” de tal manera que la omisión de una sola palabra o el más mínimo error en su pronunciación determinaba la pérdida del juicio. Los únicos que conocían la clave mágica de estas palabras rituales eran los sacerdotes. El secreto de ellas fue revelado por **Gnaeus Flavius** que las publicó en una colección llamada: “**Ius Flavianum**” y después **Sexto Aelio** en una nueva colección llamada “**Ius Aelianum**”.

Según Gayo, “Institutas”, libro IV, parágrafo 11, que es la fuente de conocimiento por excelencia en este y todos estos temas: *“Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban “acciones de la ley” (legis acciones) y esto ya porque eran creadas por las leyes o ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes. Así, si alguien accionase por el corte de vides y nombrase la palabra “vides” (vites) en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debería haber nombrado la palabra “árboles” (arbores) ya que la ley de las XII Tablas, sobre la cual reposa esta acción por corte de vides, habla de una manera general de árboles cortados”.*

*“Por cinco modos se accionaba ante la ley: por “sacramentum”, por “iudicis postulatio”, por “condictio”, por “manus iniectio” y por “pignoris capio”.*

*“La acción por el “sacramentum” era una acción general: en efecto, cuando por la ley no estaba previsto de qué modo se debía accionar, se recurría a este “sacramentum”.*

El profesor en la Universidad de Buenos Aires, **ALFREDO DI PIETRO**, en nota, dice así: “El sacramentum es el eje sobre el cual ocurre esta primitiva forma de actuar, ya que luego el iudex se limita, tras el examen de la causa, a juzgar si el sacramentum de cada parte es iustum o iniustum. En su última época de aplicación, el sacramentum representa una apuesta respecto de la cual la parte que perdía el juicio debía con dicha suma engrosar el tesoro público”.<sup>(5)</sup>

<sup>(5)</sup>- **GAIUS**, “Institutas”, textotraducido, notas e introducción por **ALFREDO DI PIETRO**, Ediciones Librería Jurídica, La Plata Argentina, 1967, pág. 141.







**CAPÍTULO XLVII**

**EL DERECHO PRE-CLÁSICO**



## CAPÍTULO XLVII

### EL DERECHO PRE-CLÁSICO

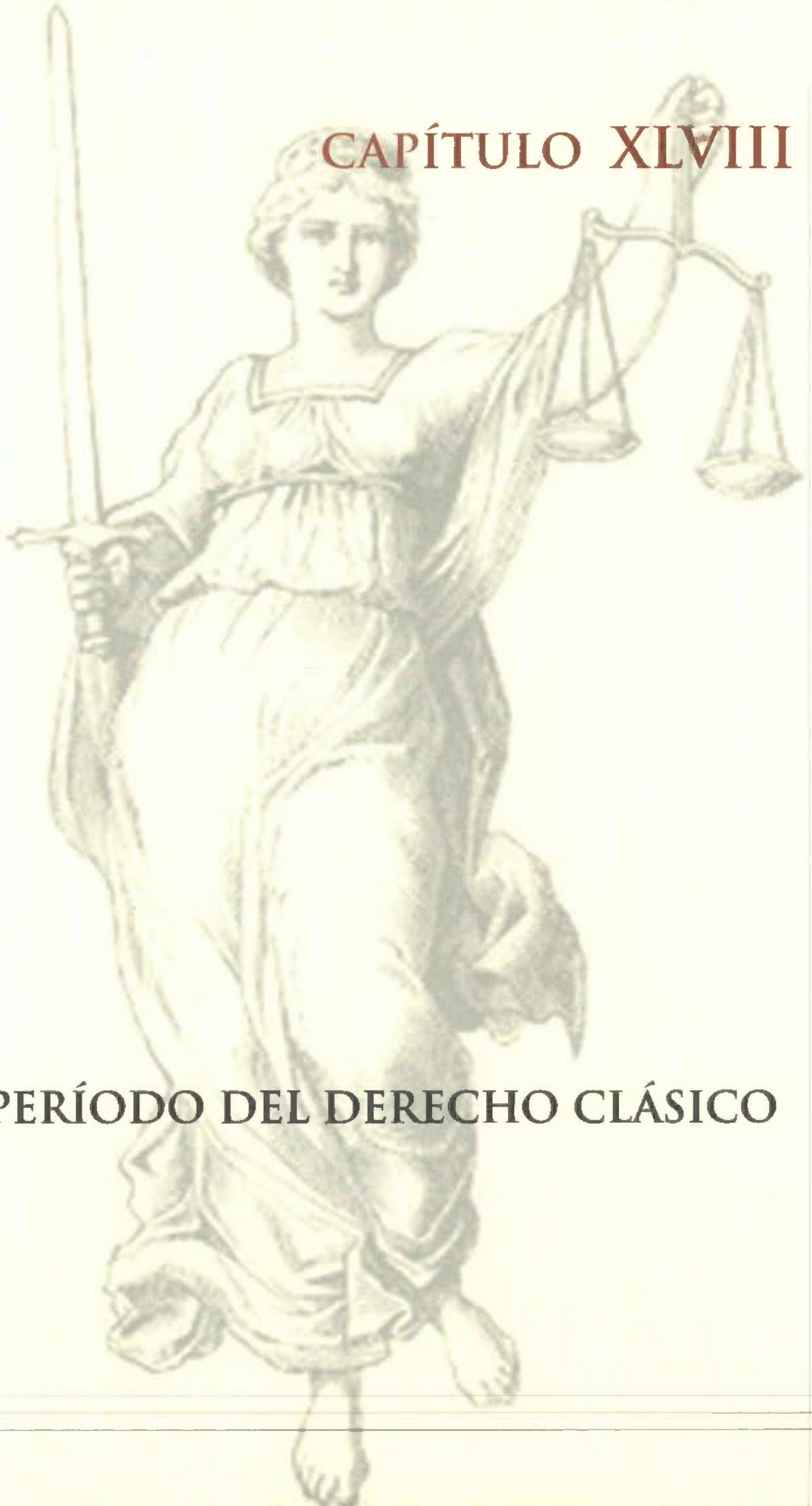
La ciencia jurídica romana, como tal, surgió en los “Tripartita” de Sexto Elio Petio, en tanto que allí se desarrolla el “Ius Aelianum” en el que se expone 1° la Ley de las XII Tablas; 2° la “Interpretatio” de la misma y 3° las fórmulas de las legis acciones. **Podemos, pues, afirmar que los “Tripartita” constituyen la primera obra científica de Derecho Romano** y, el **Ius Aelianum**, la primera denominación a esta obra científica debida a Pomponio, según referencia que corre en el Digesto, fragmento 2, párrafo 7 in fine. Digesto 1 y 2.

Así empezó a perfilarse el Derecho Romano como un “Derecho de Juristas”. Juristas fueron: **MARIO PONCIO CATON** y su hijo **CATON LICIANO**, autor de la regla Catoniana, referente a la nulidad de los legados. **MUSCIO SCEVOLA**, Cónsul en el 133 a.C. y su hijo **QUINTO MUSCIO SCEVOLA** (153 a.C. - 82 a.C.), Cónsul en el 95 a.C., fué el primero en sistematizar el Derecho Civil en su obra “Libri XVIII Iuris Civilis”. Por ello es el más importante jurista de la época Pre-Clásica. El sistema del Derecho Civil de Quinto Muscio Scévola se ordenaba así: 1.- Sucesiones; 2.- Familia; 3.- Cosas; 4.- Obligaciones (“ex contractu” y “ex delicto”). **El sistema Muciano del Derecho Civil** influyó poderosamente en la literatura civilística de la Jurisprudencia Clásica. De esta manera el genio jurídico elevó la ciencia del Derecho a gran altura, formulando principios jurídicos y creando instituciones de valor imperecedero. De las doctrinas de este jurista proceden la “**Caución Muciana**” (promesa de restituir para el caso en que se contravenga a una condición potestativa negativa) y la “**Presunción Muciana**” (según la cual todos los bienes en posesión de la mujer se presume que provienen del marido). **AQUILIO GALLO**, Pretor en el año 66, quien se inmortaliza con la fórmula para la acción de dolo, con la doctrina de la culpa aquiliana y con la “stipulatio aquiliana” (un modo para unificar las deudas entre las mismas personas con motivo de un contrato novatorio); **SERVIO SULPICIO RUFO** (Cónsul en el 51) a quien Cicerón, amigo suyo, lo llamó “el fundador de la Dialéctica Jurídica”, quien compuso un “Comentario al Edicto Pretorio”.





# CAPÍTULO XLVIII



PERÍODO DEL DERECHO CLÁSICO



## CAPÍTULO XLVIII

### PERÍODO DEL DERECHO CLÁSICO

Y entramos con los grandes Juristas a la gran época del Derecho Clásico. El clasicismo de esta época de oro se debe no solo al genio de estos insignes jurisconsultos sino, fundamentalmente, al gran artífice y creador del Derecho Honorario: el Pretor, a quien podemos considerar “la fuerza motriz” del Derecho Clásico y el inspirador de la Jurisprudencia Clásica. El Derecho Pretoriano según la definición de Papiniano consignada en el Digesto, libro I, título I, número 7, párrafo 1, es: “el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores, para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil; el cual se llama también honorario, habiéndose denominado así por el honor de los pretores” (“*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum*”).

El Pretor fué pues el alma del Derecho Clásico por su capacidad de creación jurisprudencial, la cual consistía en ayudar o suplir o corregir el Derecho Civil. El tema lo ha desarrollado brillantemente el profesor **MORITZ WLASSAK**, en diversos estudios<sup>(19)</sup>, el profesor **LEOPOLD WENGER** en su “*Prätor und formel*”<sup>(20)</sup> y el profesor **EMILIO BETTI** en “*La creazione del Diritto nella Iurisdictio del Pretore Romano*”, en los “*Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*”, pág. 65 y siguientes, Cedam, Padova, 1927. Pero quien ha contribuido decisivamente a esclarecer este tema fundamental ha sido **OTTO LENEL** en su obra “*Das Ediktum perpetuum*”, primera edición publicada en Leipzig en 1883; tercera edición, Leipzig, 1927; reedición, 1956.- Esta obra famosa del ya por entonces gran profesor en la Universidad de Leipzig le valió un premio en la Academia de Ciencias Bávara (1883) y constituye la reconstrucción del contenido, el sistema y el texto literal del Edicto Perpetuo realizado por el jurista Salvio Juliano, por mandato del Emperador Adriano.

(19).- **MORITZ WLASSAK**, Ha sido una de los más grandes maestros que ha investigado a fondo el Proceso Civil Romano y, concretamente, el Derecho Pretoriano. El insigne maestro checoslovaco nació en los Sudetes, en Brünn in Nöhren, el 2º de agosto de 1864, y falleció a los 65 años en Viena el 24 de abril de 1929. Gran pianista y músico, estudió en Viena, donde se doctoró en 1887 después de haber sido discípulo de Exner y de viajar a Berlín donde fue discípulo de Karl Bruns (1866-1908), el célebre autor de “*Fontes iuris romani antiqui*” (2ª edición, 1898); también estudió con Jhering en Göttingen con quien repasó el tema de “El Espíritu del Derecho Romano”. Inició la docencia como “Privat-Dozent” en la Universidad de Viena en la que también concluyó su brillante carrera como profesor de Derecho Romano, después de haber enseñado en las universidades de Gratz, Breslau y Estrasburgo. El profesor Moritz Wlassak escribió: “*Edikt und Klageform*”, 1892 (Edicto y Formas de la Acción); “*Die klassische Prozessformel*”, 1894 (La Fórmula Procesal Clásica); “*Römisches Prozessgesetz*”, 1894, (“*Legislación Procesal Romana*”); “*Ursprung der römische Einrede*”, 1895 (“*Origen de las Excepciones Romanas*”); “*Anklage und Streitbefestigung*”, 1897 (“*Acusación y Fijación del Objeto del Proceso*”); “*Die klassische Prozessformel*”, 1898 (“*La Fórmula Procesal Clásica*”); “*Studien zum altrömisches Erb- und Vermächtnisrecht*”, vol. I, 1898 (“*Estudios sobre el Derecho de Sucesiones en el Derecho Romano altomedieval*”); etc.

(20).- **LEOPOLD WENGER**, (1874-1952): Procesalista como Wlassak e historiólogo como Paul Koschaker, nació en Carintia el 4 de setiembre de 1874 y murió en su retiro de Oberveßlack en 1952. Fué profesor en Gratz, Viena, Heidelberg y Múnich. Publicó en 1900 su clásica monografía sobre la “*Actio Judicati*”; en 1905 sus “*Institutionen des Römische Zivilprozessrechts*”; en 1908, un libro fundamental, “*Prätor und formel*” y en 1911 “*Die Quellen des Römische Rechts*”. Actualizó un texto en el que nos hemos formado desde estudiantes: las clásicas “*Instituciones de Derecho Privado Romano*” de Rudolph Söhm el ilustre profesor de Derecho Romano de cuya vida y pensamiento nos hemos ocupado con anterioridad en la nota de plé de página número 4, p. 12, de este libro. Adicionó, también, otro texto clásico de otro gran profesor alemán de Derecho Romano: el de Paul Jörs, de quien nos ocupamos en la nota de plé de página número 4, p. 12, de esta obra. En virtud de estas adiciones el profesor Wenger escribió en 1927 “*El estado actual de la ciencia del Derecho Romano*”: “*Der heutige Stand der römische Rechtswissenschaft*”.



El texto sirvió de base a los comentarios de los jurisconsultos clásicos del siglo segundo y principios del siglo tercero d. C. Otto Lenel después de profesar en Leipzig llegó a ser Profesor Ordinario en Kiel, luego, en Marburgo, Strasburgo y Friburgo. Fue uno de los más grandes romanistas de todos los tiempos. Nació en Mannheim el 13 de Diciembre de 1849 y murió en Friburgo el 7 de Febrero de 1935. Se le han dedicado dos libros de homenaje: 1.- "Festschrift für Otto Lenel zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum am 16. Dezember 1921 überreicht von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen" Fakultät der Universität Freiburg im Brisgau, Leipzig, 1923; 2.- "Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel. Otto Lenel zu seinem sechzigjährigen Doktorjubiläum am 16. Dezember 1931 von Freiburger Mitarbeitern und Schülern", Leipzig 1931.

En la Universidad de San Marcos solo tenemos la traducción francesa de esta gran obra de Otto Lenel bajo el título de "Essai de reconstitution de l'Édit Perpétuel", Librairie de la Société du Recueil General des lois et des arrêts, L. LAROSE, Directeur de la Librairie, Paris, 1901.

En su edicto, el Pretor establecía anualmente las acciones y derechos con los que iba a resolver el Derecho. Así desarrolló pretorianamente el viejo "Ius Civile", creando acciones pretorianas, por ejemplo, los Interdictos o, creando derechos sustanciales, como por ejemplo, la "bonorum possessio", etc. Aún es preciso mencionar ciertas acciones pretorianas como la acción Serviana y la acción cuasi Serviana, referidas ambas al Interdicto Salviano, como la acción utilis in factum de la Ley Aquilia, o como la acción Calvisiana, la acción Faviana, la acción Pauliana, la acción Publiciana, la acción Rutiliana, la acción Octaviana, etc. **Gracias al Pretor el Derecho Romano se puede configurar más que como un sistema de derechos, como un sistema de acciones**, según la doctrina de Windscheid, seguida por el profesor Riccobono<sup>(21)</sup> y por el suscrito.

Con el Pretor y su fórmula, que se inspiraba en la "aequitas", se adviene no solamente al Derecho pre-Clásico, sino, también, a un nuevo período en la historia del derecho Procesal Romano: El Derecho Formulario. El nuevo sistema comenzó a desenvolverse en el curso del siglo III a.C. en virtud de las Leyes "Aebutia" y "Julia Judiciorum".

¿Cuál era la estructura de la fórmula?:

- 1) **La Datio Judicis.**- Nombramiento del Juez.
- 2) **La Intentio.**- En la que se plantea la pretensión del demandante, es decir, el objeto del pleito. Por ejemplo si se trata de una pretensión por cobro de una cierta cantidad de dinero la Intentio consiste en las palabras "que Numerium Negidium (expresión con la que se designa simbólicamente al demandado) está obligado a dar al demandante Aulo Agerio (expresión con la que se designa simbólicamente al demandante) la suma de diez mil sestercios. Si se trata de una acción real, concretamente, la acción reivindicatoria, que es la más importante de todas las acciones reales, las palabras deben decir "que el fundo capenatem es de Aulo Agerio.

(21).- **BERNHARD WINDSCHEID:** "La actio del Derecho Romano desde el punto de vista del Derecho Actual", traducida en el libro "Polémicas sobre la actio", pag. 4, E.J.E.A, Buenos Aires, 1900; **SALVATORE RICCOBONO,** Fué y sigue siendo uno de los maestros más venerados de la escuela romanista italiana. Nació en Palermo el 11 de enero de 1868, murió el 19 de abril de 1952 a la edad de 84 años. Profesor en Palermo hasta 1902 en que pasa a la Universidad de Roma y es nombrado miembro de la academia sucediendo al ilustre Bonfante. Su nombre es universalmente conocido y admirado habiendo sido designado para dirigir el Instituto de Derecho Romano de la Universidad Católica de Washington. Es autor de una famosa obra: "Gli studi del diritto romano in Italia", I.R.C.E., 1900; "Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano. Compendio del Corsi di Storia e d'esegesi del Diritto Romano", Milano Dott. A. Giuffrè, 1900; "Roma Madre de las Leyes", ediciones Depalma Buenos Aires, 1900; etc.

- 3) **La Demonstratio.**- Que constituye la “causa petendi” o el fundamento de hecho de la intentio en la cual se detallaba la acción del actor o demandante.
- 4) **La Condemnatio.**- Es la cláusula que atribuye al juez la facultad de condenar o absolver: “si paret... Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret absolvito (“si consta... condena a N.N. a pagar diez mil sestercios a A.A., si no consta, absuévelo”), con todas las variaciones y modificaciones que supone en las diferentes fórmulas. Como la intentio, la condemnatio, que cual sabemos es siempre pecuniaria, puede ser cierta o incierta. Es cierta cuando la cuantía de la suma a la cual habrá que condenar al demandado es fijada con anterioridad en la fórmula; es incierta, cuando la suma será fijada por el juez.
- 5) **La adjudicatio.**- Esta parte de la fórmula solo se encontraba en las fórmulas de las acciones divisorias y esta cláusula atribuye al juez el poder de adjudicar las cosas comunes o sus partes a uno u otro de los coherederos o copropietarios.<sup>(22)</sup>

En base a ello los grandes jurisconsultos de la era clásica desarrollaron la ciencia jurídica que es el legado inmortal de Roma a la posteridad.

Grandes Jurisconsultos fueron: **MARCUS ANTISTIUS LABEON**, contemporáneo de Augusto y líder de la escuela de los Proculeyanos, cuya vida y cuyas obras han sido estudiadas en un libro fundamental, el del profesor **LOTHAR ALFREDO PERNICE**: “Marcus Antistius Labeón. El Derecho Privado Romano en los primeros siglos del Principado” (1873). **LABEON** nos dió las grandes definiciones del Derecho Civil como los conceptos de dolo, error y la clasificación de las acciones en reales y personales.

Es preciso mencionar aun al gran **MASURIO SABINO**, jefe de la escuela de los sabinianos, autor de unos famosos “Libri tres Iuris civilis” en los que, a partir del Derecho de Sucesiones, desenvuelve todas las materias del Derecho Civil.

**JUVENCIO CELSO** de quien tomo su nombre el llamado Senado Consulto Juvenciano y la *Condictio Juvenciana*. De él también procede el principio según el cual “la letra de la ley no debe ahogar jamás a su espíritu”. Especialmente nos interesa su clásica definición de la “actio” que la define como “el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe” (“nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi”).

**SALVIO JULIANO**, natural de Hadrumentum, uno de los más insignes juristas de la era clásica quién consagró su vida a dos grandes obras: la definitiva redacción del Edicto Perpetuo en la que bajo el encargo del emperador Adriano, hacia el año 130 d.C. plantea la definitiva redacción de los edictos pretorianos en la nueva y definitiva versión que por ello recibe su nombre: el “**EDICTO DE SALVIO JULIANO**” o “**EDICTO PERPETUO**”, cuyo texto fue reconstruido por Otto Lenel. Su otra gran obra fue la composición de unos *digestos* en torno a los cuales sus grandes discípulos prosiguieron su labor descollando entre ellos **POMPONIO**, quien le da a su obra una contextura historiográfica.

<sup>(22)</sup>- Hemos seguido al delinear la estructura de la fórmula al maestro **VINCENZO ARANGIO RUIZ** en su obra: “Las acciones en el Derecho Privado Romano”, pp. 7 y siguientes, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990. Nacido en Nápoles en 1864 Vincenzo Arangio Ruiz fue profesor en Camerino, Perugia, Cagliari, Messina, Módena, Nápoles y Roma, enseñando también en las universidades de El Cairo, Bruselas, Heidelberg, Munich y Viena. Fue también ministro de Justicia y ministro de Educación en los gabinetes de Badoglio y Parri. Sus obras más importantes son: “Istituzioni di Diritto Romano”, Nápoles, 1909 (1ª ava. edición); “Storia del Diritto Romano”, Nápoles, 1909 (1ª ed. edición); etc.



Acaso el profesor más conocido de todos haya sido un personaje de vida misteriosa y legendaria: **GAYO** quien en sus famosas “Institutas”, escritas más o menos hacia el año 161 d.C. nos legó un libro didáctico de gran claridad. La vida de Gayo llegó a ser cuestionada en una célebre tesis doctoral del profesor **LONGINESCU**: “*Gaius der Rechtsgelehrte*” 1896, en la cual sostiene que Gayo no existió nunca y las obras que se le atribuyen lo fueron en realidad de Gaius Cassius Longinus, gran jurisconsulto de la escuela sabiniana o cassiana como también se la llama en evocación de Cassius Longinus. Contra esta atrevida tesis de Longinescu el gran Mommsem replicó que Gayo en realidad fue un jurista provincial: “*Gaius ein Provincialjurist*”. Sin embargo en el Digesto, 45, 3, 39, Pomponio lo llama “*Gaius noster*”, frase ésta con la que los discípulos evocan a sus grandes maestros. Para el profesor Honoré, Gayo más que un provinciano que fue a Roma, fue un gran jurisconsulto romano que se fue a las provincias, llevando allí todo el bagaje de su doctrina y profesando como docente en la Universidad de Beirut.

Lo indiscutible es que en sus “Institutas” Gayo se nos revela como un profesor de excepcional claridad. Su obra inspiró durante siglos no solo a los profesores Teófilo y Doroteo para redactar las “Institutas” de Justiniano en el siglo V, sino también, sirvió de modelo para una serie de paráfrasis como la del mismo Teófilo y, desde antes, al anónimo autor de la “*Res quottidianae sive aureorum*”, cuya redacción es de la época post-clásica. Posteriormente se escribió un resumen y simplificación de las “Institutas” de Gayo en un opúsculo titulado “*Epitome Gai*” del cual existe una versión castellana con traducción y notas de José María Coma Fort y José Domingo Rodríguez Martín, editada por la Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”. Madrid, 1996.

El Epítome Gai, a su vez, sirvió de base para la Lex Romano Visigothorum promulgada por el Rey Visigodo Alarico II en el año 506 d. C. Este texto vulgarizado de Gayo se conoce con el nombre de “*interpretatio visigótica*”.

Una extrema simplificación aún más pobre que la del Epítome Gai es la que se conoce con el nombre de “*Fragmentos de Autum*” o “*Fragmenta Augustodunensia*”, texto post-clásico que ha sido estudiado por Cannata en los “*Studi Biondi*”, volumen I, pag. 549 y ss.

Las “Institutas” de Gayo constituyen un texto de gran claridad y de síntesis del Derecho Quiritario y del Derecho Clásico. Se trata de un brillante resumen hecho por un gran profesor que abarca cuatro libros en los que el Derecho se resume en un sistema integrado por tres partes : 1.- el *Ius personarum* o Derecho de las Personas; 2.- el *Iura ad rem* o Derecho de las Cosas y 3.- el *Ius actionibus* o Derecho de las Acciones.

La trilogía de Gayo es modelo insuperable en el Derecho Comparado y ha servido de fuente de inspiración para el Código Civil Frances y los Códigos que en él se inspiraron.

Lamentablemente no se sabe nada sobre la vida de Gayo, salvo que fue un provinciano que fue a vivir a Roma y que luego se dirigió a Beirut donde llegó a ser una gran profesor en su célebre escuela en donde escribió sus famosas “Institutas”, texto que fue descubierto en 1816.

En 1816 el descubrimiento del Palimpsesto de Verona por **BERTHOLD NIEBUHR** permitió aclarar una serie de problemas historiográficos. Lamentablemente el uso masivo de reactivos químicos por parte de Bluhme hizo perder una serie de páginas en el código veronés, lagunas que más tarde se salvaron felizmente con el descubrimiento en el Cairo de un nuevo manuscrito por la papiróloga Norsa, discípula del maestro Arangio Ruiz, quien lo publicó en Florencia en 1933 y que figura como apéndice en el libro “*Procedimiento Civil*” de Vittorio Scialoja, bajo el título de “*Los nuevos fragmentos egipcios del libro IV de Gayo*”, pp. 500 y siguientes del citado libro de Scialoja, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1954.

**EMILIO PAPINIANO** fue el más grande de todos los jurisconsultos romanos, sus obras más valiosas son “los 19 libri responsorum” y los “37 quaestionum libri” donde con estilo diáfano y brillante resuelve una serie de casos y cuestiones. La síntesis de la cultura griega y romana culmina en la jurisprudencia de este gran jurista, que no obstante fue asesinado por los esbirros del emperador Caracalla en el año 212 por haberse resistido a absolver como jurista la conducta fratricida del tirano.

Discípulo de Papiniano fue otro gran jurisconsulto: **DOMICIO ULPIANO** quien escribió un gran comentario al edicto del Pretor en 83 libros y una serie de libros más en los cuales esculpe con estilo brillante la técnica de los juristas romanos; tal el caso de sus célebres definiciones del Derecho: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”; “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”; “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

**PAULUS** es otro de los grandes jurisconsultos clásicos autor de un “*Comentario al Edicto Pretoriano en 80 libros*”.

**HERENIO MODESTINO** discípulo de Ulpiano integra también con los precedentes el llamado: “*Ius Publici Respondendi*”.

La técnica de los juristas romanos consistió en interpretar y sistematizar el derecho acumulado desde las XII tablas especialmente comentando al edicto pretoriano y forjando una nueva “*interpretatio*” que finalmente sería compilada en el Digesto. Echaron mano a su talento genial para absolver las cuestiones de la vida social y salvar las lagunas de la ley y de los precedentes mediante una jurisprudencia creadora. Su talento y versación se desarrolló sobre todo en el ámbito de los derechos Reales, en el derecho de las Obligaciones y Contratos, en el derecho de Sucesiones y en el Derecho Procesal. Hasta hoy se hace la paráfrasis de sus textos clásicos que aun siguen deslumbrando ante las Cortes y en las cátedras de las grandes universidades de todo el mundo.







**CAPÍTULO XLIX**

**EL DERECHO POST-CLÁSICO**

---

---



## CAPÍTULO XLIX

### EL DERECHO POST-CLÁSICO

Es el período comprendido desde la época de Diocleciano hasta el advenimiento de Justiniano y que se caracteriza por la vulgarización del estilo y de la creación jurisprudencial del Derecho. Se trata de un Derecho deformado y adulterado que constituyó por lo mismo una fase decadente en el proceso histórico del Derecho Romano. El problema empieza con la concesión de la ciudadanía de Roma a todos los ciudadanos del imperio mediante la **“Constitutio Antoniniana”** del año 212 d.C., la que, como dice el maestro Alvaro d’Ors: “se trataba de una medida de colosal nivelación social que le daba un sesgo totalmente nuevo a la historia jurídica romana determinando el fin de la época clásica”. **El tema de la vulgarización del Derecho Clásico constituye hoy día la reflexión de moda de la reciente romanística** desde que en 1880 el profesor **HEINRICH BRUNNER** planteara este fenómeno por analogía con el latín vulgar, denominándolo por ello **“Derecho Vulgar”** o **“Vulgarrecht”**. Poco después, en 1881, el profesor **LUDWIG MITTEIS** en su famoso libro **“Reichsrecht und Volksrecht”** acoge el tema para referirlo al contraste entre el Derecho Imperial y el Derecho Popular. **ERNST LEVY**, profesor en Heidelberg, consagró el término de **“vulgarrecht”** en el congreso de Oslo de 1928 para, luego, desarrollarlo, en su famosa obra de 1951 intitulada **“Derecho Romano Vulgar en Occidente”**, Philadelphia, 1951 y, luego, en su **“Weströmisches Vulgarrecht- Das Obligationenrecht”**, Weimar, Böhlau, 1956; el profesor **MAX KASER** lo explica con gran claridad en su estudio **“el Derecho Romano Vulgar tardío”**, publicado en el Anuario de Historia del Derecho Español de 1960, pág. 617 y siguientes. Y el profesor **FRANZ WIEACKER** en sus brillantes estudios nos ha hablado de un **“vulgarismus”** estilístico, de un **“stilhatung”**, lo que significa una actitud intelectual, que no se limita al ámbito jurídico, sino que abarca también el fenómeno lingüístico, artístico, religioso, etc.<sup>(1)</sup> Ideas éstas que coinciden con los planteamientos de la **historiología de Toynbee**, a propósito de su **doctrina de los “tiempos revueltos”**, de la **“lingüe franche”** y del **“colapso de las civilizaciones”** en su **“Estudio de la Historia”**.

En la escuela italiana el profesor **BIONDO BIONDI** en su estudio intitulado **“Diritto Romano Volgare in Occidente”** publicado en sus **“Scritti Giuridici”**, volumen I, pag. 365 a 379, editorial Giuffré, Milano, 1965, sostiene, en una reseña a los libros de Ernst Levy, que **“el proceso de vulgarización del Derecho en Occidente ha sido descuidado, como ha sido descuidado todo el Derecho Post-clásico como así toda la historia de éste período. Mientras que la historia de los orígenes, de la República y del principado, ha reclamado siempre la pasión de los estudiosos, la historia del Bajo Imperio ha sido descuidada, ya que como observaba Gibbon, es mucho más agradable estudiar los esplendores que la decadencia. El Derecho de esta época, rica de fermentos y nuevas orientaciones de la que debía surgir una nueva civilidad en todos los campos del espíritu, de la religión, del arte, de la filosofía y del Derecho ha sido oscurecido por el esplendor**

<sup>(1)</sup>.- **FRANZ WIEACKER**, **“Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike”**, estudio publicado en los **“Studi In onore di Pietro de Francisci”**, volume terzo, pág. 119 a 120. Milano, Dott. Antonino Giuffré - Editore, 1955; Id.: **“Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike”**, 1955.



de la jurisprudencia de los primeros tres siglos. La historiografía contemporánea ha heredado la posición estetizante de los humanistas; el Derecho Romano se ha considerado como parte del pensamiento antiguo y de aquí la mayor atención, para no decir tal vez la exclusividad que se ha concentrado sobre el Derecho clásico. Los romanistas se han dedicado a la reconstrucción del Derecho clásico y a la depuración de sus contaminaciones posteriores, de donde surge la afanosa búsqueda de las interpolaciones” (pag. 365).... “Hoy la posición de nuestros estudios ha cambiado. El Derecho de la época post-clásica es objeto de atención, en cuanto constituye el anhelo de la conjunción entre dos épocas históricas, que son el vértice entre dos mundos diversos que los estudiosos habían separado. El problema del Derecho post-clásico está hoy a la orden del día de nuestros estudios. Es una nueva fase que se abre.” (pag. 367).

Las reflexiones del maestro Biondo Biondi suscitaron que en los “Scritti Giuridici” publicados en su honor por la editorial Giuffré de Milán, el profesor **JEAN GAUDEMET**,<sup>(2)</sup> escribiera un brillante estudio intitulado “A propos du Droit Vulgaire”, en el cual, al preguntarse ¿de que hechura y naturaleza es el Derecho Vulgar? nos dijera que es un Derecho menos culto, cuya finalidad es satisfacer las necesidades prácticas y, a veces, adaptarse a las nuevas circunstancias. Es un Derecho adulterado, pero no degenerado, como dice Mitteis. De facto, es un Derecho vivo, creador de nuevas soluciones que, muchas veces, acabaran por imponerse al Derecho Oficial. Para Jean Gaudemet el fenómeno del Derecho Vulgar como fenómeno está diluido en el tiempo y en el espacio, constituye un trazo característico del bajo imperio quizá más asentado en las provincias por causa de los usos locales. Contra la localización espacial y temporal del Derecho “vulgar” insurge Gaudemet sosteniendo que este fenómeno no es propio de un territorio ni de una época determinada. Su tesis en esencia sostiene que en el alto imperio en la propia Roma y en Italia existían prácticas jurídicas al margen de los principios del Derecho Clásico. Ya en la época clásica hubo manifestaciones de “vulgarismo” como por ejemplo en las decisiones oficiales que se manifiesta como una práctica marginal en el Derecho Clásico.

También en la escuela española, el maestro **ALVARO D’ORS** en un estudio publicado en la revista “Labeo” año 1960, p. 233, ha fijado el inicio de la época post-clásica aproximadamente en el año 230.

En la escuela luso - brasileña, debemos citar los planteamientos de los profesores **BRAGA DA CRUZ**, maestro en Coimbra, y **BENEDITO MOTTA**, de la Universidad de Sao Paulo, quienes han desenvuelto este apasionante tema en dos obras fundamentales<sup>(3)</sup>, que establecen las siguientes conclusiones: primera: el Derecho Vulgar fue un fenómeno de deformación del Derecho por vía popular y espontánea. Segunda: el Derecho Vulgar no es propio de determinada época sino que recrudece periódicamente cuando la legislación imperial se mostró impotente para asumir el monopolio absoluto del Derecho.

Tercera: este Derecho surgió primeramente formado por costumbres que paulatinamente se trasmataron de normas consuetudinarias a normas legislativas.

<sup>(2)</sup>.- **JEAN GAUDEMET**, “A propos du Droit Vulgaire”, en los “Studi in onore di Biondo Biondi”, vol. I, pp. 271 y 272, editorial Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1960.

<sup>(3)</sup>.- **GUILLERMO BRAGA DA CRUZ**, “Direito Romano Vulgar Occidental”, Coimbra, 1960; **BENEDITO MOTTA**, “O fenómeno do Direito Vulgar” en su libro “Filosofia e Historia do Direito” pp. 113 a 126, Jose Bushatsky, editor, Sao Paulo, 1971.

Cuarta: “el Derecho Vulgar constituye, en suma, un fenómeno de reacción a las intrincados y refinados planteamientos de la doctrina constituyendo una liberación del alma popular “ante los grilletes de las normas matemáticas, que le imponían los cánones científicos de un sistema jurídico erudito y rígido, en desacuerdo con la evolución económica y social”.<sup>(4)</sup>

Obras de Derecho Post-Clásico fueron.<sup>(5)</sup>

- a.- **El Código de Eurico o Codex Euricianus:** fue publicado el año 475 d.C. por el Rey visigodo Eurico, hijo de Teodorico II. Érase una compilación rudimentaria.
- b.- **El Edicto de Teodorico:** fue publicado en Italia en torno al año 500 d.C. por Teodorico el grande, Rey de los ostrogodos que se consideraba gobernador de Italia en nombre de Zenon el emperador de Oriente.
- c.- **La Lex Romano-Burgundionum:** conocida también con el nombre de “Papianus” que fue compilada por orden del Rey Gundobado alrededor del año 500 d.C. y que consagra las costumbres borgoñonas para ser aplicada a los burgundios en sus relaciones con los romanos.
- d.- **La Lex Romano-Visigothorum:** que fue publicada en el año 506 d.C., por el Rey visigodo Alarico II y que por ello recibe el nombre de “**Breviarium Alarici**”. Se inspira en el epítome Gai de la que nos da una versión vulgar conocida con el nombre de “**Interpretatio Visigótica**”.
- e.- **El Epítome Gai:** se trata de una obra que consta de dos libros inspirados en los 3 primeros libros de las “**Institutas**” de Gayo que las expone con un latín vulgar y que a su vez ha servido de fuente para la Lex Romano-Visigothorum. El profesor Antonio Guarino de la Universidad de Nápoles sostiene que el “**Epítome Gai**” fue compuesto con anterioridad a las Lex Romana Visigothorum.<sup>(6)</sup>
- f.- **Los Fragmenta Augustodunensia:** se trata de una paráfrasis a las “**Institutas**” de Gayo encontradas en Autum, la antigua “**Augustodunum**” y constituyen los restos de un cuaderno de ejercicios por un anónimo y olvidado estudiante de Derecho para la debida comprensión de la obra clásica de Gayo.
- g.- **Los Scholia Sinaítica:** se trata de un breve comentario redactado en griego en torno a los libros 35 a 38 de la obra de Ulpiano intitulada “**Ad sabinum**” y que fue descubierta en un monasterio del monte Sinaí; de allí su nombre. Según el profesor Pietro de Francisci<sup>(7)</sup> los Scholios a Ulpiano son anteriores a la compilación de Justiniano y tiene para nosotros una notabilísima importancia porque las interpolaciones que allí figuran ya se encontraban también en los “**Fragmenta Sinaítica**”, con una redacción idéntica a la justiniana, lo que obliga a juzgar que el texto de Ulpiano ya había sido interpolado por algún maestro precedente, cuando el escoliasta escribió los “**Scholia Sinaítica**”

<sup>(4)</sup>.- BENEDITO MOTTA, “O fenómeno do Direito Vulgar”, p. <sup>xxx</sup>, edición citada.

<sup>(5)</sup>.- Este tema está ampliado y desarrollado en otro de mis libros. Confrontése SILVA VALLEJO JOSÉ ANTONIO “Historia General del Derecho” en el capítulo referido al Derecho en el Medioevo, pp. <sup>312</sup> a <sup>408</sup>, Editado por la Universidad Alas Peruanas, Lima, <sup>1998</sup>.

<sup>(6)</sup>.- ANTONIO GUARINO, El maestro Antonio Guarino profesor de Derecho Romano en la Universidad de Nápoles nació en Benevento el <sup>14</sup> de mayo de <sup>1884</sup>. Ha fundado la revista de investigaciones romanísticas intitulada “**Iura**” y también la revista romanística “**Labeo**”. Cito aquí su obra fundamental: “**Storia del Diritto Romano**”, Novena edición, p. <sup>327</sup>, in fine, Editore Jovene Napoli, <sup>1998</sup>. Ha escrito además: “**L'esegesi delle fonti del Diritto Romano**”, <sup>3</sup>. Edición corregida y aumentada, Casa Editrice Jovene, <sup>1998</sup>; “**Le origini quiritarie**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1999</sup>; “**Inezie di giureconsulti**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1998</sup>; “**La condanna nei limiti del possibile**”, <sup>1</sup>. Edición, Casa Editrice Jovene, <sup>1999</sup>; “**La coerenza di Publio Mucio**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1998</sup>; “**Mandatum credendi**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1998</sup>; “**L'ordinamento giuridico romano**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1998</sup>; “**Diritto privato romano**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1997</sup>; “**La società in diritto romano**”, Casa Editrice Jovene, <sup>1998</sup>; “**Profilo del Diritto Romano**”, <sup>6</sup>va. edición, Casa Editrice Jovene, Nápoles, <sup>1998</sup>; “**Pagine di Diritto Romano**”, <sup>2</sup> vols., Casa Editrice Jovene, Nápoles, <sup>1998</sup>, <sup>1999</sup>. Al maestro Guarino se le ha dedicado un homenaje intitulado “**SODALITAS, Scritti in onore di Antonio Guarino**” en <sup>10</sup> vols., Casa Editrice Jovene, Nápoles, <sup>1998</sup>.

<sup>(7)</sup>.- PIETRO DE FRANCISCI, Nacido en Roma el <sup>14</sup> de diciembre de <sup>1893</sup>. Profesor de Historia del Derecho y de Derecho Romano en las Universidades de Ferrara, Perugia, Sassari, Macerata, Padua y Roma en la que además fué Rector. Diputado, Ministro de Justicia y miembro de la Academia dei Lincei. Obras: “**Storia del Diritto Romano**”, <sup>3</sup> Volúmenes, Roma, <sup>1938</sup>, <sup>1940</sup> y <sup>1942</sup>; “**Sintesis Histórica del Derecho Romano**”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, <sup>1954</sup>; “**Spirito della Civiltà Romana**”, segunda edición corregida y aumentada, Roma, <sup>1955</sup>; “**Arcana Imperii**”, <sup>3</sup> volúmenes, Ediciones Giuffrè, Milano, <sup>1952</sup> y <sup>1953</sup>. Más de cien estudios e investigaciones romanísticas.- Aquí citamos del maestro De Francisci su “**Sintesis Histórica del Derecho Romano**”, p. <sup>194</sup>.



- h.- Los Fragmenta Vaticana:** está contenido en un palimpsesto de la biblioteca vaticana, descubierto en 1821 por el cardenal Angelo Mai. La obra contiene una serie de referencias de Papiniano, Ulpiano, Paulo y el anónimo autor de una obra intitulada “De interdictis”.
- i.- La Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum:** se trata de una obra post-clásica dividida en libros y en títulos en la que se compara las leyes de Moisés (el “Pentateuco” de la Biblia) con los textos de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Los comparatistas suelen citar a esta obra como el primer precedente en la historia del derecho Comparado.
- j.- El Libro Siro Romano de Derecho:** que tiene como finalidad exponer el “ius civile” y algunas Constituciones de Constantino. Según el profesor De Francisci “se trata de un manual escolar, compuesto en griego allá por los años 476 o 480 d.C., con fines puramente docentes en el que se exponía el antiguo Ius Civile teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por las Constituciones Imperiales. El libro fué compuesto en Oriente por un católico y fiel súbdito del Emperador. La traducción en sirio se hizo en el siglo VIII para proporcionar a los cristianos que vivían bajo el dominio musulmán, un libro de Derecho dictado por emperadores cristianos. Así mismo con este libro se puede reconstruir la doctrina de las escuelas orientales y singularmente la de la escuela de Berito que tanta influencia tuvo en el Derecho Bizantino”.<sup>(6)</sup>
- k.- La Consultatio Veteris Cuiusdam Iurisconsulti:** En la que se exponen las Constituciones provenientes de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como algunas referencias a las sentencias de Paulo. Se trata de una obra que habría sido escrita a fines del siglo V d.C. en la Galia y que se publicó por primera vez por CUJACIO en el año de 1577 tomando como modelo un codice hoy perdido. Se trata de diversas respuestas a consultas emitidas a principio del siglo VI por un jurisconsulto residente en Arlés o en alguna otra ciudad de la Galia Meridional. El jurisconsulto anónimo fundamentaba su opinión en diversos textos jurídicos como las ya citadas Constituciones provenientes de los Códigos pre-Justinianos: el Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus y Codex Teodosianus, así como de las “Sentencias” de Paulo.

<sup>(6)</sup>.- DE FRANCISCI, “Síntesis Histórica del Derecho Romano”, pág. 499.



**CAPÍTULO I**

**LA CODIFICACIÓN  
PRE-JUSTINIANA**





## CAPÍTULO I

### LA CODIFICACIÓN PRE-JUSTINIANEA

Se trata de cuatro grandes códigos que anteceden a la gran codificación justiniana, pero que no constituyen, per se, Derecho Vulgar porque, no tuvieron las características vulgarizantes de la época post-clásica, aun cuando sí se inspiraron, en algunos casos, en ciertas leyes bárbaras como la Lex Romano Burgundionum y el Código de Eurico.

Tales son:

- 1.- **El Codex Gregorianus:** obra que fué compilada por un tal Gregorio o Gregorianus. Alrededor de los años 292 o 293 d.C. y que fué destinada para la práctica forense de aquella época. El codex Gregorianus es conocido indirectamente por interposita norma, a través de la Lex romana visigothorum así como también en la Consultatio Veteris y en la Collatio Legum Mosaïcorum et Romanorum, así como en los Fragmenta Vaticana.

El Codex Gregorianus constaba de 14 libros divididos en títulos, cada uno de los cuales trataba de las Constituciones Imperiales.

- 2.- **El Codex Hermogenianus:** también por iniciativa privada de un tal Hermógenes o, acaso, del jurista Hermogeniano. Complementa al Codex Gregorianus y comprende un grupo de rescriptos del emperador Diocleciano correspondiente a los años 293 a 294. Según el profesor Guarino esta obra habría sido publicada en el año 314.
- 3.- **Las Constituciones Sirmondianas:** así denominadas en referencia a Sirmond quien las editó en 1631 y de quien toman su nombre. Se trata de una compilación hecha entre el 425 y el 438 referidas al Derecho Eclesiástico.
- 4.- **El Codex Teodosianus:** fue publicado en oriente el 15 de febrero del año 438 por orden del emperador Teodosio II de quien toman su nombre. El emperador Teodosio advirtiendo la importancia práctica de los precedentes constituidos por el Codex Gregorianus y el Codex Hermogenianus designó una comisión encargada de redactar un código de derecho vigente que sirviera para los usos forenses de la práctica.

Desde el código Gregoriano (292-293 d.C.) y, sobre todo con el Código Teodosiano (15 de febrero de 438) la tradición codificadora del Derecho divide a los códigos en: 1) libros, 2) títulos, 3) capítulos, cada uno de estos con una intitulación referida a la materia tratada. Este precedente histórico es fundamental para la sistematización legislativa contemporánea.





CAPÍTULO LI

EL DERECHO JUSTINIANO





## CAPÍTULO LI

### EL DERECHO JUSTINIANO

Justiniano (Nació en 482, fue emperador en 527, murió en el año 565) debió su gloria a tres obras fundamentales: la de ser un renovador del Derecho Romano en decadencia gracias a su magna obra de compilación, la de haber defendido y ensanchado las fronteras del Imperio Romano de Oriente con la ayuda de un gran militar: el General Belisario y la haber embellecido Constantinopla, construyendo la gran catedral de San Sofía, cuya majestuosa bóveda ha servido de modelo a la catedral de San Pedro en Roma y a la de San Marcos en Venecia. El renacimiento del Derecho lo obtuvo gracias a la intervención de un notable jurista: **TRIBONIANO**, quien secundado por una brillante comisión de profesores y abogados determinaron un nuevo período en la historia del Derecho Romano que justamente lleva su nombre: el Derecho Romano Justiniano.

El programa legislativo de Justiniano se desarrolló por grados y fue ampliándose hasta alcanzar una magna reconstrucción de todo el sistema del Derecho. El primero de abril del año 527, después de la muerte de su tío Justino, ocupó Justiniano el trono del Imperio Romano de Oriente gobernando hasta el año 565. Justiniano había nacido en Tauresium (Iliria) en el año 482. Su tío Justino, emperador, lo asoció al trono, sucediéndole a los tres meses de su muerte. Casado con una mujer de gran carácter, Teodora, que había sido bailarina de circo y meretriz, ello no obstante, lo secundó y asesoró con gran fidelidad y lealtad, aconsejándole de quiénes deberían formar su círculo, que deberían ser los hombres más talentosos de su imperio para consumir sus ambiciosos proyectos de grandeza. Así fué como decidió encargar a Triboniano la dirección de su gran obra compiladora del Derecho. Triboniano era originario de Macedonia y murió en el 546 d.C. “Magíster Officiorum” en el 528 llegó al máximo cargo de “Quaestor sacri palatii” del 529 al 532 y nuevamente en el 535 y siguientes. Sus altas funciones en la Corte de Constantinopla, su genio jurídico y su gran erudición le valieron para ser nombrado miembro de la Comisión Compiladora y luego Presidente de la misma. Encargado de escoger a sus colaboradores lo hizo posible gracias a su autoridad y a su riquísima biblioteca personal de libros clásicos a la que concurrían los brillantes juristas que luego fueron los miembros de la comisión en referencia. Aunque siglos más tarde fue duramente criticado y combatido por los juristas de la escuela Culta, Humanista o Elegante, especialmente por Hottman quien escribió un célebre libro el “Antitriboniano” en el cual lo atacó implacablemente imputándole el haber sido autor de las interpolaciones o “tribonianismos” o “emblemata triboniana”. Debe, empero, tenerse presente que ya en la misma Constitución “Deo Auctore” se lo facultaba expresamente para “purgar toda superflua repetición y toda discordancia” para “llegar a la total y completa enmienda del Derecho” y “para reunir y enmendar todo el Derecho Romano” (parágrafos 1 y 2). Por eso es que en el párrafo 4 de la citada Constitución “Deo Auctore” se decía expresamente que: “Por tanto, os mandamos leer y corregir los libros, sin dejar repeticiones ni discordancias...”; y en el párrafo 7 también se establecía que “si encontráis en los libros antiguos algo no bien colocado, o superfluo, o defectuoso, suprimida toda innecesaria prolijidad, completéis lo imperfecto, y presentéis toda la obra con moderadas proporciones y, que si hallárais, algo no bien copiado, también lo reforméis de suerte que parezca que es

lo verdadero y lo preferible, y como si así hubiera sido escrito originariamente”....., “y que nadie se atreva a tachar de incorrecta su lectura comparándola con la del antiguo texto”.

Además las investigaciones interpolacionísticas de Eisele, Gradenwitz y Lenel, así como las de Hilario Alibrandi, Giovanni Baviera, Contardo Ferrini y Emilio Albertario, entre otros, han podido establecer que las interpolaciones que se le imputaban a Triboniano ya se habían realizado, desde siglos atrás en el Derecho post-clásico y aún más atrás, incluso dentro de la misma era clásica, como lo han demostrado las brillantes

investigaciones de Franz Wieacker, Schönbauer, Alvaro d’Ors y otros investigadores de la “Textstufenforschung”.<sup>(1)</sup>

Triboniano debe pues ser absuelto de los cargos que históricamente se le han imputado en todos los tiempos. Más aun, Dante Alighieri enaltece a Justiniano y en el canto VI, versos 10 al 12, de “La Divina Comedia” lo ubica en el Paraíso:

*“Cesare fui, e son Giustiniano,  
Che, per voler del primo Amor ch’io sento,  
D’entro alle leggi trassi il troppo e il vano”*

Pero además, Justiniano cristianizó a los jurisconsultos clásicos. Así lo establece, inequívocamente, desde los primeros párrafos de la Constitución “Deo Auctore”: “Con el auxilio de Dios (Deo Auctore), gobernando el imperio que nos fue entregado por la majestad del cielo... Levantamos nuestro ánimo para implorar la ayuda de Dios Omnipotente”. Así también desde los primeros párrafos de la Constitución “Haec Quae Necessario” que trata de la formación del nuevo código, Justiniano, se encomienda al auxilio de Dios: “con el auxilio de Dios Omnipotente hemos determinado hacer ahora aquellas correcciones..... necesarias..... para cortar la prolijidad de los litigios, suprimiendo la multitud de constituciones que se contenían en los tres códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano”.

Fué pues un cristianizador del Derecho Clásico espiritualizándolo a la luz del Evangelio y del amor cristiano, lo que constituye un paso decisivo con respecto a la “aequitas” pretoriana del Derecho Clásico. El tema lo ha desenvuelto magistralmente el maestro **Biondo Biondi** en dos libros formidables que deben leerse por nuestros lectores: “Giustiniano Primo. Principe e legislatore católico”; Milano, 1936 e “**Il diritto romano cristiano**”, 3 vols. Milano, 1952-1954. Empero, no puede descartarse el animus al que alude Paul Krüger cuando nos dice que “no puede dudarse de que el móvil principal de los trabajos de Justiniano en materia de legislación, fué el amor a la gloria, la vanidad personal”.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup>- FRANZ WIEACKER: “Textstufen Klassischer Juristen”, Gotinga, 1906; “Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike”, estudio publicado en los “Studi in onore di Pietro de Francisci”, volume terzo, pag. 1<sup>ra</sup> a 1<sup>sa</sup>. Milano, Dott. Antonino Giuffrè - Editore, 1906; “Vulgarismus und Klassizismus Im Recht der Spätantike”, 1909. ERNST SCHÖNBAUER: “Die Ergebnisse der Textstufenforschung un ihre Methode”, (“Los resultados de la Investigación sobre las estratificaciones textuales de textos y su método”), en la revista IVRA. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, 1901, volumen 1<sup>o</sup>, pag 117 y ss. ALVARO D’ORS: “Parerga histórica”, Pamplona, 1902; “Derecho Privado Romano”, Pamplona 1907.

<sup>(2)</sup>- PAUL KRÜGER: “Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano”, pág. 300, editorial La España Moderna, Madrid, s/f.

**EL CÓDIGO VIEJO O “CODEX VETUS”.**- El 13 de febrero del 528 Justiniano encomendaba la redacción de un Código en virtud de la **Constitución “Haec Quae Necessario”**. La comisión redactora estaba integrada por Juan, ex quaestor del sacro palacio; Leoncio, ex prefecto del pretorio; Focas, ex cónsul y patricio; Basíldes, ex prefecto del pretorio de oriente; Tomás, quaestor del sacro palacio; Triboniano, magíster officiorum; Constantino, maestre de la sacra jurisdicción; Teófilo, doctor en derecho y profesor en la Universidad de Constantinopla; Dioscuro y Presentino, abogados del Foro de Constantinopla. En el párrafo 2 de esta célebre Constitución los miembros estaban autorizados para que “supriman todo lo supérfluo añadiendo y suprimiendo y aun cambiando las palabras y reuniendo en una sola sanción las disposiciones que en varias Constituciones se hallaban dispersas y haciendo más claro su sentido”.

Este Código fué promulgado en virtud de la **Constitución “Summa Rei Publicae”** del 6 de abril del 529, la misma que en su primer párrafo establecía la necesidad de que se redujeran a brevedad la multitud de Constituciones contenidas en los tres anteriores códigos, extirpando por completo la confusión de las mismas, que causa peligros a las rectas decisiones de los Jueces”.

Empero este Código, al que se lo llama “**Codex Vetus**” tendría una vida efímera por cuanto, a poco de promulgado, Justiniano ordenó la compilación de toda la ingente masa doctrinaria contenida en las obras de los jurisconsultos clásicos y que ya se estaban perdiendo por la falta de nuevas ediciones y sobre todo vulgarizando por las deformaciones e interpolaciones que ya pre-existían desde los tiempos del Derecho post-clásico e incluso desde los tiempos clásicos.

**EL DIGESTO.**- Así pues en virtud de la **Constitución “Deo Auctore”** promulgada el 18 de enero del año 530, Justiniano le encargó a Triboniano, su “quaestor sacri palatii”, la compilación de todas las obras de doctrina en una obra que tuviere 50 libros y que se dividiera en títulos, con facultades amplias para reformar la redacción de los libros antiguos eliminando todas las antinomias que hubieren y ordenando en el párrafo 12 que esta recopilación lleve el nombre de “**Digesto**” o de “**Pandectas**”, “sin que en lo sucesivo se atreva ningún jurisconsulto a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su palabrería”.

En virtud de la **Constitución “Deo auctore”**, promulgada el 18 de enero del año 530, Justiniano encargó a Triboniano la responsabilidad de elaborar el Digesto y de elegir los miembros de la comisión que habría de redactar la gran obra magna proyectada. Triboniano, a su vez, escogió como colaboradores a Teófilo y Cratino (profesores de la Universidad de Constantinopla), Doroteo y Anatolio (profesores en la Universidad de Beirut) y a once abogados del Foro de Constantinopla: Stefano, Mena, Prosdocio, Eutolmio, Timoteo, Leónidas, Leoncio, Platón, Giacomo o Jacobo, Constantino y Juan.

En tiempo verdaderamente record y antes de lo que podía suponerse, pero también, gracias a Justiniano que con sus intervención personal apuraba la ejecución, el trabajo fué terminado en tres años. Causa estupor la velocidad con la que dicha comisión se dió abasto para leer los fragmentos de treinta y nueve juristas extractados en ciento cincuenta mil líneas y nueve mil ciento cuarenta y dos fragmentos, un trabajo verdaderamente imponente que vivificaba los riquísimos materiales aportados por la gran biblioteca de Triboniano en la que reposaba su vasta erudición. Se ha especulado mucho sobre este tiempo record en el que fue escrito el Digesto. **BLUHME** descubrió en 1820 que la comisión redactora se había dividido



el trabajo en sendas masas o conjuntos que la historiografía romanística ha designado con el nombre de **“MASAS BLUHMIANAS”**. La doctrina de Bluhme sobre el método seguido por los compiladores de las Pandectas<sup>(3)</sup> se contrapuso luego a la doctrina de **HOFFMANN** que planteó la **TEORIA DEL PRE-DIGESTO** en su estudio publicado en Viena en 1900, intitulado “La compilación del Digesto de Justiniano”, defendida por Mommsen, Paul Krüger y Paul Jörs y desenvuelta por **HANS PETERS** en un brillante y erudito estudio intitulado “Los comentarios al Digesto romano oriental y los orígenes del Digesto Justiniano” publicado en 1913.

Lo cierto es que el Digesto se promulgó en virtud de la **Constitución “Tanta”** o (en griego) **“Dedoje”**, promulgada el 17 de enero del año 529.

En virtud de la Constitución “Tanta” no solamente se ordenaba que entrara en vigor, con fuerza de ley, el Digesto sino que, además, se prohibía todo tipo de interpretación y comentario a la misma, bajo pena de deportación y de confiscación de todos los bienes del falsario.

El Digesto o Pandectas se componen de cincuenta libros y se estructura cada libro en dos o más títulos, cada uno subdivididos en fragmentos jurisprudenciales clásicos, cada uno de los cuales se reconoce por una inscriptio que contiene el nombre del autor, el libro y la obra citada.

El mismo Justiniano dividió el Digesto en siete partes, pero la posteridad a partir de la escuela de Bolonia dividió el Digesto en tres grandes partes: el **Digesto Viejo**, el **Digesto Nuevo** y el **Infortiatum**.

Las siete partes de Justiniano son: a) **Protá** (libros 1-4), contiene los principios generales del Derecho y de la Jurisdicción; b) **de iudiciis** (libros 5-11), doctrina general de las acciones y protección de la propiedad y demás derechos reales; c) **de rebus** (libros 12-19), obligaciones y contratos; d) **umbilicus** (es la parte central: libros 20-27), contiene otras partes de las obligaciones y derecho de familia; e) **de testamentis** (libros 28-36), trata sobre la sucesión testamentaria; f) **parte sin nombre** (libros 37-44), trata sobre la sucesión pretoria y múltiples institutos heterogéneos, relativos a los derechos reales; g) **otra parte sin nombre** (libros 45-50), dos libros son dedicados a la stipulatio y otros dos libros dedicados al Derecho Penal, etc.

**LAS INSTITUTAS.**- En virtud de la Constitución **“Imperatoriam majestatem”**, promulgada el 11 de diciembre del 529, Justiniano encargó a Triboniano y a Teófilo y a Doroteo profesores en las Universidades de Constantinopla y Beirut respectivamente, la redacción de una obra dedicada a la enseñanza, con el carácter introductorio, para los estudiantes del primer año de Derecho.

Los redactores se inspiraron, a guisa de modelo, en las **“Institutas”** de Gayo y en las **“Res Quotidianae”** atribuidas a Gayo y, además, en los **“Libri Regularum”** de Ulpiano y en las **“Institutas”** de Florentino y de Marciano.

<sup>(3)</sup>- **FEDERICO BLUHME**: Nació en 1797 en Hamburgo y murió en 1867 en Bonn. Su fama la adquirió con un notable estudio intitulado “Ueber die Ordnung in den Fragmenten in den Pandektentiteln”, publicado en 1828 en la Zeitschrift für die Geschichtliche Rechtswissenschaft, en el cual resolvió el enigma del método del trabajo y del orden del conjunto adoptado por los compiladores del Digesto. Profesor en Halle y en Göttingen fue luego magistrado en el Tribunal de Lübeck para retomar luego a la docencia como profesor en Bonn, dedicándose a la investigación del Derecho Medioeval.

Triboniano solo tuvo la dirección general de la obra, la redacción propiamente dicha estuvo a cargo de **Teófilo y Doroteo**. Luego el profesor **Teófilo** escribiría una célebre **“Paráfrasis”** o Comentario, luego de lo cual murió o fué deportado. El maestro Contardo Ferrini ha investigado profundamente este tema. Véase, más adelante, nuestra investigación sobre Contardo Ferrini y su doctrina sobre la **“Paráfrasis”** de Teófilo.

El libro primero, título primero, intitulado **“De justitia et jure”** empieza con estas hermosas y clásicas definiciones:

**“Justitia est constans et perpetuas voluntas jus suum cuique tribuendi”.**

**“Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia”.**

**“Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”.**

**EL NUEVO CODEX JUSTINIANUS O CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS.**- En virtud de la **Constitución “Cordi Nobis”** promulgada el 16 de diciembre del año 529, Justiniano encargó a una nueva comisión presidida por Triboniano e integrada por Doroteo, profesor en Beirut y los abogados Mena, Constantino y Juan del Foro de Constantinopla la redacción de un nuevo código que sería la segunda edición corregida y aumentada del **“Codex Vetus”**, el mismo que se intitulaba **“Codicis Repetitae Praelectionis”**, dividido en 12 libros, cada libro contiene numerosos títulos y cada título diversas constituciones ordenadas cronológicamente.

El Libro Primero empezaba con un Título Primero dedicado a la Trinidad altísima y a la fe católica y de que nadie se atreva a discutir sobre ella en público: 1.-**“Queremos que todos los pueblos que rige el imperio, profesen aquella religión que enseñó a los romanos el divino apóstol Pedro”...** **“Esto es que creamos conforme a la doctrina evangélica en la sola deidad del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo. Mandamos que los que observen esta ley abracen el nombre de cristianos católicos y que los locos e insensatos que sustentan la infamia de la herejía sean castigados”.**2.- **“No tengan los herejes local alguno para sus misterios, ni ninguna ocasión para practicar la insensatez de su tan obstinado ánimo”.**

Después de anatematizar en los títulos siguientes las diversas clases de herejías y de exponer lo consagrado en los Concilios de Nicea, de Éfeso y de Calcedonia pasa a tratar, el Código, en el Libro Segundo, **“De las diversas fases del proceso”**: en el Título I, de la citación en juicio o in ius vocando; en el Título II del Libro Segundo, de los Pactos; en el Título III, de las Transacciones; en el Título IV, del error; en el Título V, de la Abogacía; en los Títulos VI, VII y VIII, del error de los abogados al plantear las demandas; en el Título IX, de los abogados del fisco; en el Título X del error de los abogados que redactan las demandas y en el Título XI, del principio **“IURA NOVIT CURIA”**: **“No ha de dudarse que si algo no se hubiere dicho por los litigantes o por los que les asisten en sus negocios, lo suple el juez, y pronuncia sentencia según sepa que conviene a las leyes y al Derecho Público”** (**“Non dubitandum est, iudicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis assistunt, minus fuerit dictum, id supplere, et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire”**). Título XX: De lo que se hizo por Fuerza Mayor o por causa de miedo. Título XXI: del Dolo Malo. Título XXII: De la **“In Integrum Restitutio”** de los menores. Título XXVII: De si se pidiera contra la Cosa Juzgada.

Libros III al VIII: **“Derecho Procesal Civil”**.

Libro IX: **“Derecho Penal”**.

Libros X al XII: **“Derecho Administrativo”**.



**LAS NOVELAS.-** Con posterioridad a la promulgación del Código la actividad legislativa de Justiniano continuó hasta su muerte en el año 565, promulgando nuevas Constituciones o “Novellae” que no fueron compiladas oficialmente, pero que fueron agrupadas en colecciones de carácter privado conocidas con el nombre de:

- 1.- El “**Epítome Juliani**” o “**Juliani Epítome Novellarum**”.- que es una colección redactada por Juliano, Profesor en Constantinopla, del cual tomó su nombre y que consta de 124 novelas ordenadas cronológicamente. La más antigua es del año 535 y la más moderna del año 555.
- 2.- La colección de **Novelas** denominadas “**Authenticum**” o “**Liber authenticorum**” eran una colección de 134 Novelas manejadas por Irnerio y la escuela de Bolonia, en la creencia de que ellas constituían el texto oficial o auténtico de las mismas.
- 3.- La edición más completa e importante data del siglo VI y consta de 108 **novelas** escritas en su mayoría en griego.
- 4.- La mejor edición contemporánea de las **Novelas** es la realizada en Berlín por **SCHOELL y KROLL**. Hay una nueva edición estereotípica de 1954 por Weidmannos que se intitula “Corpus Juris Civilis. Novellae” y debemos a **ZACHARIAE** y a **CONTARDO FERRINI** su traducción al Latín y su análisis de cátedra:
  - **KARL EDUARD ZACHARIAE VON LINGENTHAL** (1812 - 1894): “Zur Geschichte des Authenticum und der Epítome Novellarum des Antecessor Julianus”, Berlín, 1892. (“Historia del Authenticum y del Epítome Novellarum del Antecesor Julianus”).
  - **KARL EDUARD ZACHARIAE VON LINGENTHAL**: “Appendix ad editionem Novellarum Iustiniani ordine chronologico digestarum”, Leipzig, 1884. (“Apendice a las ediciones de las Novelas de Justiniano según su ordenamiento cronológico”).
  - **KARL EDUARD ZACHARIAE VON LINGENTHAL**: “Geschichte des griechisch-römischen Rechts”, 3ª edición, Berlín, 1892. (“Historia del Derecho Greco-Romano”). Este libro se ha reeditado por Aalen en 1955.
  - **CONTARDO FERRINI** (1859 - 1907) El santo y sabio profesor de la Universidad de Pavía publicó unas brillantes reseñas a todas las obras de Zachariae que están reeditadas en el volume primo de las “Opere di Contardo Ferrini” pág. 467 y ss; Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1929.
  - **CONTARDO FERRINI**: “Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana”, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1885. (“Historia de las Fuentes del Derecho Romano y de la Jurisprudencia Romana”).
  - **CONTARDO FERRINI**: “Storia del diritto romano”, Pavía, 1901.
  - **CONTARDO FERRINI**: “Diritto romano”, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1ª edición 1885; 2ª edición 1888.



CAPÍTULO LII

LAS INTERPOLACIONES





## CAPÍTULO LII

### LAS INTERPOLACIONES

Con esta denominación la ciencia romanística designa el conjunto de modificaciones, alteraciones, supresiones, añadiduras y manipulaciones que sufrieron los textos de los jurisconsultos clásicos por obra de Triboniano y la Comisión Compiladora que él presidiera, fenómeno éste que la más reciente romanística ha retrotraído hasta la era pre-clásica.

Estas investigaciones deben remontarse a la escuela de la jurisprudencia culta, humanista o elegante que brilló a partir del siglo XV a partir del humanista **POLIZIANO** (1454-1494) quien, aun cuando no era un jurista - era un poeta, un filólogo y un filósofo - fue consciente de la necesidad de realizar un minucioso estudio revisando a fondo los textos del Digesto que eran defectuosos a la luz de la filología. Esta revisión de las Pandectas era necesaria para liberarlas de las interpolaciones y de los errores de los transcritores. Con la autorización de Lorenzo el Magnífico, Poliziano procedió a revisar y a comparar en la biblioteca del gran mecenas de Florencia los textos del Digesto; y, así, enfrascóse en el análisis de la edición llamada "*littera Vulgata*" del Digesto que era la que manejaban los glosadores de Bolonia y que por eso se la designa con el nombre de "*littera bononiensis*" y contraponiéndola a la llamada "*littera fiorentina*" (o "*Pisana*") llegó a la conclusión de que tanto el texto de la "*Vulgata*", cuanto el de la "*fiorentina*", adolecían de una serie de numerosos errores, con lo cual se inició el proceso de estudio de las interpolaciones que ha durado hasta nuestros días.

Debemos a los maestros de la escuela de la jurisprudencia culta, humanista o elegante el haber desarrollado el estudio de los "tribonianismos" o "emblemata triboniana".

**FRANÇOIS HOTMAN** (1524-1590), fue el más implacable crítico de Triboniano y de los tribonianismos en un libro intitulado "*Antitribonien*" escrito en 1567, en donde no solo sustentaba la acusación contra Triboniano sino que, además, propiciaba la necesidad de una nueva codificación, habida cuenta de la inactualidad del "*Corpus Iuris*".

Más tarde, en siglo XVII, debemos al holandés **JOHANN JACOB WISSENBACH** (**Wissenbachius**) (1607-1665), quien escribió "*Disputationes ad Instituta Imperialia*" y sobre todo en su libro "*Emblemata Triboniani sive Leges a Triboniano interpolatae, et ad novi juris rationem inflexae*", escrito en 1633, el haber replanteado el problema de los tribonianismos.

### LOS GRANDES INTERPOLACIONISTAS ALEMANES

Pero fue sobre todo en el siglo XIX cuando los romanistas alemanes llevaron hasta sus más altas cumbres la investigación sobre las interpolaciones. Así debo citar a **OTTO GRADENWITZ**, profesor en Heidelberg, nacido en Breslavia el 16 de mayo de 1860, muerto en Berlín el 7 de julio de 1935, quien fundamentó esta teoría en un notable estudio publicado en 1887: "*Interpolationen in den Pandekten*". Luego, el maestro Gradenwitz publicó otro notable

estudio intitulado *“Interpolazioni e interpretazioni”*, publicado en el *“Bulletino dell’Istituto di diritto romano”*, 1889, pág. 3 y s.s., en el cual sostenía que: “las interpolaciones son cambios hechos por Justiniano en los trabajos de los juristas clásicos y en los rescriptos de los precedentes emperadores para adaptarlos al derecho del Imperio del siglo VI”... “Están en un error -añadía el Maestro- aquellos que no quieren absolutamente admitir que Justiniano haya interpolado. Basta advertir cómo el mismo (C. 1, 17, 2, 10) no solamente confiesa haber hecho interpolaciones en gran abundancia, sino que directamente se alaba de ello. El Derecho Clásico no era inviolable, puro objeto de veneración científica, sino más bien una materia de donde extraer un nuevo Derecho Práctico”... Años más tarde, en 1913, el maestro Gradenwitz publicó otro notable estudio intitulado *“Interpolationen in ‘Theodosianus’”*, publicado en la *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, año XXXIV, pag. 274 y s.s., estudio en el cual llamó la atención sobre posibles interpolaciones en el Código Teodosiano. y en 1917 otro brillante estudio intitulado *“Weitere Interpolationen in Theodosianus”*, publicado en la misma famosa revista de la escuela histórica, cuyas siglas son Z. S. St., año XXXVIII, pag. 35 y s.s., en el cual profundizó su estudio anterior sobre las interpolaciones en el Código Teodosiano. En 1925 el maestro Gradenwitz publicó un índice del Código Teodosiano *“Heidelberger Index zum Theodosianus”*, en el que recurriendo a la Filología se muestra como un consumado lexicógrafo. En esta excelente obra Gradenwitz nos hace ver todas las interpolaciones que fueron introducidas en el Codex Theodosianus”... En los últimos años de su vida siguió interesándose en el estudio crítico del Código Teodosiano. En un escrito encontrado por Schultz entre los papeles del Maestro, que lleva por título *“Zum Theodosianus. Studia et documenta Historiae et Iuris”*, año II. 1936, fasc. 1, pp. 5-15, se advierte que el maestro siguió estudiando hasta los últimos momentos de su vida, con profundidad filológica y lexicográfica, el Código Teodosiano y las Constituciones de Constantino.

Luego fue **OTTO LENEL**, profesor en Strasburgo, nacido en Mannheim el 13 de diciembre de 1849, muerto en Freiburg el 7 de febrero de 1935, quien nos escribió dos obras brillantes: *“Das Ediktum perpetuum”*, publicado en Leipzig en 1883, 3ª edición, 1927; reeditado en 1956, del cual hay una traducción francesa: *“L’Edit Perpetuel”*, Paris, 1901; obra en la cual reconstruye el edicto del Pretor. En la primera parte se plantea la doctrina y tesis general de Otto Lenel acerca de la materia y el sistema del edicto y en cuya segunda parte se expone la reconstrucción específica del edicto y de las fórmulas.

En mi opinión la obra más brillante de Otto Lenel fué su *“Palingenesia iuris civilis”*, obra monumental, publicada en dos volúmenes en Leipzig en 1889, reeditada en Graz en 1960, libro genial en el que se hace la reconstrucción de las doctrinas de los jurisconsultos clásicos cuyos fragmentos estaban dispersos, tanto en el Digesto como en la Lex Romano-Visigothorum o Breviarium Alarici y en otras fuentes pre-justinianas tales como los *“Fragmenta Vaticana”*, la *“Collatio legum mosaicarum et romanarum”*, etc.

En el tomo primero corren las obras de los jurisconsultos clásicos cuya inicial va de la letra A hasta la P: desde Aelius Gallus hasta Paulus; en el tomo segundo corren las obras de los jurisconsultos clásicos que van desde la P hasta la V: desde Pedius hasta Vivianus.

La áurea *“Palingenesia”* de Otto Lenel es un hermoso ejemplo académico de cómo la vivencia estética y la emoción intelectual se aúnan para la reconstrucción arquitectónica de un texto jurídico perdido, diluido o difuminado, cual una fantasmagoría espectral.

**FRIDOLIN EISELE**, jurista y filólogo extraordinario, nacido en Sigmaringen el 2 de mayo de 1837, muerto el 5 de febrero de 1920, fue otro de los grandes maestros de la escuela



interpolacionística alemana quien expuso sus doctrinas en un brillante estudio: *"Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex"*, publicado en la célebre revista *"Zeitschrift der Savigny Stiftung"*, año 1886, tomo 7, páginas 15 y siguientes; tomos 10, 11, 13, 18 y 30.

**PAUL KRÜGER**, nacido en Berlín el 20 de marzo de 1840, muerto en Bonn el 2 de mayo de 1926, profesor en las Universidades de Marburgo, Innsbrück, Königsberg y Bonn, es célebre por su edición crítica del Código de Justiniano, en la que se hizo una notable referencia a las interpolaciones que plagaban el Codex, obra que se inspiraba en un notable estudio de Krüger intitulado *"Die Interpolationen im justinianische Codex"* publicado en el *Festgabe für Güterboch*, pag. 237 a 255, Berlín, 1910; tiene Krüger otra edición crítica de las Institutas y otra del Digesto, así como de todo el *Corpus Iuris Civilis*, escrita en colaboración con Theodor Mommsen, Schöll y Kröll y de una *"Collectio librorum iuris anteiustiniani"* escrita en colaboración con Theodor Mommsen y Studemund, en 3 tomos cuyo tomo primero contiene las *"Institutas"* de Gayo, cuyo tomo segundo contiene las *"Regulae Ulpiani"* y las *"Pauli Sententiae"* y cuyo tomo tercero contiene las demás fuentes. Debo resaltar del profesor Paul Krüger una obra muy hermosa que la leemos con fervor todos los estudiosos del Derecho Romano: *"Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano"*, (1888; 2ª edición 1912) cuya traducción al castellano en Madrid por la editorial La España Moderna la tenemos a la vista. En la página 306 nos dice *"de la manera cómo los compiladores hicieron uso de la libertad que se les dejaba para tocar en los textos. La mayoría de las veces hacían raspaduras en las instituciones derogadas o anticuadas. Así han suprimido los términos siguientes adstipulator, cognitor, cretio, caducum, do lego ó per vindicationem y per damnationem legatum, dotis dictio, familias empto, fidepromissor y sponsor, fiducia,..... etc..... Cuando no era posible prescindir de esas antiguas reglas, porque se aplicaban a instituciones nuevas, sustituyeron los términos anticuados por palabras tomadas de las disposiciones más semejantes del Derecho vigente entonces Así, reemplazaron fiducia por pignus; mancipare por tradere, mancipio accipere, por per raditionem accipere; cretio, por aditio.... Algunas reglas dictadas para ciertas instituciones, fueron ampliadas a otros casos.... No pusieron los compiladores gran cuidado en evitar las repeticiones....Así, hay reglas que se reproducen en varios títulos, algunas veces son extractos de jurisprudencias diferentes que han sido utilizados; otras trátase de un mismo extracto reproducido varias veces. Estas últimas suelen denominarse geminaciones. Hay, sobre todo, en el título de regulis juris (50,17), toda una serie de fragmentos reproducidos en otras partes del Digesto....A creer a Justiniano, las contradicciones se habían, evitado por completo. Cuando hay oposición de textos, según él, será aparente; un examen profundo permite resolver la antinomia....Pero es indudable que esos asertos de Justiniano no siempre son exactos. No sólo no han salvado los compiladores las antinomias de la época clásica, sino que han introducido otras en el Digesto... ..La orden dada a los compiladores de suprimir todo lo superfluo de los textos, les llevó a suprimir a veces las direcciones de ciertas "Quaestiones ó Responsa" y ciertas fórmulas que indicaban que el texto estaba tomado de un rescripto.*

Lo mismo ha pasado con las referencias a antiguos jurisprudencias: muchas desaparecieron... .. prescindieron muchas veces de explicaciones profundas dadas por los autores consultados; suprimieron las controversias de antiguos juristas referidas por otros... ..ocurre frecuentemente que han abreviado el texto, sea reuniendo varias frases en una -el procedimiento preferido-, ya formulando una regla corta con largas explicaciones. Algunas observaciones han alterado el texto o le han dado un alcance general que no debía tener. Asertos formulados con vacilaciones, se han cambiado en reglas terminantes....Añádase, por fin, que los textos han experimentado modificaciones ya de forma, ya de fondo, sin que fuesen verdaderamente necesarias. Las modificaciones y las adiciones de los compiladores se reconocen por varios signos: por la lengua



y por el empleo de ciertas palabras y de ciertos modismos o por la construcción de las frases; a veces se denuncian sólo por la falta de continuidad en las ideas, resultado de descuido por parte de los compiladores”.<sup>(1)</sup>

**PAUL JÖRS**, nació en Denumin (Pomerania), el 18 de octubre de 1857 y murió el 26 de setiembre de 1925. Fué profesor de Derecho Romano en las Universidades de Bonn, Kiel, Giessen y Viena. Dedicó al tema de las interpolaciones un estudio publicado en la “*Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*” (Enciclopedia de las Ciencias de la Antigüedad clásica), (edición reformada que se publicó en Stuttgart a partir de 1894, dirigida por **PAULY-WISSOWA-KROLL**, año 1902, vol. 5, pag. 520 y siguientes), sobre los problemas y los métodos de la investigación de interpolaciones. En su libro “**Derecho Privado Romano**”, cuya segunda edición fue ampliada y revisada por el profesor **WOLFGANG KÜNDEL**, catedrático en las Universidades de Bonn, Heidelberg y Munich, se desarrolla el tema de las interpolaciones, en los términos siguientes: “En la investigación de las interpolaciones se recurre tanto al estudio lingüístico como al análisis de fondo de los fragmentos dudosos. Mediante el examen del latín de los juristas más modernos y de su comparación con el empleado por los clásicos, trata de descubrir los pasajes falsificados. Por la observación de oscuridades de concepto, contradicciones e ideas extrañas al pensamiento clásico, induce que el pasaje de que se trate no es una reproducción de la fuente original, sino que encierra alteraciones postclásicas. La prueba de la falsificación no se obtiene plenamente más que en casos muy favorables; en la generalidad de ellos, pues, el resultado de la crítica queda en el campo de la hipótesis, sea más clara o menos. Sin embargo, una parte de estas hipótesis de la crítica han sido acogidas como componente de la nueva forma de estudio del Derecho Romano. Es indudable que tanto la crítica lingüística como la de fondo tienen sus peligros y que fácilmente pueden incurrir en exageraciones. Si se quieren evitar los errores, es necesario, en la investigación lingüística, un juicio muy concienzudo e individual de los detalles estilísticos tanto del léxico clásico como del postclásico, y en la de fondo, un gran cuidado en las conclusiones *ex silentio* y evitar siempre el tratar de imponer forzosamente puntos de vista y soluciones exclusivistas. En el transcurso de los años, la investigación de las interpolaciones ha llegado a adquirir proporciones tales, que nunca en sus principios pudieron ser imaginadas. El número de alteraciones comprobadas o pretendidas es hoy interminable y el cuadro del derecho clásico ha adquirido carácter completamente nuevo.

Pero al mismo tiempo, el círculo en que se mueve la investigación se ha transformado notablemente durante los últimos diez años. Con anterioridad, sólo se pensaba en descubrir en las fuentes las alteraciones debidas a los compiladores justinianos, es decir las efectuadas de propósito con fines concretos legislativos (interpolaciones en sentido estricto o *emblemata Triboniani*), pero hoy la atención se ha fijado también en la posibilidad de la existencia de modificaciones prejustinianas en las fuentes, debidas a las glosas y paráfrasis de los textos clásicos. No hay unanimidad de pareceres en cuanto a la parte con que contribuyeron tales falsificaciones prejustinianas a que la tradición jurídica que poseemos haya llegado a nosotros como la encontramos en la compilación de Justiniano, ni tampoco existe acuerdo en cuanto a la época y al lugar en que se efectuaron. En muchos trabajos de investigación recientes para aludir a los refundidores prejustinianos del derecho clásico se habla simplemente de los “juristas bizantinos”, sin más, e inmediatamente se piensa con exclusividad en el trabajo de las escuelas de derecho del Oriente, tal como se desarrollaba en la de Beirut (Berito) en los siglos V y VI, cuyo resultado es una penetración -según muchos suponen- de ideas helénicas y orientales en el Derecho Romano, no sólo recogidas de la vida jurídica del Oriente, sino del ambiente filosófico y teológico de aquella jurisprudencia.

<sup>(1)</sup> PAUL KRÜGER: “Historia. Fuentes y Literatura del Derecho Romano”, pags. 11, 12, 13, editorial La España Moderna, Madrid, sin fecha.

Frente a este punto de vista ha surgido una viva oposición, afirmándose en contra que la evolución postclásica del Derecho Romano hasta la legislación justiniana, inclusive, se efectuó fundamentalmente libre de influencias extrañas y por impulso propio. Ambas opiniones no están libres de parcialidad ni de exageración. La primera concede demasiada poca importancia al factor clásico recogido en la etapa postclásica y va a buscar la obra de los juristas postclásicos, con gran limitación, a los tiempos, muy alejados, de los siglos V y VI y sólo en el Oriente. Además, las influencias que pretende existieron no han sido demostradas cumplidamente en gran parte, y ni siquiera investigadas como es menester. Y, en cuanto a la otra opinión, se inclina demasiado a desconocer en los juristas postclásicos, pese a toda su dependencia de las grandes figuras clásicas, las ideas originales que sin duda se les deben, y a atribuir a la corriente propia del derecho clásico la evolución del pensamiento original postclásico. En realidad, no es posible que un tiempo tan largo como el de dos siglos y medio, en el curso de los cuales el derecho clásico no cesa por completo de estudiarse en su literatura ni de tener una aplicación como alternativas de más o menos intensidad, pasara sin dejar la menor huella propia, no es posible que los juristas postclásicos fueran tan completamente tributarios de los clásicos que no hicieran ninguna labor propia, ni dejaran rastro alguno, por muy pocas facultades creadoras que se les reconozcan. Sobre todo, frente estas soluciones esquemáticas, hay que oponer que es muy difícil reducir a una fórmula absoluta la historia jurídica de un lapso de tiempo tan extenso. Y esta idea se ve hoy abonada por la circunstancia de que se comienza a reconocer que a la jurisprudencia occidental corresponde una parte también en la historia del Derecho postclásico, y que las fuentes occidentales de los comienzos del periodo postclásico ofrecen modificaciones de fondo frente al derecho clásico”.<sup>(2)</sup>

El maestro **WOLFGANG KÜNKEL**, nació en Fürth (Odenwald) el 20 de noviembre de 1902, fue profesor en las Universidades de Freiburg, Göttingen, Bonn, Heidelberg, en la cual fue también Rector y, finalmente, en la Universidad de Múnich. Romanista insigne, ha sido uno de los más grandes maestros del Derecho Romano en el siglo XX. He aquí un extracto de uno de sus libros cumbres: “Historia del Derecho Romano”, traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel, editorial Ariel, Barcelona, cuarta edición 1973, pag. 179 a 182: “El propio Justiniano nos informa (Cons. Tanta, 10) de que su comisión codificadora realizó numerosas alteraciones de importancia en el tenor de los textos de los manuscritos clásicos para acomodarlos a las necesidades de la época y a la finalidad de la codificación (... multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt). Los grandes juristas de la época humanística y, singularmente, el francés Jacobo Cujas (1522-1590); y el saboyano Antonio Faber (1557-1624) se preocuparon de descubrir estas “interpolaciones” (“intercalaciones, falsificaciones”) de Justiniano para hallar el camino hacia el genuino Derecho de la época clásica. Desde luego, allí donde la codificación justiniana fue estudiada principalmente como fuente directa del Derecho práctico -como sucedió durante mucho tiempo en Alemania- se dedicó poca atención a las interpolaciones, pues la práctica sólo podía dar relevancia al texto legal de Justiniano, y no a la redacción clásica, que le sirvió de base, la cual, a menudo, sólo se podía reconstruir de manera hipotética. Por eso, no es casualidad que en Alemania sólo se despertara el interés por la crítica de interpolaciones cuando la vigencia práctica del Derecho Romano tocaba a su fin, debido a la redacción del Código Civil. Hacia esas fechas, las investigaciones se orientaron en Italia en esta misma dirección.

<sup>(2)</sup>- PAUL JÖRS - WOLFGANG KÜNKEL: “Derecho Privado Romano”, pags. 179-182, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires- Rio de Janeiro, 1973.



La “caza de interpolaciones” se convirtió entonces en el centro de cualquier tarea científica en Derecho Romano. Se realizaba con ayuda de criterios lingüísticos (“filológicos”) y sustanciales (“jurídicos”), de un modo más o menos radical, y a veces incluso como finalidad en sí misma. Que se cometieran así muchos excesos es algo fuera de duda. Una porción considerable de las innumerables afirmaciones referentes a interpolaciones, realizadas desde fines del siglo pasado, e incluso posiblemente la mayoría de ellas, se revela como insostenible en un examen crítico o, al menos, como problemáticas en alto grado. Otras, que, de suyo, pueden parecer plausibles, no justifican las consecuencias históricas que se han deducido de ellas. Pero, a pesar de todas las exageraciones y desatinos, el viraje hacia la crítica de interpolaciones no supuso una orientación errónea. Gracias a él, la investigación superó la consideración puramente conceptual y sistemática -ahistórica por naturaleza- que se enseñoreó casi por completo del siglo XIX y ganó nuevas perspectivas y planteamientos históricos. Muchos resultados adquiridos con ayuda de la crítica de interpolaciones se han confirmado y toda investigación que en el momento presente o en el futuro aspire a llegar a conocer las ideas de los juristas clásicos partiendo de la tradición justiniana (y, en general, de la posclásica) deberá plantearse la cuestión de la autenticidad. Ahora bien, los puntos de vista y los métodos de la crítica de autenticidad han cambiado considerablemente con respecto a la antigua investigación de las interpolaciones: han intentado separar más estratos y se han hecho más complicadas. Mientras que, en un principio, se tendió a atribuir casi todas las anatomías, oscuridades y dificultades de la tradición del Digesto a la intervención de la comisión compiladora de Justiniano, hoy día se cree que los escritos de los juristas clásicos sufrieron considerables alteraciones mucho antes de Justiniano, probablemente en la época altoposclásica (véase supra, p. 152). Estas alteraciones prejustinianas, que, en general, sólo tratan de parafrasear y comentar las ideas del autor clásico, parecen ser superiores en número a las ingerencias positivas de los compiladores y de Justiniano. Se encuentran también en los pocos fragmentos de autores clásicos tardíos que se nos han conservado fuera de la compilación justiniana en las obras privadas de conjunto de principios del siglo IV (Fragmenta Vaticana, Collatio legum Mosaicarum et Romanarum). Por su parte, los compiladores, según parece contribuyeron mucho más con sus recortes a alterar los textos que con adiciones modificativas. De ahí se desprende singularmente que hoy día se concede mucha menor importancia a los indicios puramente formales de interpolación de lo que se solía hacer antes. El lenguaje posclásico no demuestra por sí solo un contenido espurio. Muchas irregularidades gramaticales o estilísticas, que antes se aducían como prueba de interpolaciones sustanciales, se pueden explicar de un modo más plausible como originadas por el resumen del texto, por su reelaboración formal o por defectos de la tradición manuscrita (antes o después de Justiniano). Tampoco es raro que se haya exigido demasiado del estilo y corrección gramatical del texto de los clásicos y, como consecuencia, se haya declarado espurio algo que puede proceder perfectamente de un autor clásico. Porque, a pesar de la singularidad del lenguaje de los juristas y de su vinculación a las tradiciones provenientes de la república, no debemos imaginar a los clásicos (y, sobre todo, a los clásicos tardíos) como puristas del lenguaje. En última instancia, ellos hablaban y escribían el latín de su época y no tenían, ciertamente, el temor de ir evitando las libertades gramaticales y estilísticas y las incorrecciones a la sazón en boga. Dada la gigantesca amplitud de la producción literaria de un Paulo o de un Ulpiano (los cuales eran, además, funcionarios muy ocupados), hay que contar a veces con algunos descuidos e irregularidades, en expresión y razonamiento, de sus obras originales. Pero, al establecer los criterios sustanciales de interpolación, las investigaciones se han hecho también, con el transcurso del tiempo, más prudentes y delicadas cuanto más se han alejado del dogmatismo del siglo XIX. Hoy día creemos comprender mejor el peculiar modo de pensar y trabajar de los juristas clásicos, de lo que era posible hace unos cuarenta o cincuenta años. Algunas concepciones, en las que por aquel entonces se veía la mano del legislador justiniano, por ser paradójicas y antisistemáticas, tratamos de comprenderlas hoy como consecuencia del

*pensamiento jurídico clásico. Procesos evolutivos que, primero, fueron atribuidos a la época posclásica o incluso a la compilación justiniana, se consideran hoy, de nuevo, como propios de la época clásica tardía o alta”.*

Otros grandes maestros alemanes en el estudio de las interpolaciones han sido **JOSEPH PARTSCH** (1882-1925), profesor en Friburgo, Bonn y Berlín, quien ha estudiado las influencias helenísticas en la compilación justiniana y **FRITZ PRINGSHEIM** (1882-1953), profesor en Göttingen, en Freiburg, luego en Oxford y, después de la guerra nuevamente en Freiburg. Su fama está ligada sobre todo a las investigaciones entre la Jurisprudencia Romana y el Derecho Griego: *“Beryt und Bologna”* (*Symbolae Friburgenses in honore Otto Lenel*, 1937). Este famoso estudio se ha reeditado ahora en *“Gesammelte Abhandlungen”*, vol. I, pag. 391-449, 1961.

Las nuevas tendencias estan reflejadas en las investigaciones de **H. NIEDERMEYER**, **FRITZ SCHULZ**, **H. J. WOLFF**, **FRANZ WIEACKER** y **MAX KASER**.

El profesor de las Universidades de Leipzig, Göttingen y Freiburg **FRANZ WIEACKER**<sup>(3)</sup> (1908-1994) en su notable libro *“Textstufen klassischer Juristen”* (*“Estratificaciones en los textos de los juristas clásicos”*), publicado en Göttingen en 1960 por la editorial Vandenhoeck y Ruprecht, ha investigado a fondo las interpolaciones pre-justinianas, sosteniendo, en lo esencial, que alrededor del año 300 d. C. los textos de los jurisconsultos clásicos fueron reeditados, produciéndose, en ese momento, la inmensa mayoría de las corrupciones que han dado lugar a las interpolaciones y a los glosemas pre-justinianos. Sus investigaciones parten de un indiscutible punto de partida y es el hecho de que la duración normal de la vida de un libro es de, más o menos, 100 años; lo que supone la desaparición normal de los textos clásicos y su renovación, por lo menos, dos veces, antes de que la Comisión Compiladora presidida por Triboniano redactara el Digesto. En ese interregno surgieron las interpolaciones pre-justinianas.

<sup>(3)</sup>.- **FRANZ WIEACKER**, Nació en Stargard el 5 de agosto de 1908 y murió en Göttingen en 1994. Romanista, medioevalista, filósofo, teórico general del Derecho y civilista fue profesor en la universidades de Leipzig (1932), Göttingen (1946), Freiburg in Brisgau (1949) y nuevamente en Göttingen donde murió. Ha sido uno de los más grandes profesores y juristas de nuestro tiempo. Fundador de una nueva ciencia romanista que es la *“Textstufenforschung”* (*“Investigación de las estratificaciones de los textos”*), tal como la desarrolla en su obra fundamental *“Textstufen klassischer Juristen”*, Göttingen, 1960. Es una obra de investigación de las interpolaciones pre-justinianas y de los estratos de los textos de la jurisprudencia clásica. La *“Textstufenforschung”* postula la reconstrucción de los textos originales de la literatura clásica, iluminando la historia de los mismos a través de las vicisitudes sufridas en su transmisión, en su reproducción y difusión. La historia del texto-*Textgeschichte*- en sus alternativas o mutaciones puede decirnos algo sobre los cambios habidos en la historia del Derecho. Así sostiene que alrededor del año 300 d. C. toda la literatura clásica conservada pasó por el filtro de una reedición mediante nuevos textos que suplantaron a los volúmenes antiguos de los clásicos y así es como en ese momento se produjeron la inmensa mayoría de las interpolaciones y de las corrupciones de los clásicos hasta la época de la compilación de Justiniano en la que se consagraron las interpolaciones en sentido estricto. Según Wieacker el centro de gravedad de las interpolaciones pre-justinianas debe retrotraerse de la tarda época post-clásica a la fase inicial de la misma, es decir, a la época de Diocleciano e incluso, a épocas anteriores. De allí el interés del profesor WIEACKER para el estudio del Derecho Vulgar o *Vulgarrecht* que lo ha desarrollado brillantemente en dos hermosos estudios: *“Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike”*, estudio publicado en los *“Studi in onore di Pietro de Francisci”*, volume terzo, pág. 113 a 138. Milano, Dott. Antonino Giuffrè – Editore, 1966 y su: *“Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike”*, 1965. Pero, además, el profesor WIEACKER escribió su: *“Römische Rechtsgeschichte”*, München, Beck, 1968 y su fundamental *“Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna”*, editorial Aguilar, Madrid, 1967, reeditada por editorial Comares, Granada, 2008, entre otros estudios fundamentales.



Esta notable investigación de Wieacker fue desarrollada por **ERNST SCHÖNBAUER** en su estudio *“Die Ergebnisse der Textstufenforschung un ihre Methode”*, (“Los resultados de las estratificaciones textuales y su método”) en la revista **IVRA**. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, 1961, volumen 12, pag 117 y ss. y por el profesor **MAX KASER**<sup>(4)</sup> (1906-1997) quien nos dice en su notable *“Historia del Derecho Romano”* que “la investigación de las estratificaciones textuales pretende descubrir las vicisitudes a través de las cuales habrían pasado los textos de los juristas y de las Constituciones hasta la compilación justiniana. Las fases que resultan de este desarrollo habrían sido cinco: 1) el original clásico; 2) la re-elaboración proto-postclásica; 3) la vulgarización del cuarto siglo; 4) la enunciación teórica de las escuelas romano-orientales; 5) la adaptación final en la compilación justiniana. (Véase Max Kaser: *“Storia del Diritto Romano”*, pag. 290, Cisalpino Istituito Editoriale Universitario, Milano, 1991).

## LOS GRANDES MAESTROS DE LA ESCUELA INTERPOLACIONISTA ITALIANA

Debo referirme ahora a los grandes maestros de la escuela interpolacionista italiana; en primer lugar, **ILARIO ALIBRANDI**, nacido en Roma el 8 de febrero de 1823, muerto allí mismo el 27 de enero de 1894. Profesor de Derecho Romano en la Universidad de Roma, empezó a investigar las interpolaciones en el Derecho pre-justiniano, en el Digesto y en las Basílicas, obras éstas que se han recopilado en un libro suyo intitulado *“Opere giuridiche e storiche del professore Ilario Alibrandi”*, Roma, 1896, edición al cuidado de Vittorio Scialoja y C. Longo.

**EMILIO ALBERTARIO**, fue un brillante profesor de Derecho Romano, cátedra que dictó en las Universidades de Camerino, Perugia, Messina, Parma, Torino, Pavía, en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán y en Roma, donde en 1931 sucedió al gran maestro Vittorio Scialoja. Nació el 30 de mayo de 1885 en Filighera y murió en Roma el 28 de noviembre de 1948. Su producción científica es vastísima. Aquí solo me permitiré hacer una breve reseña, dando cuenta, de sus *“Studi di Diritto Romano”*, cuyo volumen V, dedicado a la historia y a la metodología fue editado por la editorial Giuffrè de Milano en 1937. Desde la *“Prefazione”* nos dice, en el cuarto párrafo de la pag. IX que, “cuando yo iniciaba mi carrera romanística ya mucho camino se había recorrido en el terreno de la crítica de las fuentes justinianas: en Alemania, especialmente y en Italia. La doctrina de las interpolaciones había surgido en 1887 con la obra de Gradenwitz *“Interpolationen in den Pandekten”* y muchas interpolaciones en la compilación justiniana ya habían sido analizadas”.

“Empero, venerandos estudiosos negaban aún que hubieran sido interpoladas las fuentes no-justinianas, hasta, incluso, las *“Sententiae”* de Paulo que pasaron por las manos de la Comisión Legislativa.”...”Es sabido que todavía en 1902 cuando Mitteis le dijo a Theodoro Mommsen que, según él en las *“Sententiae”* de Paulo existían muchas interpolaciones ignoradas, el anciano maestro replicó, asaz indignado: *“Im Paulus? Nein, da ist nichts interpoliert”*.

(4).- **MAX KASER**, Nació en Viena el 22 de abril de 1906 y murió en Airing el 27 de enero de 1997. Profesor en Münster y en Hamburgo, puede ser considerado uno de los más grandes romanistas alemanes del siglo XX. Es autor de un fundamental libro sobre el proceso civil romano: *“Das Römische Zivilprozessrecht”*, 1da. edición, editorial Beck, 1966; *“Das Römische Privatrecht”*, 1da. edición, editorial Beck, München, 1988; *“Römische Rechtsgeschichte”*, 1da. edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1988, traducción italiana: *“Storia del Diritto Romano”*, ed. Cisalpino, Milano, 1991. Inspirándonos en sus sabias palabras de la “Introducción”, párrafo 1, nosotros también decimos que: “El Derecho Romano ha dominado dos épocas en la historia de la cultura jurídica occidental: en la antigüedad rigió el sistema de vida del pueblo romano”..... “Al Derecho Romano le fue aun asignado en suerte después de siglos de la caída del mundo antiguo, de tornar a nueva vida en gran parte de Europa, durante el medioevo”.... “El renacimiento del Derecho Romano en el Medioevo fue sobre todo el redescubrimiento de la ciencia jurídica romana.....”

El profesor Kaser ha escrito además *“Zum begriff des spätrömischen Vulgarrechts”* publicado en los *“Studi in onore di Emilio Betti”*, volumen segundo, pág. 141 a 147, Milano, Giuffrè, 1963; y *“Vulgarrecht”* publicado en la *Realenzyklopädie de Pauly-Wissowa*. Este hermoso tema dió lugar a unas conferencias que el profesor Max Kaser dictara en marzo de 1961 en la Facultades de Derecho de Barcelona,

Según Albertario “el primer momento correspondió a Savigny y a la escuela histórica a quien incumbe “el mérito de haber dado impulso a este primer momento”.

“Un segundo momento correspondió a la escuela de los Pandectistas quienes elaboraron una intensa elaboración sistemática del Derecho Romano en Alemania. Pertenecieron a esta época los mejores tratados de Pandectas. Dos grandes juristas sobresalieron entre todos: Windscheid y Vangerow...”

“El nuevo camino de los estudios romanísticos correspondió a un gran jurista nuestro: Ilario Alibrandi... Alibrandi fue el precursor de la nueva dirección crítica con la cual se innovaron los estudios sobre las fuentes del Derecho Romano”.... Los años decisivos de esta nueva dirección fueron aquellos de 1883 a 1891. Surgieron en este brevísimo periodo de tiempo aquellas obras fundamentales con las que se iniciaron los nuevos estudios. En 1883 Otto Lenel realizó una magistral reconstrucción del edicto perpetuo del pretor romano que, desarrollada en su traducción francesa y notablemente ampliada posteriormente, nos dio una admirable visión de conjunto del Derecho Romano en su momento dinámico a través de la fecunda actividad del magistrado que usurpó, de hecho, la función legislativa. Y en 1889 el mismo ilustre maestro dió a la ciencia romanística su “Palingenesia Iuris Civilis”, en la cual, recogiendo los fragmentos de los jurisconsultos clásicos, reconstruyó la estructura de las obras originales, que en la compilación justiniana se hallaba totalmente dispersa.”

“Mientras Lenel se adentraba en el Derecho Romano con estas felices reconstrucciones Gradenwitz y Eisele fijaron los criterios para descubrir las alteraciones justinianas de los textos romanos, fundando así la doctrina de las interpolaciones... La doctrina de las interpolaciones fue establecida así en los lúcidos y graves estudios de Gradenwitz y Eisele, publicados, casi todos ellos, entre 1885 y 1890”.

“Junto a la reconstrucción de Lenel y junto al nuevo método planteado por Gradenwitz y Eisele surgió solemnemente la obra de Mitteis sobre “El Derecho Imperial y el Derecho Popular en las Provincias Orientales del Imperio” publicada en 1891. Mitteis nos hizo ver por primera vez la descomposición de los principios romanos en la civilización helénica del Bajo Imperio...”

“Por otra parte, un joven romanista de Kiel, **BESLER**, en una obra intitulada “Contribución a la crítica de las fuentes jurídicas romanas”, cuyo primer volumen se editó en 1910, el segundo en 1911 y el tercero en 1913, **desarrolló una obra de verdadera demolición aduciendo que una masa ingente de textos romanos conservaba los aportes de las escuelas griegas en los que corrian las alteraciones recepcionadas** por la comisión compiladora designada por Justiniano. Los libros de Besler fueron sometidos a una crítica severa por otro joven romanista, Berger, quien afirmó, espantado y escandalizado, que si el autor continuaba en el curso vertiginoso de sus investigaciones se correría el riesgo de no encontrar más en las Pandectas un texto romano”.

“..... En 1910 cuando Besler publicó el primer volumen de sus “Beiträge” ya se podía sostener que si tantas eran las alteraciones de los textos romanos los compiladores habrían podido en solo tres años de trabajo desarrollar gran parte de los fragmentos que constituirían las Pandectas. Pero hoy comienza a penetrar la convicción de que muchas alteraciones fueron el fruto de anotadores de la época romano-helénica, -sin que esto suponga aceptar la tesis brillantemente expuesta por Hans Peters, según la cual los compiladores habrían ya tenido frente a sí una precedente colección de textos romanos que solamente se limitaron a ampliar...”



“...En sus “Estudios Históricos sobre el Derecho Justiniano” **PAUL COLLINET** nos ha ilustrado, en una vasta obra de síntesis, sosteniendo que la **inspiración greco-oriental del “Corpus Iuris Civilis”**, derivada de las tradiciones de Oriente y de la evolución doctrinal desenvuelta por la escuela de Beirut, ha impregnado de conceptos helenísticos las teorías jurídicas romanas.”

.....

En su estudio intitulado “*La cosiddetta crisi del metodo interpolazionistico*” publicado en los “*Studi in onore di Pietro Bonfante*”, vol. I, pag. 611 al 672 y que corre en las paginas 67 a 146 del volumen reseñado, el profesor Albertario sostiene que “*El problema de la búsqueda de las interpolaciones encontró a los interpretes del Corpus Iuris divididos en dos campos: afirmando algunos que eran muchas y exaltando la importancia sustancial de su investigación; dudando, otros, por lo menos de la magnitud imponente de su número y en todo caso reclamando, al menos los peligros de incurrir en errores a los cuales la investigación misma podía conducir*”.

Cita entre estos últimos Albertario un notable estudio publicado diez años después de la obra inmortal de Gradenwitz “*Interpolationen in den Pandekten*” publicada en 1887. Y alude a una obra de KALB intitulada “*Die Jagd nach Interpolationen in den Pandekten*”: “*La caza de las interpolaciones en las Pandectas*”.

“**El apelativo de Kalb** fue asumido como símbolo de un estandarte por los adversarios de la investigación interpolacionística o, al menos, por los adversarios de las mayores audacias, no raramente felices, de la investigación misma: lo asumió en los últimos tiempos Otto Lenel en su “*Interpolationenjagd*”, que es el título bajo el cual el venerando romanista alemán manifestó su reluctancia a acoger algunos de los resultados del trabajo crítico más reciente”.

“El estado de los ánimos y de la situación de las cosas en los últimos 50 años lo refleja exactamente Paul Jörs escribiendo: “*Der Aufdeckung dieser sogenante emblemata Triboniani oder Interpolationen hat man neuerdings grossen Eifer zugewandt: sie gilt heute mit Recht als eine der wichtigsten Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Forschung, freilich auch eine der schwierigsten*”.

En el estudio citado de Albertario se alude también al **pensamiento interpolacionístico de Ludwig Mitteis**, a la **evolución del pensamiento interpolacionístico del gran romanista alemán** desde su clásica obra de 1891 intitulada “*Reichsrecht und Volksrecht in den ostlichen Provinzen des spätromischen Reiches*” (“*Derecho Imperial y Derecho Popular en las provincias orientales del bajo Imperio Romano*”) - una obra clásica, una obra inmortal que trata de la lucha entre el Derecho Imperial (“*Reichsrecht*”) y el Derecho Popular (“*Volksrecht*”) y de cómo este último Derecho fue contaminando, fue “*vulgarizando*”, poco a poco, al primero; engulléndose los Derechos locales a las Constituciones Imperiales; todo un fenómeno de “*orientalización*” o de “*helenización*” del Derecho Romano. De la obra clásica del gran maestro alemán escrita en 1891 se pasa al pensamiento consagratorio del “*Das romischen Privatrecht bis zur Zeit Diokletians*” (“*El Derecho Privado Romano hasta la época de Diocleciano*”), escrito en 1907, en el cual se formula una reconstrucción del Derecho Privado Romano en los siglos II y III d. C. y en cuyo luminoso Prefacio sostenía que: “*Je länger ich an dem Werke arbeitete, desto klarer trat es mir vor Augen, wie sehr die Gedankenwelt der Byzantiner überall eine eigenartige ist, und wie unter Beibehaltung der autiken Rechtsformen das Rect. Selbst überall ein anderes geworden ist*”.

Luego, vino la conferencia de Mitteis sustentada en el Gimnasio Clásico de Viena sustentada en 1917 intitulada “Historia Antigua del Derecho y Estudios Romanísticos” en la que trató sobre “La influencia de la Jurisprudencia Clásica sobre el desenvolvimiento del Derecho Romano” que habría constituido, - según la interpretación de Riccobono -, el “testamento científico” de Mitteis, el “último pensamiento” o la “última palabra” del gran maestro. Lo que constituiría, según Albertario, un grave error, una “desinterpretación” del pensamiento de Mitteis. “Debo insistir sobre esto, dice Albertario, porque la interpretación de aquel discurso de Mitteis que es limpio, pero que Riccobono lo desinterpreta e induce a pensar que él en 1917 no habría jamás escrito el “Reichsrecht” y no habría tampoco jamás escrito aquel luminoso Prefacio al “Privatrecht” de 1907. La visión histórica del maestro no cambió; él planteó solamente un rico campo que la investigación crítica había sabido explorar.”... “Hablar pues de un “último pensamiento”, de una “última palabra”, de un “testamento científico”, a propósito el discurso de Mitteis, no es históricamente exacto, porque el maestro tuvo ocasión de manifestar sucesivamente su pensamiento, precisamente en la revisión de las “Instituciones” de Sohm, editadas en 1923 bajo el cuidado de Leopold Wenger. El lector que quiera diligentemente confrontar la edición de estas “Instituciones”, casi salidas de las manos de Sohm, con aquellas que sufrieron la revisión de Mitteis, tendrá modo de relieves la continuidad del pensamiento del maestro: la alta importancia que él atribuía a la búsqueda de las interpolaciones y a la influencia del Derecho Griego sobre el Derecho Romano en la legislación justiniana.”<sup>(5)</sup>

En fin, el pensamiento interpolacionístico del maestro Albertario se desenvuelve, raudamente, en otros estudios notables: así en “I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano”, que corre en las páginas 147 a 194 del volumen V de sus “Studi di diritto romano”, que venimos reseñando; asimismo debe confrontarse su estudio “La romanità di Diocleziano” en la página 185 a 204 del volumen citado; otra investigación notable es: “Da Diocleziano a Giustiniano”, en la página 205 a 253; véase además: “Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino”, en la página 255 a 266; “Sulla Epitome Gai”, en la página 267 a 276; “Concetto classico e definizioni postclassiche del ius naturale”, en la página 277 a 290; “Le valutazioni quantitative nel diritto giustiniano e nelle legislazioni moderne”, en la página 291 a 308; “A proposito di “Interpolationenjagd” (Risposta a una critica di Otto Lenel), en la página 309 a 320; “La critica della critica”, en la página 321 a 344; “Giustiniano interpolante se stesso nella riforma del legatum optionis”, en la página 345 a 354; “Ancora sulle interpolazioni giustiniane nelle costituzioni giustiniane”, en la página 355 a 364; “In tema di alterazioni pregiustiniane (D.5, 4,3: Paulus libro septimo decimo ad Plautium)”, en la página 365 a 376; “Glossemi e interpolazioni pregiustiniane”, en la página 377 a 408; “Rescritti e parafrasi di rescritti postclassiche”, en la página 409 a 416; “Miscellanea critica”, en la página 417 a 438; “Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio”, en la página 439 a 460; “I nuovi Frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182), en la página 461 a 482; “Sui testi romano-classici che annoverano l’Italia fra le provincie romane”, en la página 483 a 490; “Tituli ex corpore Ulpiani”, en la página 491 a 550; “Ancora sui glossemi nei Frammenti vaticani”, en la página 551 a 558; “Glossemi nei Frammenti vaticani 102”, en la página 559 a 568; “Due osservazioni sul Fragmentum de formula Fabiana”, en la página 569 a 618; “Addenda e Corrigenda”, en la página 619.

Otro notable maestro del Derecho Romano y gran investigador de las Interpolaciones fue el profesor Pacchioni. **GI**

<sup>(5)</sup>- Confrontar ALBERTARIO: “Studi di Diritto Romano”, volume quinto, pag. <sup>na</sup>.



**OVANNI PACCHIONI**, nació en Cesena el 24 de mayo de 1867 y murió el 18 de octubre de 1946. Fué profesor de Derecho Romano en la Universidad de Camerino, Siena e Innsbruck y enseñó sucesivamente Derecho Romano y Derecho Civil en la Universidad de Torino y, finalmente, en Milan.

De las muchas obras escritas por Pacchioni destaco aquí su *“Manuale de Diritto Romano”*, tercera edición, Torino 1935; *“Breve storia dell’Imperio Romano narrata da un giurista”*, Padova 1935; *“Corso di Diritto Romano”*, volume primo : *“Storia Della Costituzione e delle fonti del diritto”*, seconda edizione, Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1918. De esta obra léase la pag. 340 y passim; asimismo, es sumamente interesante leer el Apéndice XI intitulado *“Le Interpolazioni nel “Corpus Iuris Civilis”* en la pag. CLXXIII y siguientes de la misma obra citada.

Debo ahora referirme a otro notable romanista italiano a quien evoco con admiración académica y con la veneración que se profesa a un santo: el maestro **CONTARDO FERRINI**.

**CONTARDO FERRINI** nació en Milan el 4 de abril de 1859 y murió en Suna el 17 de octubre de 1902 cuando solo tenía 43 años de edad. Después de perfeccionarse en Alemania siguiendo las huellas de cuatro sabios romanistas de la Universidad de Berlín: los profesores Theodor Mommsen, Lothar Alfredo Pernice, Karl Zachariae von Lingenthal y Moritz Voigt,<sup>(6)</sup> regresó a Italia, brillando como profesor en las Universidades de Messina, Modena y Pavía. Pero, además de ser un notable profesor, yo admiro en él su alta espiritualidad; y así, bajo esta inspiración, devino en Santo. Decía Contardo Ferrini que: *“Sólo en la oración consigo fuerza y dignidad: si tengo un principio de carácter... lo debo a la oración... A quien me reprochara esta piedad como desperdicio del tiempo, yo le contestaría que por la eficacia consoladora de la oración no pierdo el tiempo en teatros, cafés ni en tantas mil cosas inútiles de una vida disipada, y que la oración me hace amables el recogimiento y el trabajo”*.

Santo y sabio fué canonizado como Santo por el Papa Pio XII el 13 de abril de 1947, dando lugar ello a que la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milan publicara unos *“Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione”*, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, MCMXLVII.

La lapida conmemorativa de Contardo Ferrini en la Universidad de Pavía lo llama *“sencillo, austero y piadoso”*; y los carismas de su santidad se perfilan en su sencillez de vida, en su humildad, en su pureza y castidad; la virginidad, decía, era *“superior al matrimonio, aún cuando no todos son capaces de esta gloria, sino aquellos a quienes les es dado”*, su santidad consistía en estar permanente unido a Dios en medio de todas las ocupaciones del día, en su alegría santa, en su aversión a la murmuración, como sucede en nuestros días en medio de una sociedad propicia solo a la frivolidad, al egoísmo, al culto a los valores groseros de la carne y la libido, a la sensualidad, a la prepotencia, a los odios, pasiones y violencias de todo tipo y su secuela, el terrorismo; sobre todo ello es preciso leer un libro notable escrito por Monseñor **CARLOS PELLEGRINI**, extractada por Monseñor **LEOPOLDO RUÍZ**, Arzobispo de Michoacán, intitulado *“Vida de Contardo Ferrini”*, editorial Difusión, S.A., Buenos Aires, 30 de marzo de 1943, en cuya Introducción, se define a Contardo Ferrini como *“UN CATÓLICO DE NUESTROS TIEMPOS”*, y en la que se dice que: *“Una de las razones para llamar con verdad a la Iglesia Católica Santa, es que nunca dejará de producir Santos, porque su doctrina y sus sacramentos son fuentes de santidad”*. En el Prólogo a este hermoso libro se reproduce el discurso pronunciado por el Cardenal **EUGENIO PACELLI** quien, años más tarde, el 2 de marzo de 1939, sería elegido Papa por el cónclave cardenalicio, adoptando el nombre de **PIO XII**. El discurso del Cardenal

Eugenio Pacelli se pronunció en la Universidad Gregoriana el 8 de febrero de 1931 en conmemoración de Contardo Ferrini. Por la mañana, el Santo Padre, lo había propuesto como Santo para la veneración del mundo. Por la tarde, Roma católica tributaba honores al nuevo Venerable y en esta ocasión el Cardenal Pacelli dijo que *“el Venerable Siervo de Dios, Contardo Ferrini, proclamado hoy, como ejemplar del cristiano de nuestros días, especialmente del estudioso y del docto, del profesor y del escritor, que realizó en sí el sublime consorcio de la ciencia y de la fe, de la humildad y la grandeza, del estudio y la piedad, de la investigación científica y la cultura religiosa, del amor a la Patria y el amor a la Iglesia, de un sano modernismo abierto a todos los progresos de la ciencia y la ortodoxia más fiel a la tradición del pensamiento católico”*... *“Los Santos de Dios son los héroes de la Iglesia Católica, Madre de los Santos. El mundo ensalza a los héroes de la fuerza, pero la gloria de la Iglesia son los héroes de la virtud, de aquella virtud que hace del héroe una imagen de Dios creador”*.<sup>(7)</sup>

<sup>(6)</sup>.- Los cuatro sabios romanistas testimoniaron su altísimo aprecio por Contardo Ferrini. Cuenta Bartolomé Nogara, director del museo etrusco Vaticano que : *“Fui a Berlín en 1902 y visité a Theodor Mommsen, quien me habló mucho de Ferrini e hizo de él el mejor elogio, diciendo que, si el siglo diecinueve, para los estudios romanísticos, bien pudiere llamarse el siglo de Savigny, así el siglo veinte debería llamarse el siglo de Contardo Ferrini; y que por los meritos de las investigaciones de Ferrini el primado de los estudios romanísticos pasaba de Alemania a Italia”* (citado por Monseñor Pellegrini *“Vida de Contardo Ferrini”*, pag. 127, editorial Difusión, S.A., Buenos Aires, 1968). Así mismo, Pernice, eminente profesor en Berlín, le manifestó su gran aprecio regalándole un retrato con esta dedicatoria: *“Pernice Contardófilo”*. Contardo pagó aquella amistad dedicando a su antiguo maestro su primera obra de importancia: *“El Teófilo”*. (Pellegrini, ob. cit., pag. 66). El maestro Zachariae, por su parte, poco antes de morir, de 82 años de edad, en junio de 1899, hizo donación de todos sus manuscritos a su discípulo y amigo (ob., cit., pag. 123). Moritz Voigt, por su parte, testimonió su alto aprecio a nuestro santo y sabio maestro dedicándole su obra de *“Historia del Derecho Romano”* (ob., cit., pag. 66).

<sup>(7)</sup>.- *“Vida de Contardo Ferrini”*, cit., pag. 6.



*“Así Contardo Ferrini –hombre perfecto en el equilibrio de todas sus facultades armoniosamente desarrolladas, en la nobleza y mansedumbre del carácter, en la exquisita delicadeza de los afectos, en la práctica del propio deber, elegido como dechado de bien y de virtud, en la immaculada pureza del corazón y en el ardor seráfico de la caridad-, Ferrini en los años de su corta existencia, sondeó el pasado en el Derecho Romano, aportándole mil rayos de luz...”<sup>(8)</sup>.*

*“Y en la inauguración del monumento a Contardo Ferrini celebrada en Pavía en 1907, pudo decir el gran maestro de todos los romanistas del mundo, PIETRO BONFANTE (1864-1932) que, “esta efigie era para dar a la juventud un ejemplo educativo, ninguna más sugestiva y digna que la de Contardo Ferrini. En la inauguración de este recuerdo hoy evocamos a una figura altamente ejemplar, de un modelo tan purísimo y tan elevado. Ninguna efigie tan digna para una escuela, porque la escuela no crea el talento sino lo elige y lo encarna, lo educa y lo eleva, le ofrece los métodos y los instrumentos para su inspiración”.<sup>(9)</sup>*

*Y concluía diciéndonos que “El ejemplo de un corazón tan alto y de un tan luminoso intelecto se perpetúe en la posteridad, con la devoción y aquel sentimiento profundo que inspira la grandeza...”<sup>(10)</sup>.*

Según Bonfante “la obra científica de Contardo Ferrini” está signada por su inmensidad y por su variedad. Ninguno ha abrazado tan inmensamente los aspectos infinitos de esta disciplina del Derecho Romano, cuya esfera y cuyos desarrollos han alcanzado una amplitud extraordinaria. *Señor del dogma y de la historia*, él trabajó en el campo del Derecho Público y del Derecho Privado, en las críticas de las fuentes y en la construcción de los institutos, profundizando con severa investigación científica los problemas realizando en su obra genial de divulgador su actividad docente elevando así el nivel de su figura científica. En esta universalidad de pensamiento y de trabajo él encontró su campo propio que fue aquel de las fuentes bizantinas: en eso él continuó la obra igualmente magistral y gloriosa de Zachariae von Lingenthal. Comenzó su carrera con la edición preciosa y la versión latina de “Teófilo” y la cerró fatalmente con la edición del “Tipucito” y aquella otra esbozada sobre las “Basílicas”, de la que hay una edición de 1898 de Ferrini y G. Mercati”.

Concluyó el maestro Bonfante el Prefacio a las obras de Contardo Ferrini diciéndonos que “este monumento de sus obras no quiere ser solamente un homenaje a la memoria de Contardo Ferrini, sino un precioso material de estudio y un documento de la alta vitalidad del Derecho Romano”.<sup>(11)</sup>

El pensamiento jurídico de Contardo Ferrini alcanzó su más alto esplendor en “*Il Digesto*” editado como un Manual de 133 páginas por Ulrico Hoepli Editore, Milano 1893. Desfilan por las páginas del libro en el primer capítulo las doctrinas de los grandes jurisconsultos clásicos y así leemos a Quinto Muzio Scévola, a Servio Sulpicio, sus obras y su numerosa escuela, en la que brilla el análisis de los conceptos, la precisa formulación de sus doctrinas y la elegancia del método empleado y así nos sentimos seducidos por la admiración a Labeón y sus grandes definiciones, a Masurio Sabino y su “Tratado de Derecho Civil” que dió lugar a la denominación de toda una escuela: la escuela de los sabinianos y sus confrontaciones con los proculeyanos.

<sup>(8)</sup> - Ibid., pag. 7.

<sup>(9)</sup> - PIETRO BONFANTE: “Contardo Ferrini” en “Scritti Giuridici Vari”, volumen IV.- Studi Generali, pag. 300 y passim.

<sup>(10)</sup> - PIETRO BONFANTE: *ibid.*, pag. 300.

<sup>(11)</sup> - PIETRO BONFANTE: “Prefazione” a las “Opere di Contardo Ferrini”, volume primo, pags. IX y XI, Ulrico Hoepli, editore, Milano, 1900.

Admiramos, así también, a Celso y a Salvio Juliano, de quien Contardo Ferrini relievó su altísimo valor científico para la jurisprudencia clásica; y así seguimos apasionándonos con la lectura de Pomponio y, luego, parecería que estuvieramos escuchando las luminosas clases de un inmortal maestro cuando leemos a Gayo quien, por cierto, fue un gran profesor. Y así, llevados de la mano maestra de otro gran profesor, como lo fue Contardo Ferrini, seguimos admirando a Papiniano, a Paulo, a Ulpiano y Modestino.

El segundo capítulo trata sobre la formación del Digesto y de sus vicisitudes.

El tercer capítulo está referido a la interpretación del Digesto y aquí se plantean, en un primer párrafo, los diversos criterios para la investigación metodológica de las alteraciones que constituyen el tema central de la cuestión interpolacionística. Se ocupa, en conclusión, nuestro autor, de las elaboraciones bizantinas del Digesto debidas a los compiladores y a sus inmediatos sucesores, *“las cuales tienen casi el valor de una interpretación auténtica”*.

El cuarto y último capítulo contiene índices, tablas y anotaciones que constituyen un valioso complemento para la tratación anterior.

“El Digesto” de Contardo Ferrini concluye con un apéndice sumamente interesante sobre las “Instituciones” de Justiniano, tratando sobre las cuales nos dá noticia sobre la época en que se constituyó la comisión, el diseño del trabajo, las partes debidas a Teófilo y a Doroteo, el carácter de compilación que tuvo la obra, sus fuentes, entre las que fundamentalmente estaba el Digesto, su interpretación y las antinomias que existen con el Digesto, la “Paráfrasis” de Teófilo y los graves argumentos que condujeron a Contardo Ferrini a sostener que su autor no fue precisamente Teófilo; finalmente, los manuscritos y las varias ediciones de las “Instituciones”, cuyo análisis constituyó en el pensamiento de Contardo Ferrini un hermoso “capolavoro”.



Los demás estudios de Contardo Ferrini fueron publicados bajo el cuidado del profesor Vincenzo Arangio Ruiz, bajo el título de “Opere di Contardo Ferrini”, volume primo: “Studi di Diritto Romano Bizantino” y editados por Ulrico Hoepli Editore, Milano 1929, con una elegante Prefazione del maestro Pietro Bonfante. De estos estudios me permito destacar los siguientes:

- “Intorno all’opportunità di una nuova edizione della Parafraresi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo .....1
- **“La Parafraresi di Teofilo ed i Commentari di Gaio”** .....15

En este estudio Contardo Ferrini sostiene que “lo más interesante que se puede decir respecto a la Paráfrasis Teofilina está referida a sus fuentes y materiales de estudio. En tal sentido deja establecido que: “1.-Teófilo se sirvió de los Comentarios a Gayo quasi exclusivamente como fuente para la historia del Derecho; 2.- Teófilo escribió una versión griega de los Comentarios a Gayo antes que se publicasen las Instituciones de Justiniano; 3.- De esta versión se han conservado algunos fragmentos en la Paráfrasis de Teófilo;”<sup>(12)</sup>

- **“Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo”** .....29
- **“La Glossa torinese delle Istituzioni e la Parafraresi dello Pseudo-Teofilo”** .....41
- **“Prolegomena a “Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa” pars prior”** .....57
- **“Natura e diritto nella Parafraresi greca delle Istituzioni”** .....71
- **“I commentari di Gaio e l’indice greco delle Istituzioni”** .....81

“Desde 1883 yo he venido reclamando la atención de los estudiosos sobre el hecho de que la llamada “Paráfrasis” griega de las Instituciones atribuida a Teófilo se apoyaba en gran parte sobre los Comentarios de Gayo, reproduciéndose de allí muchos pasos y argumentos. El traductor bizantino se aleja del texto de las Instituciones imperiales para acercarse al texto de las Institutas de Gayo mediante una serie de reflexiones y advertencias que lo identifican más con lo que se sostiene con los Comentarios de Gayo más que con lo que debería decir con respecto al libro que el debería traducir e ilustrar, esto es las Instituciones Imperiales de Justiniano. Esta idea fue acogida por Zachariae y por otros”.<sup>(13)</sup>

En conclusión el santo maestro de Pavía sostiene en este estudio que **“A la Paráfrasis griega de las Instituciones precedió una similar Paráfrasis de las Institutas de Gayo, la cual fue tenida muy en cuenta por el autor de la primera que recibió grandemente su influencia. Esto debe tenerse presente por quien quiera establecer los orígenes de la literatura jurídica bizantina”**.<sup>(14)</sup>

<sup>(12)</sup>- **CONTARDO FERRINI**: “La Paráfrasi di Teofilo ed i Commentari di Gaio”, en “Opere di Contardo Ferrini”, volume primo, pag. 1, Ulrico Hoepli editore, Milano, 1929.

<sup>(13)</sup>- **CONTARDO FERRINI**: “I commentari di Gaio e l’indice greco delle Istituzioni”, en “Opere di Contardo Ferrini”, volume primo, pag. 31, Ulrico Hoepli editore, Milano, 1929.

<sup>(14)</sup>- *Ibid.*, pag. 109.

- **“Delle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni”** .....105

“Edad de la Paráfrasis griega.- La edad de la Paráfrasis griega de las Instituciones se puede deducir en parte de su contenido, en parte de su forma”<sup>(15)</sup>.

Podemos establecer las siguientes conclusiones:

- “1.- La tradición que atribuye la Paráfrasis griega de las Instituciones a Teófilo se basa sobre la autoridad de los manuscritos. Pero esta autoridad no es muy fuerte, porque todos los manuscritos dependen en origen de un solo arquetipo y ninguno de esos es más antiguo al siglo undécimo”.
- “2.- Solo a partir del siglo XI se atribuye la Paráfrasis a Teófilo; antes de aquel tiempo la Paráfrasis viene citada sin nominar al autor.”
- “3.- Cuanto sabemos sobre la vida de Teófilo nos lleva a rechazar tan poco fundada tradición”.
- “4.- Los errores de la Paráfrasis conducen a igual resultado”.
- “5.- La manifiesta contradicción entre el Índice del Digesto de Teófilo y la Paráfrasis griega impide atribuir a este último tal trabajo”.
- “6.- La investigación sobre la parte que debió tener Teófilo en la compilación del texto latino de las Instituciones demuestra que él no pudo ser el autor del Índice griego o Paráfrasis de la misma”.
- “7.- Los estudios de algunas Glosas jurídicas greco-latinas demuestran que debió existir un comentario griego a Gayo y que este formó la base de la Paráfrasis griega de las Instituciones”.
- “8.- Esto se comprueba mediante una comparación entre la Paráfrasis y los Comentarios de Gayo”.
- “9.- La confrontación con los monumentos coetáneos inducen a creer que la cuna de este Comentario (*καπι ποδαισ*) que fue luego adaptada al nuevo texto latino de las Instituciones, haya estado en la escuela de Berito”.
- “10.- En los resultados que confirman el estudio de la “Glossa Torinese de las Instituciones”, se establece como el texto de Gayo en las escuelas de Occidente y de Oriente fueron añadidos numerosos escolios, en los cuales la tradición escolástica venía investigando”.
- “11.- El texto de la Paráfrasis demuestra la fusión del texto antiguo (*καπι ποδαισ*) (del Comentario a Gayo) con la relativa Glosa, ha sido modificado”.

<sup>(15)</sup>- Ibid., pag. 100.

“El resultado a los cuales conduce el presente estudio ha sido acogido por muchos romanistas nuestros y extranjeros, entre los que cito a Zachariae von Lingenthal, Moritz Wlassak, Otto Lenel, entre otros, que han llegado a hablar ya sin más “del así llamado Theophilus” (“der sogennante Theophilus”), protestando así contra tantos siglos de usurpación”.<sup>(17)</sup>

- “Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364” .....139
  - “Anecdota Laurentiana et Vaticana, in quibus praesertim Iustiniani Codicis summae ab Anatolio confectae plurima fragmenta ei praefatio ad Institutiones historica continentur” .....237
  - “Intorno all’ indice dei Digesti di Stefano (nota preliminare)” .....297
  - “Frammenti inediti della Somma del Codice di Stefano antecessore” .....307
- En el volumen segundo destaco:
- “Le scuole di diritto in Roma antica” .....1
  - “Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani” .....11
  - “Intorno all’ ordinamento dell’ editto pretore prima di Salvio Giuliano” .....163
  - “Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano” .....277
  - “Intorno alle Istituzioni di Marciano” .....285
  - “Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano .....307
  - “I frammenti di diritto pregiustiniano del palinsesto di Autun .....421

Estas sumarias y breves referencias a la obra de uno de los más insignes romanistas italianos las escribo con el único propósito de estimular a mis discípulos a leer estas obras clásicas como lecturas obligatorias de mi curso.

Pero, además, de la escuela italiana, para terminar, debo mencionar, sumariamente, algunos estudios notables como los de **CHIAZZESE**: “Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee”, *Annali Palermo*, 16 (1931), pp. 1-554; **LANFRANCHI**: “Il diritto nei retori romani”, Milan, 1938. Véase en el Apéndice de esta obra un notable índice de las interpolaciones.

El maestro **BIONDO BIONDI**, profesor en la Universidad del Sacro Cuore de Milán (1888-1966), también dedicó al problema de las interpolaciones un notable estudio intitulado “Interpolazioni e Dommatica” publicado en sus “Scritti Giuridici”, vol. II, pag. 759 y ss., en el que sostuvo: “El olvido, por no decir el desprecio, de los romanistas modernos por el Derecho Justiniano, no tiene razón de ser en lo absoluto.... Ya Mitteis en aquella célebre conferencia de 1917,

<sup>(17)</sup>- Ibid., pag. m. m.

calificada como el testamento científico del gran maestro, pleno de escepticismo ante los nuevos descubrimientos de las fuentes jurídicas y papirológicas y ante las nuevas investigaciones críticas concluía, que... ha llegado la hora y la necesidad de escribir nuevamente la historia jurídica... del Derecho Romano". "Así las cosas, el año 1929 fue la época en que los estudios romanísticos estaban plenos de la búsqueda (no digo "caza") de las interpolaciones, exaltando el Derecho Clásico y vituperando el Justiniano, liberando textos y doctrinas clásicas de las innovaciones justinianas –calificadas sin más como supra estructuras reprochables-... Frente a ello es de notar la enérgica reacción de Riccobono que calificaba el método crítico como nihilismo. Sobre todo la publicación del Index Interpolationum... Así el venerando Digesto ha devenido volatilizado... Desarmonías, incoherencias, contradicciones abundan en el Corpus Iuris que recogen la secular evolución del Derecho Romano. La crítica ha creído superar estas contradicciones por medio de un agudísimo análisis lógico, filológico e histórico arribando así a la reconstrucción no solo del Derecho Clásico, sino de aquel Ius Civile, que los mismos romanos decían que consistía in sola prudentium interpretatione".<sup>(18)</sup>

"En tal modo yo pienso que podemos reclamar la atención de los juristas modernos sobre el estudio del Derecho Romano, más que en la sistemática partición entre Derecho Clásico y Derecho Justiniano. Vituperar las concepciones post-clásicas y justinianas no se justifica; primero debemos entenderlas y luego discutir las.... Bajo este aspecto el estudio del Derecho Romano puede ser todavía hoy instructivo".<sup>(19)</sup>

(18).- BIONDO BIONDI: "Scritti Giuridici", tomo II, pag. 700,701, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1909.

(19).- BIONDO BIONDI, ob. cit., pag. 701,702.





# CAPÍTULO LIII

## LA TEORIA PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO ROMANO



## CAPÍTULO LIII

# LA TEORÍA PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO ROMANO

El maestro **BIONDO BIONDI**, profesor en la Universidad del Sacro Cuore de Milan, nació en Bronte, provincia de Catania, allá en Sicilia, el 12 de Noviembre de 1888 y murió en Milán el 19 de Noviembre de 1966, también dedicó a este hermoso tema su notable Prolusión al curso de Derecho Romano leída el 26 de noviembre de 1931, intitulada “Perspectivas Romanísticas”, (“**Prospettive Romanistiche**”), la misma que corre en las pags. 221 a 322 del volumen primero de sus “**Scritti Giuridici**”, editada por Giuffrè, Milano, 1965.

Empezó el maestro sosteniendo que: *“Quien quiera considerar la copiosa literatura romanística hasta el último siglo quedará sorprendido de ver como, frente a las mismas fuentes, se hayan podido presentar trataciones profundamente diversas en su carácter y en su contenido que bien podrían habernos llevado a dudar de si los escritores habrían tenido el mismo objeto de conocimiento. No se trata ciertamente de diversidad de opiniones; ni de aquel progresivo perfeccionamiento del método que informa la historia de todas las ciencias; ni del descubrimiento de nuevas fuentes. La verdad es mucho más simple: los escritores no han considerado que el Derecho Romano siempre desde el mismo punto de vista y, consecuentemente, desde el mismo objeto de su tratación no podía ser más que diverso. Aquellas trataciones romanísticas, que a través del secular trabajo de la Glosa y de los Comentaristas, comenzaron a tener unidad orgánica bajo el perfil del Derecho Común. Aquellas admirables construcciones de la Pandectística que a este tema se refieren, no tenían el objeto de dar a conocer cual pudo ser el derecho de Roma, sino que procediendo del Corpus Iuris, entendían presentar una orgánica regulación jurídica de las relaciones sociales de la vida de su tiempo”*.

*“Derecho Común y Pandectística no representaron pues la reconstrucción, sino más bien, la continuación del Derecho Romano, que venía así a seguir, paso a paso, la evolución secular de la sociedad moderna esbozada del tronco romano, la que constituye el trazo de unión entre el Derecho Romano y el Derecho Contemporáneo. Carácter bien diverso tiene la literatura romanística sobre todo la de los últimos cincuenta años precisamente porque tiene como objeto la reconstrucción del Derecho Romano, no ya como derecho vigente, sino como entidad histórica”... “Basta recordar los cánones de interpretación del Corpus Iuris formulados por los antiguos interpretes, para acogerse súbitamente, cualquiera fuera su posición, respecto al Derecho Romano”.*<sup>(1)</sup>

.....

*“Todas estas trataciones que, con varia denominación y diversa eficiencia, desde la Glosa al siglo XIX, fluyen en torno al Corpus Iuris, evocan, por tanto, no la ciencia del Derecho Romano sino, más bien, la historia del Derecho Moderno”.*<sup>(2)</sup>

.....

<sup>(1)</sup>.- **BIONDO BIONDI**: “*Prospettive Romanistiche*”, la misma que corre en la pag. 221 - 222 del volumen primero de sus “*Scritti Giuridici*”, editada por la Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1965.

<sup>(2)</sup>.- *Ibid*, pag. 229



“En realidad, los nuevos Códigos no son más que un ulterior paso adelante respecto al Derecho Común y a la Pandectística y constituyen otra fase en la secular evolución del Derecho que, en el Derecho Romano tuvo su punto de partida. Con frase feliz se ha dicho que “el Derecho Romano presenta dos historias: una de los orígenes hasta Justiniano y la otra desde Justiniano a nuestros días” (BONFANTE, *Diritto Romano*, pag. 3). Es la tradición romanística que continúa ininterrumpidamente desde Justiniano al siglo XIX. Por tanto, ... la cualidad de romanista y de civilista coinciden y se identifican en la misma persona; así en Alemania,, cuando entró en vigor el nuevo Código Civil, los Pandectístas devinieron casi automáticamente en Civilistas, y las trataciones pandectísticas contenían materia asaz tan viva y tan moderna, que con oportuna adaptación devinieron en excelentes trataciones civilísticas: basta recordar aquellas notas y el apéndice de Kipp hecho a las venerandas Pandectas de Windscheid y así también Dernburg, en el curso de pocos años, pudo presentar una imponente tratación civilística sobre la base del nuevo Código. Todo ello nos confirma que aquella tratación no reflejaba un derecho vigente, en su última fase, sino de 14 siglos atrás;; ella de Romano no tenía más que el nombre, la autoridad y el punto de partida, tanto que fue fácil y breve el paso a la codificación moderna”.<sup>(3)</sup>

Bien podríamos nosotros, también, inspirándonos en esta hermosa reflexión de Biondi, hablar de una **teoría pluridimensional del Derecho Romano**, mediante la cual, el Derecho Clásico, el Derecho Justiniano, el Derecho Bizantino, el de la escuela de Bolonia, el de la Pandectística, el de la *science du droit civil*, etc., nos deparan una multiplicidad de enfoques y de perspectivas, cual una serie de variaciones y de contrapuntos sobre un mismo tema musical o cual la policroma luminosidad irradiada desde un prisma o de aquella hermosa luminosidad que nos deslumbra a través del tornasolado de los “vitreaux” en las catedrales góticas del medioevo.

También el contraste de las interpolaciones con su policroma versión de contrapunto entre los maestros y sus métodos constituye otra variante en esta teoría pluridimensional del Derecho Romano.

Por ello, cito una vez más al profesor Biondo Biondi cuando nos dice que “El estudio de las estratificaciones cronológicas del Derecho Romano es una adquisición de larga data en nuestra ciencia. Manifestación principal de esta orientación es aquella búsqueda de las interpolaciones de la cual proviene toda la literatura romanística de los últimos cuarenta años”.

“Hablando de interpolaciones no es posible ocultar el grave debate en torno a su investigación, surgido en los orígenes de la crítica de las fuentes y resurgido en estos últimos años, cuando lo imponente de las interpolaciones descubiertas hizo dudar de la exactitud de nuestros métodos. Parecería que este arduo problema sería insoluble. Y aunque las interpolaciones sean pocas, muchas o infinitas o que se puedan dar triunfalmente en la crítica demoledora del Digesto y, no obstante la vigorosa reacción de Riccobono, es preciso imponer una extrema cautela y una revisión a fondo en nuestros métodos”.<sup>(4)</sup>

“La ciencia romanística contemporánea, conciente de la dirección histórica y de su tarea, ha planteado la estratificación cronológica del Derecho Romano”....

<sup>(3)</sup>- *Ibid*, pag. 28.

<sup>(4)</sup>- *Ibid*, pag. 28.

*“La crítica contemporánea, al separar el Derecho Clásico del Derecho Justiniano, ha tenido el gran error de considerar al Derecho Clásico como un ordenamiento unitario”.*<sup>(5)</sup>

*“Estoy convencido de que la concepción unitaria del Derecho Clásico ha impedido la precisa reconstrucción de los singulares institutos jurídicos”.*<sup>(6)</sup>

*“Otro error bajo el aspecto histórico es considerar los pasos del Corpus Iuris como entidades iguales; pero, error no menos grave, es considerar en la misma medida, la “interpretatio prudentium”, los edictos de los pretores y las constituciones imperiales”.*

*“Reconstruir el Derecho Clásico bajo un perfil unitario es, en mi opinión, un error tan grave, cuanto aquel ya desvelado, de considerar el Derecho Romano como un todo único, esto es, sin distinguir sus varias épocas históricas. La unidad de tiempo no quiere decir unidad de ordenamiento. La falta de unidad del derecho sorprende tal vez a la mentalidad moderna, pero no sorprende al historiador del derecho, el cual frecuentemente encuentra, en la misma época, la coexistencia de diversos y heterogéneos ordenamientos jurídicos”.*

*“No es aquí el caso de plantear la cuestión general y abstracta acerca de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, sino se trata más bien de constatar su indiscutible existencia en la realidad histórica”.*

*“En el mundo romano, junto a la estratificación cronológica, se presenta, no menos notablemente, la estratificación de varios y autónomos complejos jurídicos, los cuales se colocan el uno junto al otro, en una relación de indiferencia y muy frecuentemente ignorándose formalmente el uno al otro. Estos complejos jurídicos en cuanto tienen en el fondo la misma finalidad y aproximadamente la misma esfera de aplicación territorial, presentan empero tal autonomía y caracteres así propios y particulares, que una neta separación responde no a un escrúpulo de análisis, sino a una imprescindible necesidad cognoscitiva”.*<sup>(7)</sup>

*“Yo pienso que toda reconstrucción romanística se falsea históricamente donde no se distinguen los varios complejos jurídicos a los cuales los romanistas modernos les han dado el título de Derecho Clásico”.*

*“Trazada, sumariamente, las líneas fundamentales de los singulares complejos clásicos, se puede relevar como su separación en la reconstrucción de los institutos jurídicos pueda entreabrir nuevos horizontes a nuestra investigación y permita alcanzar resultados firmes y seguros”.*<sup>(8)</sup>

*“Del sumario análisis precedente resulta que el Derecho Romano hasta la época clásica, no tiene nada de unitario, sino que es el producto de una secular estratificación de complejos jurídicos, los cuales tienen caracteres propios y conservan su autonomía e independencia”.*<sup>(9)</sup>

---

<sup>(5)</sup>. - Ibid, pag. 17.

<sup>(6)</sup>. - Ibid, pag. 200 in fine.

<sup>(7)</sup>. - Ibid, pag. 246.

<sup>(8)</sup>. - Ibid, pag. 250.

<sup>(9)</sup>. - Ibid, pag. 291.

*“En la ciencia romanística contemporánea ha devenido un lugar común hablar de Derecho Clásico: tratamos de reconstruir las doctrinas clásicas, de distinguir el Derecho Clásico del Derecho Justiniano, etc. Más estas frases, empero, solo nos dan una mera referencia cronológica, en cuanto se refieren al derecho vigente en los tres primeros siglos del Imperio. En realidad, no existe un Derecho Clásico como unidad; es necesario más bien, hablar de coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en la misma época histórica”.*

*“Estoy convencido que la separación de los complejos jurídicos romanos debe constituir el método de investigación general para cualquier problema histórico o dogmático relativo al Derecho Clásico y la vía abierta es tan luminosa que entreabre nuevos horizontes a nuestra investigación.....”.*<sup>(10)</sup>

---

<sup>(10)</sup>. - Ibid, pag. 291-294.

The background of the page features a faint, sepia-toned illustration of a man and a woman in traditional, possibly historical or regional, clothing. The man is on the left, and the woman is on the right, both appearing to be in conversation or a shared activity. The illustration is rendered in a soft, almost ethereal style, blending into the light-colored background.

# CAPÍTULO LIV

## LA TRADICIÓN ROMANISTA





## CAPÍTULO LIV

### LA TRADICIÓN ROMANISTA

Pero hay también otro Derecho Romano que se conoce con el nombre de "la tradición romanista" y que está integrado por el conjunto de escuelas, de juristas, de profesores y de textos que desarrollando o comentando al Derecho Romano strictu sensu se proyectan en el tiempo y en el espacio mediante las escuelas, los profesores, los juristas, los códigos y las técnicas de interpretación. Y esta tradición romanista se desarrolla desde el Derecho Bizantino hasta nuestros días, constituyendo los cimientos, la infraestructura, los principios axiomáticos de toda la codificación contemporánea. Así, bajo el nombre de "tradición romanista" debe entenderse la historia del Derecho Romano y, también, las bases romanistas del Código Civil y del Código Procesal Civil. Así lo entienden **SALVATORE DI MARZO**, profesor en Palermo y Senador del Reino (nacido en Palermo el 27 de febrero de 1875, muerto en Roma el 16 de mayo de 1954) en su obra magistral: *"Le basi romanistiche del Codice Civile"*, Turín, UTET, 1950; y, también, **ENZO NARDI**, profesor en Bolonia (nacido en Mantua el 24 de mayo de 1913) en su obra *"Codice Civile e Diritto Romano"*, magistral estudio publicado por la Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1997 y también en otro estudio intitulado *"Rabelais e il Diritto Romano"*, Milano, Giuffrè, 1962. Así también, el maestro **SANDRO SCHIPANI**, en su libro: *"La codificazione del diritto romano comune"*, G. Giappichelli, editore, Torino, 1999, hermoso libro cuyo texto constituye una lectura obligada por cuanto no sólo trata de la codificación justiniana y del Derecho Común codificado sino además, también, del Código Civil peruano de 1984, sobre Andrés Bello "romanista" y sobre Augusto Teixeira de Freitas, entre otros fundamentales temas de la tradición romanista. Debe leerse también la obra fundamental del profesor **GUIDO ASTUTI**, profesor en Turín: *"Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea"*. Prefazione de Giovanni Cassandro, Napoli, 1984. En castellano consúltese el hermoso estudio del profesor **ÁNGEL LA TORRE** intitulado: "La tradición romanística", publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Caracas, Venezuela, número 18, año 1959, pp. 9 a 26.

El maestro **BIONDO BIONDI**, profesor en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, quien nació en Bronte, provincia de Catania, allá en Sicilia, el 12 de Noviembre de 1888 y murió en Milán el 19 de Noviembre de 1966, ha exaltado esta tradición romanista en cinco estudios magistrales: a) En su Prolusión de 1931 intitulado *"Prospettive Romanistiche"* publicada en sus *"Scritti Giuridici"* volumen primero, p. 221 a 322, Dott. A. Giuffrè, editore, Milano 1965; b) En su *"Crisi e sorti dello studio del Diritto Romano"*, conferencia en la Universidad de Trieste, publicada en sus *"Scritti Giuridici"*, vol. I, p. 383 a 409; c) En su reseña bibliográfica al libro de Salvatore di Marzo, intitulado, justamente, *"Le basi Romanistiche del Codice Civile. (a propósito de un libro recente)"*, publicada en sus *"Scritti Giuridici"*, vol. I, p. 411 a 426; d) En su *"Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana"*, publicada en los *"Estudios en memoria de Paul Koschaker"*, vol. II, p. 383 a 402 y en sus *"Scritti Giuridici"* vol. I, p. 427 a 446 y e) En sus *"Aspetti universali e perenne del pensiero giuridico romano"*, conferencia dictada en Roma en 1955 y publicada en sus *"Scritti"*, vol. I, p. 447 a 475. Es preciso citar algunos precedentes históricos: en primer lugar, la tradición romanista se remonta a la escuela de Berito y a la de Constantinopla, en las que floreció el Derecho Bizantino.





CAPÍTULO LV

LA ESCUELA DE BEIRUT





## CAPÍTULO IV

### LA ESCUELA DE BEIRUT

La escuela de Berito o de Beirut existía ya desde el siglo II d.C. Históricamente preexistió a la escuela de Constantinopla, pues, mientras que esta fue fundada recién en el año 330 d.C. Berito ya era un importante puerto comercial desarrollado en lo que fue el asentamiento de dos legiones romanas instaladas allí desde el siglo I d.C. en los tiempos de Augusto. El asentamiento de los legionarios romanos se transformó en una próspera colonia de ciudadanos romanos a los que se les concedió el *Ius Italicum*, esto es, un régimen de protectorado, a cuyos súbditos se les otorgó el derecho a la ciudadanía romana en virtud de la Constitución Antoniniana del año 212 d.C. y que, luego, se transformó en sede administrativa y archivo de constituciones imperiales. He allí la génesis de la escuela de Berito que se transformó, a mediados del siglo III en un centro oficial de enseñanza del Derecho cuyo prestigio sobrepasaba a la escuela de Constantinopla y a todas las escuelas orientales, como las de Antioquía, Alejandría y Cesarea, lo que fue reconocido por el mismo Justiniano quien denominó a la escuela de Berito "*legum nutrix*" en reconocimiento al prestigio de su enseñanza impartida por grandes profesores como CIRILO, DOMNINO, PATRICIO, EUDOXIO (quienes vivieron en el siglo V, d. C.), luego, en el siglo VI, LEONCIO (hijo de Eudoxio); ANATOLIO (hijo de Leoncio) y, el más célebre de todos, DOROTEO, quien fue uno de los compiladores de las "Institutas", así como del "Digesto" y del "Codex Repetitae Praelectionis", promulgado en virtud de la Constitución "Cordi nobis" ("*De emendatione Codicis Iustiniani et secundae eius editione*") de fecha 16 de noviembre del 529, segunda edición del Código que sustituyó al "Codex vetus" derogado y que entró en vigencia el 28 de diciembre del 529.

Y esta fue la época de esplendor de la escuela de Berito en la que brillaron, además de los grandes profesores aludidos, CIRILO y STEFANO, comentaristas del Digesto a través de "Índices", entre los que destacaba el "Índice" del Comentarista Anónimo atribuido a un autor desconocido que se remonta a la época prejustiniana y que dió lugar a un fundamental estudio de HANS PETERS intitulado "*Los Comentarios al Digesto Romano Oriental y los Orígenes del Digesto Justiniano*" ("*Die Oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*"), (publicado en Relación de la Academia Sajona de Ciencias editada en 1913, reimpresso en 1970 en la revista "LABEO"), estudio en el que se funda la teoría del pre-Digesto.

Para mayores referencias, léase: PAUL COLLINET: "*Histoire de l'école de droit de Beyrouth. Études historiques sur le droit de Justinien*", París, 1925; PIETRO DE FRANCISCI: "*Vita e studii a Berito tra la fine del V e gli inizi del VI secolo*", Roma, Tipografia dei Lincei, 1912; EMILIO ALBERTARIO: "*I fattori della evoluzione del diritto romano postclassico e la formazione del diritto romano giustiniano*", en el volumen "*Studi di Diritto Romano*", volume quinto, "*Storia - Metodologia - Esegesi*", Antonio Giuffrè editore, Milano, 1937. El maestro Emilio Albertario (1885-1948), fue un brillante profesor de Derecho Romano en la Universidad del "Sacro Cuore" de Milan y, luego, en la Universidad de Roma, en la que sucedió a Vittorio Scialoja, el gran "caposcuola". En su estudio "*La scienza del diritto romano nei suoi recenti metodi e nei suoi recenti studi*", publicado en sus "*Studi di Diritto Romano*", volume quinto, pag. 50, ed. cit., nos dice que "*la escuela de Beirut impregnó de conceptos helenísticos a las teorías jurídicas romanas*".

Luego, en su estudio “Los factores de la evolución del Derecho Romano Postclásico y la formación del Derecho Romano Justiniano”, publicado en su ob. cit., pag. 176 y *passim*, el profesor Albertario sostuvo que “desde el año 239 Beirut ya era considerada como una gran escuela del Derecho o como “la madre del Derecho”. Sus grandes profesores fueron exaltados como héroes y maestros del mundo. Algunos como CIRILO, PATRICIO DOMNINO, EUDOXIO, LEONCIO, ANATOLIO y DOROTEO eran evocados y siempre recordados durante siglos en la tradición doctrinal bizantina. A estos maestros les cupo la tarea de interpretar el Derecho Romano a la luz de un nuevo espíritu y un nuevo método, imbuido de mentalidad filosófica, teológica y retórica, elaborando generalizaciones, distinciones, controversias y disensiones”.

Por eso es que los maestros de la historiografía romanística han puesto en evidencia el paralelismo de método entre los profesores de las escuelas de Beirut y los de la escuela de Bolonia. Así, el profesor **Fritz Pringsheim** en su estudio “Beryt und Bologna”, estudio publicado en el Libro Homenaje a **Otto Lenel** por el 50 aniversario de su Doctorado: “Freiburger Festschrift für Otto Lenel zum 50 jährigen Doktorjubilaeum”, Leipzig, 1921, pag. 294 y sigs., célebre estudio reeditado en sus “Gesammelte Abhandlungen” vol, I, p. 391 y siguientes. Se trata de un hermoso estudio en el que el profesor Fritz Pringsheim explica los métodos de las escuelas de Derecho orientales y los compara con el modo de trabajar de los glosadores de Bolonia.

Véase, además, **Paul Koschaker**: “Europa y el Derecho Romano”, pag. 106 in fine y 499 (Suplemento) editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Entre los investigadores sudamericanos uno de los muy pocos que ha tratado este tema es el profesor **Alfredo Buzaid**. Léase su “A Escola de Direito de Beirute”, Sao Paulo, 1951; obra de perfil romanístico del gran maestro de Derecho Procesal Civil (1914-1991) y la figura más brillante de la escuela procesal de Sao Paulo, uno de los fundadores del Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil y de la Revista de Direito Processual Civil, que se publica desde junio de 1960 por la editorial Saraiva y autor del Anteproyecto de Código de Processo Civil promulgado el 11 de enero de 1973 con los aportes de Luís Antonio de Andrade, Luís Machado Güimaraes y de José Frederico Márques.



CAPÍTULO LVI

LA ESCUELA DE  
CONSTANTINOPLA O BIZANTINA





## CAPÍTULO LVI

### LA ESCUELA DE CONSTANTINOPLA O BIZANTINA

El Derecho Bizantino fue el sistema jurídico vigente en el Imperio Romano de Oriente, desde la fundación de Constantinopla en el 330 d.C. hasta la caída de Constantinopla por los turcos en 1453. En realidad, la expresión está referida fundamentalmente al periodo historiográfico comprendido entre, la muerte de Justiniano en el año 565 d.C, hasta la caída de Constantinopla en 1453. Esta escuela se caracterizó por sus grandes profesores y sus grandes textos entre los que destacan: a) **los índices del Digesto** entre los que mencionaremos los índices de Cirilo, Stefano y Teófilo, pero, sobre todo, los índices conocidos con el nombre de **“la Cadena del Anónimo”**; b) **los índices del “Codex Repetitae Praelectionis”** **compuestos por los profesores TALELEO, ISIDORO, ANATOLIO y TEODORO**; c) **las paráfrasis o comentarios al Digesto**, entre las que destaca la conocida con el nombre de **“Paráfrasis del Anónimo”** atribuida a un autor desconocido que se remonta a la época prejustiniana y que dio lugar a un fundamental estudio de HANS PETERS intitulado **“Los Comentarios al Digesto Romano Oriental y los Orígenes del Digesto Justiniano”** en que se funda la teoría del pre-Digesto; d) una **paráfrasis de las Institutas** publicada por TEÓFILO, gran profesor de la escuela de Constantinopla, muerto alrededor del año 534, cuya obra ha sido estudiada y comentada por el profesor de Pavía, Contardo Ferrini (Véase **“Obras Completas de Contardo Ferrini”**, vol. I, pp. 1-15 y siguientes, Milano. 1929); e) a partir del siglo VIII d.C. florecen una serie de textos que pretenden reelaborar el **“Corpus iuris”** a la luz de las nuevas doctrinas del Derecho Bizantino. Tal fue el caso de la **“Écloga”** de León el Isáurico y de su hijo Constantino Coprónimo que reelaboraron en dieciocho libros la doctrina Bizantina y, luego, debe mencionarse dos manuales llamados el **“Projeiron nómos”** y la **“Epanagogé ton nómos”**; f) durante el reinado de Basilio el Macedonio y de su hijo León el Filósofo se promulga una obra fundamental de la escuela Bizantina conocida con el nombre en latín de **“Libri Basilicorum”** o en griego **“Ta Basilica”** o en castellano las **“Basilicas”**. Las Basilicas seguían el orden y la sistemática del Código de Justiniano y estaban precedidas por los párrafos pertinentes del Digesto, del Código y de sus explicaciones por Taleleo, profesor en Beirut, quien fue el más célebre Comentarista del Código y de los Escolios al Digesto por el Comentarista Anónimo y de los **Índices de Stéfano y Cirilo**, así como de las explicaciones y comentarios a las Institutas según la **“Paráfrasis” de Teófilo**, gran profesor en Constantinopla, quien murió, o fue deportado, en el año 534 y de cuya célebre **“Paráfrasis”** existe una copiosísima literatura en la bibliografía romanística, entre las que destacan las investigaciones de Contardo Ferrini, Gino Segré, Bonfante, Kübler, De Francisci, etc; g) **Las Basilicas** fueron resumidas en el siglo XIV por el profesor **Konstantín Armenópulos**, autor de una formidable síntesis en seis libros conocida con el nombre de el **“Hexabiblos de Armenópulos”** que se mantuvo vigente hasta el siglo XX. El Hexabiblos de Armenópulos rigió normativamente en Grecia desde 1345 hasta la promulgación del Código Civil Griego de 1940, inspirado en el B.G.B. o Código Civil Alemán; h) Finalmente, debe mencionarse un Manual o Vademecum conocido con el nombre de **“Tipukeitos”** del Juez Patzes (de ti + pou + keitos = ¿Dónde se encuentra? ó ¿Dónde está?).



# CAPÍTULO LVII

EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA





## CAPÍTULO LVII

### EL DERECHO EN LA EDAD MEDIA

1.- ¿Existe o no un medioevo del derecho? 2.- La tesis pan-romanista o del romanismo supérstite. 3.- La tesis medioevalista del derecho y del proceso, 4.-El medio evo del derecho procesal a la luz de su historiología, 5.- La cuestión del Derecho vulgar a la luz de la historiología romanista.

#### 1. ¿EXISTE O NO UN MEDIOEVO DEL DERECHO?

¿Qué es el medioevo? ¿Cuándo empieza, cuando termina? ¿Cuál es su esencia y sus características que lo definen y tipifican, distinguiéndolos de los otros grandes periodos de la historia?

Como es sabido, el término “Edad Media” data del siglo XVII. Fue empleado por primera vez en 1688 por Cristóbal Kellner, Cellarius, muerto en 1707, profesor de Historia en la Universidad de Halle, quien aplicó el término “*Historia medii Aevi*” para distinguir la “Historia Antigua” de la “Historia Nova”. El término así introducido tuvo una fortuna brillante, porque respondía a una necesidad práctica, a las comodidades pedagógicas para la exposición de los hechos en los programas escolares, resumiendo grandes trozos de la Historia General. Pero, si bien esta afortunada expresión de éxito pedagógico y de comodidad docente encontró y encuentra todavía, una amplia difusión en los medios y en las obras de cultura y de enseñanza media, voces de duda, opiniones que trascienden al mero simplismo pedagógico, doctrinas y autores que han hecho de la Filosofía y la Historia un tema apasionante para la reflexión histórica han planteado el problema en estos términos:

- 1) “Como periodo histórico cerrado en sí mismo, la Edad Media, no existe”<sup>(1)</sup>
- 2) “Se designa comúnmente bajo el nombre de Filosofías Medievales, las doctrinas filosóficas que se desarrollaron desde el siglo IX al XIV de nuestra era”; pero esta delimitación en el tiempo presenta, a no dudar, un carácter excesivamente artificial<sup>(2)</sup>.
- 3) “La división clásica de la Historia en las partes: antigua, media y moderna vendrá pronto a caer en desuso; se le excluirá de nuestros libros de textos. La Historia contemporánea se está acabando. Asistimos a los albores de una nueva era desconocida a la cual habrá que dar un nombre. Lo cierto es que hemos rebasado el marco de la Historia. Es un hecho del cual se tuvo plena convicción al estallar la Guerra Mundial. Para los más clarividentes de entonces, era cosa cierta que volver a la existencia burguesa y apacible anterior a la catástrofe sería una cosa imposible. El ritmo de la Historia cambia: se hace catastrófico”.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup>- ETIENNE GILSON: “La Philosophie au moyen age”, t. I, pag. 3.

<sup>(2)</sup>- Ibid.

<sup>(3)</sup>- NICOLAS BERTIAEFF: Una nueva Edad Media, primer párrafo del texto, traducido al español por José Renóm, Editorial Apolo. Barcelona, 1999, p. 3.

- 4) "Edad antigua, Edad media, Edad moderna. Tal es el esquema, increíblemente mezquino y falto de sentido"<sup>(4)</sup>.

"No solo reduce la extensión de la historia sino, lo que es peor aun, empequeñece la reseña histórica"<sup>(5)</sup>.

"Este esquema, tan corriente en la Europa occidental, hace girar las grandes culturas en torno nuestro, como si fuéramos nosotros el centro de todo proceso universal. Yo le llamo sistema ptolomaico de la historia. Y considero como el descubrimiento copernicano en el terreno de la historia, el nuevo sistema que este libro propone, sistema en el cual la antigüedad y el occidente aparecen junto a la India, Babilonia, China, Egipto, la Cultura Árabe, la Cultura Mexicana, sin adoptar en modo alguno una posición privilegiada. Todas estas culturas son manifestaciones y expresiones cambiantes de una vida..."<sup>(6)</sup>

"Es bien sabido que todo organismo tiene su ritmo, su figura, su duración determinada e igual sucede con todas las manifestaciones de la vida"<sup>(7)</sup>.

"Yo veo en la Historia Universal la imagen de una eterna formación y deformación, de un maravilloso advenimiento y perecimiento, de formas orgánicas. En cambio, el historiador de oficio, concibe la historia a la manera de una tenia que, incansablemente, va añadiendo época tras época"<sup>(8)</sup>.

"La palabra Edad Media acuñada en 1667 por el profesor Horn en Leyden, cubre hoy una masa uniforme de Historia que se halla en continuo aumento y que se limita de modo puramente negativo, por aquello que no cabe, bajo ningún pretexto en los otros dos conjuntos"<sup>(9)</sup>.

"La Edad Media es la historia de la comarca en que domina el idioma latino de la Iglesia y de los sabios. Los grandes sinos del cristianismo oriental que, con anterioridad a Bonifacio, habían penetrado por Turkestán hasta China y por Saba hasta Abisinia, no han sido tenidos en cuenta por esa historia universal"<sup>(10)</sup>.

"Esa supuesta historia del mundo se limita, de hecho, en un principio, a la región del Mediterráneo Oriental y, luego, a partir de las irrupciones germánicas, con un súbito traslado de la escena a la Europa Occidental, queda reducida a unos sucesos importantes sólo para nosotros, siendo así que, en realidad, se trata de acontecimientos meramente locales, indiferentes, por ejemplo, a la cultura árabe que es la más próxima. Hegel había declarado con toda ingenuidad, que los pueblos que no tuvieron acomodo en su sistema de historia, los ignoraría. Esta fue, simplemente, la honrada declaración de sus premisas metodológicas, sin las cuales ningún historiador llega nunca a su fin. Basándose en ellas cabe estimar y apreciar la disposición de todas las obras de historia"<sup>(11)</sup>.

<sup>(4)</sup>- SPENGLER: "La Decadencia de Occidente", t. I, pág. 4, Espasa Calpe Argentina, S.A., Buenos Aires, 1990.

<sup>(5)</sup>- SPENGLER: Ob. cit., pág. 49 in fine.

<sup>(6)</sup>- SPENGLER, ob. cit., pág. 49.

<sup>(7)</sup>- SPENGLER, ob. cit., pág. 39.

<sup>(8)</sup>- SPENGLER, ob. cit., pág. 34, 35.

<sup>(9)</sup>- SPENGLER, ob. cit., p. 39.

<sup>(10)</sup>- SPENGLER, ob. cit., pág. 39, cita de pie de página, nota 1.

<sup>(11)</sup>- SPENGLER, ob. cit., pág. 39, 40.



- 5) Como dice el profesor Henry Berr en el Prólogo a un libro genial de FERDINAND LOT "El Fin del Mundo Antiguo y el Comienzo de La Edad Media": "Primeramente todo corte en la Historia es evidentemente ficticio. Nada acaba ni comienza de un modo absoluto. Hay algo de absurdo al delimitar un periodo por fechas rigurosas"<sup>(12)</sup>.

"La trama de la historia además es muy compleja; está hecha de muy diversos elementos: políticos, económicos, religiosos, intelectuales, morales"<sup>(13)</sup>.

"La evolución no es la misma para todos estos elementos. Una revolución no produce inmediatamente y en todos sentidos sus efectos. ¿Se admitirá que el elemento político es el preponderante? ¿Comienza la Edad Media en el 395 con la división del Imperio? ¿O en el 406, con la irrupción de los hunos y el reflujo germánico? ¿En el 476 con la muerte de Rómulo Augústulo? ¿Tal vez entre 630 y 730 con la invasión de los musulmanes? ¿Y cuándo acaba? ¿En 1453 con la caída del Imperio del Oriente? Pero ciertos historiadores le dan por término la invención de la imprenta (1440), o el descubrimiento de América (1492). ¿Puede el espíritu estar satisfecho por una división de la historia general que comienza por un acontecimiento político y se cierra por circunstancias de orden intelectual o geográfico?"<sup>(14)</sup>.

## 2. LA TESIS PAN-ROMANISTA O DEL ROMANISMO SUPÉRSTITE

Así vistas las cosas, centrando la cuestión en el tema fundamental de nuestra disciplina, planteamos la primera tesis en forma de pregunta: ¿es que existe una Edad Media en el desenvolvimiento histórico del Derecho Procesal? ¿Es que no es el mismo Derecho Romano el que pervive y sigue perdurando en el proceso desde la época justiniana hasta los tiempos pandectísticos en el siglo XIX y aún hasta ya bien entrado el siglo XX a través de la legislación procesal hispanoamericana que, con la Ley de Enjuiciamiento Civiles Española de 1881, y sus filiales sudamericanos como el Código de Procedimientos Civiles peruano de 1911 o el Código de Procedimiento Civil chileno de 1903, etc. No viene a ser más que la transcripción en lenguaje del siglo XX de la partida tercera perteneciente al siglo XII, la que, a su vez, recoge el proceso común medieval o ítalo-canónico, conforme al transplante hecho por el maestro Jacobo de las leyes del Corpus Iuris Civilis de Justiniano, de la legislación canónica y del Derecho Germánico?<sup>(15)</sup>.

Es que acaso, ¿no es la historia del Derecho Procesal del Medioevo "*la historia de un fantasma*"?, es decir; la historia de la segunda vida del Derecho Romano, después de la pérdida del cuerpo en que por primera vez vio la luz, según la famosa expresión de VINOGRADOFF<sup>(16)</sup>. ¿Es que el insigne traductor de esta obra no tuvo la genialidad de demostrar en la "Prefazione" que la obra de los Glosadores y de los Comentaristas, aparece ahora, en su luz verdadera, como la obra de los verdaderos y fieles intérpretes de la legislación de Justiniano?, agregando que, (los Post-Glosadores) no crearon un Derecho Nuevo, siendo los intérpretes de aquellas fuentes y del Derecho en ellas contenido con métodos diversos a los usados por los Glosadores. Estos exégetas admirables, supieron sacar a la luz todo el contenido del Corpus Iuris...<sup>(17)</sup>

<sup>(12)</sup>- HENRY BERR: Prólogo a la obra de FERDINAND LOT: "El fin del mundo antiguo y los comienzos de la Edad Media", pág. XVI, Uteha, México, 1998.

<sup>(13)</sup>- Ibid, Obra y lugar citado.

<sup>(14)</sup>- Ibid, Obra y lugar citado.

<sup>(15)</sup>-Cfr. NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO: "Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua", Pág. 1 Chihuahua, 1999.

<sup>(16)</sup>- PAUL VINOGRADOFF: "Diritto romano nell' Europa medioevale", pág. 1, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>(17)</sup>- SALVATORE RICCOBONO: Prefazione del traduttore alla seconda, edizione., pág. 11 de la ob. cit.



¿Es que no constituye todo esto, la supervivencia de un mismo pensamiento cuyo eje lo constituye el *Corpus Iuris*, sobre el cual las diversas escuelas no han hecho más que recubrir con una pátina, lo que hoy es preciso rasguñar?<sup>(18)</sup>.

ÁNGEL LA TORRE, a propósito de esta "segunda vida del Derecho Romano", nos ha hablado en un fundamental estudio<sup>(19)</sup> de "*la tradición romanística*", expresando el asombro que durante siglos ha producido esta segunda vida del Derecho Romano: Que éste continuase en Bizancio era un hecho lógico y natural; que en Occidente fuese arrastrando una vida lánguida y precaria tampoco sorprende. Lo extraño y significativo es que en torno al año 1100 se produzca un verdadero florecimiento de los estudios romanísticos; que se construya sobre el *Corpus Iuris* los fundamentos de la ciencia jurídica moderna; que el Derecho Romano se extienda por gran parte de Europa arrinconando a los sistemas locales, incluso en países como Alemania que no formaron parte del Imperio Romano, ni fueron herederos de su lengua. Y que ese mismo derecho Romano siga construyendo la fuente principal del saber jurídico a través de los siglos, en los más diversos ambientes, de forma que la ciencia jurídica consta fundamentalmente en base al *Corpus Iuris*.

Este fenómeno es tan complejo, tan rico en matices y derivaciones inesperadas que es difícil trazar incluso sus rasgos más generales.

Parecería, pues, que no existe un medioevo del Derecho, al menos en el mismo sentido en que suele hablarse de un medioevo de la Historia.

Esta tesis -que bien pudiera llamarse la tesis pan-romanista-fue sugerida ya desde 1815 por Savigny en su fundamental "*Historia del Derecho Romano en la Edad Media*", en la cual se demuestra, como ya su título lo indica, la persistencia o supervivencia del Derecho Romano en las partes que quedaron del Imperio luego de las invasiones bárbaras. La tesis fue continuada y desenvuelta por MAX CONRAT en su "*Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im fruheren Mittelalter*", Leipzig, 1889, y, luego, por Bonfante y Vinogradoff, quienes hablan de "dos historias del Derecho Romano"; pero, mientras que para el profesor italiano la primera época se habría desenvuelto en la antigua Roma y la segunda en el mundo medioeval y en la edad moderna, para el profesor de Oxford, la segunda vida del Derecho Romano empieza con "la romanización de las provincias y la barbarización de Roma"<sup>(20)</sup>; "comienza asumir la forma de un cuerpo de normas degeneradas" constituidas por tres Codificaciones surgidas a fines del siglo V y principios del VI: los Edictos de los Reyes Ostrogodos, la *Lex Romana Burgundionum* y el Derecho Romano de los Visigodos, o sea, el "*Breviariurn Alaricianum*", compilado en el año 506 por orden del Rey Alarico II. De estos tres, el último ejerció mayor influjo por haber sido empleado en Francia y en España, en tanto que las otras dos o perdieron su vigor por haber sido destruido el reino ostrogodo por los bizantinos o era el caso de una legislación local como la que regía en Borgoña para los Burgundios"<sup>(21)</sup>.

La tesis que estamos apuntando ha sido recogida por Riccobono en la "*Prefazione del traduttore*" a la obra de Vinogradoff y, luego, en una carta abierta enviada en 1933 al Rector de la Universidad de Roma "para la institución de la cátedra de Derecho Romano Común", afirmando que la enseñanza de este derecho habría mostrado "como el derecho moderno deriva por desenvolvimiento espontáneo del derecho justiniano", agregando que las investigaciones interpolacionísticas habrían demostrado que las bases del llamado Derecho Común se remontan en gran medida y en forma insospechada a la compilación justiniana"<sup>(22)</sup>

La tesis ha sido planteada de modo especial por Paul Koschaker en su fundamental obra "Europa y el Derecho Romano" en la cual bajo el contrapunto de este sugestivo binomio, el profesor austriaco nos habla de una historia de "Juristenrecht" y de "Professorenrecht", de una historia de catedráticos, de jueces, de abogados, de métodos hermenéuticos, de expedientes didácticos, de praxis jurisprudenciales y de recepciones legislativas, formas diversas a través de las cuales se pretende reinsertar el estudio del Derecho Romano en la corriente viva de la ciencia jurídica moderna. Así se estudia el desarrollo del Derecho Romano desde la Edad Media hasta la actualidad, es decir, la faceta europea de la historia de Roma. Una historia del Derecho en la que la idea de Roma se proyecta y desenvuelve a través de Europa<sup>(23)</sup>.

Biondo Biondi, el insigne profesor de la Universidad del Sacro Cuore de Milán y una de las grandes figuras de la ciencia romanística con-temporánea ve en el Derecho Romano algo más que una simple y pasada prescripción legislativa. "Sólo un retorno a los métodos con que laboraban los juristas romanos, sólo una ciencia jurídica concebida como arte de lo justo, puede acabar con la horrenda inflación legislativa, superando al propio tiempo la angustia existencialista que ahoga a los juristas de la hora actual"<sup>(24)</sup>.

Para Biondi, "Derecho Común y Pandectística no representan pues, la reconstrucción, sino, la continuación del Derecho Romano"<sup>(25)</sup>.

"Todas estas trataciones, de la Glosa a la Pandectística, tienen diversos caracteres, pero tienen el mismo punto de partida: el Corpus Iuris"<sup>(26)</sup>

"Aquella perenne vitalidad del Derecho Romano, exaltada también por los poetas, es mérito no solo de los elementos intrínsecos que lo integraban. Debemos a la sabia y paciente obra de los intérpretes que en el curso de los siglos han sabido extraer del Corpus Iuris aquellos elementos jurídicos tan universales que constituyen el summum de la ratio scripta, de tal manera que el Derecho Romano, no cual fue, sino cual se entendió y elaboró por los intérpretes, puede constituir no un derecho cualquiera, sino el Derecho por antonomasia. Es así como después de siglos de verdadera decantación jurídica en que se venía perdiendo cuanto de peculiar tuviera el Derecho Romano, Domat podía considerar los libros jurídicos romanos, no como el espejo de un derecho históricamente determinado y circunscrito, sino como "le dépôt des regles naturelles de l'équité"<sup>(27)</sup>.

En otro de sus estudios, de nombre bastante sintomático, Biondi plantea la "Universalidad y Perennidad de la Jurisprudencia Romana" y dice así: "En el áureo libro "Europa und das römische Recht", al cual los estudios que ofrecemos a la memoria de Koschaker vienen a ser comentario y desarrollo, el insigne autor ha relievado a través de los siglos la ininterrumpida vitalidad del Derecho Romano, capaz de formar una común conciencia jurídica europea. ¿Acaso esta vitalidad se ha ex-tinguido? ¿A qué se ha debido? ¿Sobre las bases romanísticas es posible preconizar la formación no sólo de una conciencia, sino de una ciencia jurídica, no sólo europea sino universal?"<sup>(28)</sup>.

(23).- ÁNGEL LATORRE: "La tradición romanística" en Revista de la Facultad de Derecho, Caracas, 1999, N° 1, pág. 1.

(24).- PAUL VINOGRADOFF, ob. cit., pág. 11.

(25).- VINOGRADOFF, ob. cit., pág. 16, 19. (26).- Ibid., pág. 11.

(27).- Ibid.

(28).- PAUL KOSCHAKER: "Europa y el Derecho Romano", pag. 10, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

(29).- BIONDO BIONDI: "Arte y Ciencia del Derecho"; Prologo de Juan Iglesias, pag. 1, Ediciones Ariel, Barcelona, 1991.

(30).- BIONDO BIONDI: "Prospettive Romanistiche, en sus Scritti Giuridici", t. I, pág. 21, Ed. Giuffrè, Milano, 1981.

(31).- Ibid., pág. 22.

(32).- Ibid., pag. 23.



Tal es la hipótesis de trabajo que se plantea Biondi, la que resuelve en consonancia con su bello y sugestivo título. Pero, además, sobre el tema ha vuelto a insistir en otra de sus obras: "Aspectos universales y perennes del pensamiento jurídico romano"<sup>(29)</sup>.

En fin, el pensamiento de Biondi centrado sobre lo que Koschaker, Wieacker, Wenger y Mitteis han denominado la "Aktualisierung des Römischen Rechts"<sup>(30)</sup> entendida como un "usus modernus pandectarum", postula un "ritorno" a los objetivos y métodos de la ciencia jurídica romana que eran, como el arte de los tiempos clásicos, "esencialmente populares, por emanar del pueblo y dirigirse al pueblo"<sup>(31)</sup>.

Solo así podría solucionarse la presente crisis del Derecho y sobre todo de la ciencia del Derecho Romano que "está en crisis permanente". "¿Es una crisis de la ciencia o en la ciencia, esto es, de la ciencia en sí y de sus métodos? El jurista romano con su latín y su "servus Stíchus", ¿puede decir todavía una palabra a los modernos? El derecho romano con su horizonte limitado, después de 14 siglos de su última codificación ¿está definitivamente muerto y sepultado o puede ser todavía instructivo, en pleno siglo XX, cuando la técnica no entiende de poner límites al ingenio humano?"<sup>(32)</sup>

En materia procesal al menos y en el Derecho de las Obligaciones, gran parte de las soluciones, de los fundamentos y del sistema mismo se remontan al Derecho Romano, de tal modo que el así llamado "Medioevo del Derecho" y la escuelas modernas y contemporáneas, desde los prácticos y los judicialistas hasta los fenomenólogos y la Egología, pasando por la Escuela del Derecho Libre y la "Begriffjurisprudenz" son nada más que una serie de variantes sobre un tema central que sirve de melodía y "leit-motiv" a toda una suerte de combinaciones teóricas, de arreglos sinfónicos y de policromías de variada técnica, de multiforme estilo y de plural ingenio, tantos cuantos sean los hombres y las escuelas que se refirieran a los temas y sistemas abarcados por el Derecho Procesal Romano en sus diversas fases: legis actiones, fórmulas y cognitio extraordinem.

Por eso es que, como dice Biondi Biondi "toda la literatura procesalística desde la Glosa hasta la época de las modernas codificaciones se fundan y recuerdan siempre textos del Corpus Iuris. La materia prima es siempre romana. Accursio no conoce más que el Corpus Iuris y su biblioteca comprende preferentemente libros romanísticos (Hermann Kantorowicz: "Accursio e la sua Biblioteca" en la Rivista di storia del diritto italiano, II, 1929, pág 35 a 62 y 193 a 212)"<sup>(33)</sup>.

Ya Chiovenda había sostenido este principio: "La idea romana es el alma y la vida del proceso civil moderno". "La historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana", "con los años he llegado a una visión más clara y más simple de este fenómeno: la romanidad del proceso civil moderno, examinado en su finalidad, en los medios de prueba y en las formas y en su resultado último: la cosa juzgada"<sup>(34)</sup>.

<sup>(29)</sup>- BIONDI, *Ibid.*, pág. 447 a 473.

<sup>(30)</sup>- FRANZ WIEACKER: "Über Aktualisierung der Ausbildung in römisches Recht", en el volumen de estudios de homenaje: "L'Europa e il diritto romano". Studi in memoria di Paul Koschaker", vol. I, pág. 341, Milano, Giuffrè, 1964.

<sup>(31)</sup>- BIONDI: "Obbietto e metodi della scienza giuridica romana", en "Scritti Giuridici", t. I, pág. 109, y en el vol. "Arte y Ciencia del Derecho", págs. 33 a 40.

<sup>(32)</sup>- BIONDI: "Crisi e sorti dello Studio del diritto romano", en "Scritti Giuridici", t. I, pág. 303.

<sup>(33)</sup>- BIONDI: "Intorno alla romanità del processo civile moderno", en "Scritti Giuridici", t. II, pág. 373.

<sup>(34)</sup>- CHIOVENDA: "La idea romana en el proceso civil moderno" en Ensayos, t. I, pág. 253.

### 3. LA TESIS MEDIOEVALISTA DEL DERECHO Y DEL PROCESO

Contra la opinión planteada por los Romanistas y sus discípulos, re-cuérdese que Chioven- da se formó en la escuela de Scialoja y fue con-discípulo de Bonfante, el gran romanista, con quien compartió la tesis de las dos vidas del derecho romano, se yergue la doctrina de los medioevalistas, para quienes es el Medioevo, la "gran época creadora del Derecho", según la expresión de Savigny, a quien fue el primero cuyo estudio cautivó.

A partir de la famosa "*Historia del Derecho Romano en la Edad Media*" escrita en seis volú- menes por el jefe de la Escuela Histórica, la sugestión ejercida por el Medioevo ha inspirado a notables profesores alemanes, italianos, franceses y españoles a buscar en aquella época y no ya en el Derecho Romano precisamente, las fuentes de nuestro Derecho actual, empezan- do por la similitud existente entre la crisis producida por "*La Decadencia del Mundo Antiguo*" (como así se titula la bella obra de Ludo Moritz Haitmann traducida del alemán al castellano por Margarita Nelken, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1925) y la famosa "*Decadencia de Occidente*", según la trágica y conocida concepción de Oswald Spengler.

### 4. EL MEDIOEVO DEL DERECHO A LA LUZ DE LA HISTORIOLOGÍA

Entiendo a la Historia como la narración objetiva de los hechos y acontecimientos mas im- portantes: así lo entienden "Herodoto, así también Tucídides en su "*Historia de la Guerra del Peloponeso*", así también Jenofonte en su "*Anábasis*", así también Tito Livio en su "*Ab Urbe Condita*", etc.

La Historiología es la reflexión sobre la génesis el ritmo y la decadencia de las culturas y ci- vilizaciones. Así la historiología de Gibbon, de Vico, de Spengler, de Toynbee, de Alvin Toffler, etc.

La Historiografía es la historia de las escuelas, de los libros, de las fuentes y de los profes- ores de historia.

El Historicismo es la reflexión sobre el sentido, comprensión, vivencia y empatía de la his- toria. Así, el historicismo de Dilthey, el historicismo de Croce, el historicismo de Ortega o el de don Mariano Ibérico, el gran maestro de San Marcos, etc.

Así se explica cómo un notable medioevalista francés, el profesor Ferdinand Lot ha podido decir que la caída del mundo antiguo es "*tal vez, el más interesante y el más importante proble- ma de la Historiología Universal*"<sup>(35)</sup>.

<sup>(35)</sup>- FERDINAND LOT: "El fin del mundo antiguo y los comienzos de la edad media", pág. 193, Uteha, México, 1994.



La decadencia del imperio Romano y la tragedia de su lucha obstinada contra el implacable destino es uno de los espectáculos más apasionantes que pueda ofrecerse a las miradas del historiador, del filósofo, del sociólogo, del economista y del jurista, como lo demuestran los maravillosos estudios de San Agustín, Gibbon y Rostovtseff, Ludo Moritz Hartmann, Ferdinand Lot y Henry Pirenne, Alfonso Dopsch, Robert Laotuche, Marc Bloch y Lewin Goldschmidt; y, sobre todo, las apasionantes interpretaciones de la historia de Splenger, Toynbee y Danilevsky y las no menos absorbentes de Walter Schubart y F.S.C. Northrop, que fuera brillante profesor de Derecho y de Filosofía de La Universidad de Yale, entre muchísimas obras más de una imponente y vasta bibliografía que existe sobre el tema.

Así, **San Agustín**: *La ciudad de Dios* (terminada en el 426) (Cfr. “Obras de San Agustín”, edición bilingüe, tomo XVI – XVII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1958 (MCMLVIII)), obra que constituye toda una filosofía de la historia, por su profunda reflexión dialéctica entre la ciudad de los hombres versus la ciudad de Dios, reflexión ésta que la he desarrollado en el tomo II, pag. 138 y passim de esta misma obra; un perfil distinto nos lo dá otra obra clásica, la de **Eduardo Gibbon**: *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano* (1842). **Miguel Rostovtseff**: *Social and economic history of the roman empire* (1926). Ludo **Moritz Hartmann**: *La decadencia del mundo antiguo* (1925). **Ferdinand Lot**: *El fin del mundo antiguo y los comienzos de la Edad Media* (1956). Esta fundamental obra de Lot incide en la “esclerosis” del imperio agonizante (p. 88, 109), cuyo mal tenía, primeramente, un origen político: la insuficiencia de la organización del poder imperial. **“La carga era muy pesada, incluso para las inteligencias lúcidas” y las “voluntades de hierro”**. La esclerosis de este imperio cuya vida se acababa, se manifiesta también por el establecimiento de un régimen de castas voraces que explotaron el imperio hasta el agotamiento, mientras que Roma, la ciudad tentacular, era realmente un pulpo que consumía mucho más que producía... No tenía verdadera actividad industrial. Por lo tanto nada de clase productora. Frente a la miseria ociosa, una riqueza insolente y estéril. A todos estos principios de decadencia se une la “enfermedad religiosa”. El cristianismo, desde el punto de vista político, ha sido un disolvente del Imperio. “Fue perseguido por no dejarse asimilar a la religión pagana, por rechazar el culto al Emperador. Y en este proceso, la sociedad antigua sufrió profundas perturbaciones. Constantino, cuyas iniciativas han inspirado a Ferdinand Lot profundas reflexiones, no hizo más que invertir los términos. ¿Proclamó la tolerancia? En realidad, dio la investidura al cristianismo, aplicó la persecución al paganismo. Golpe de locura o de genio, del que habían de salir bienes y males. En cualquier caso, el resultado inmediato fue que, sostenido por el poder, el cristianismo arrastró al Estado a las luchas teológicas en defensa de una ortodoxia. La crisis interior del imperio se agravó por su triunfo, como ya lo había sido por su desarrollo. Aun sin los bárbaros, el Imperio estaba herido profundamente en su vitalidad. Pero, además, estaban los bárbaros y su acción fue decisiva. “Ellos provocaron el desastre”. Esta “tromba étnica”, estos “imperios nómadas”, destructores de imperios agrícolas, constituyen un fenómeno que no siempre ha sido bien estudiado ni planteado. Según Ferdinand Lot, ya no hay que probar que la “gran invasión” no fue ese torrente devastador que durante largo tiempo se ha supuesto. Sin embargo, la llegada de esas oleadas sucesivas, el establecimiento más o menos brutal, más o menos definitivo de aquellas hordas ávidas e inquietas, de tales huéspedes incómodos que los poseedores del suelo soportaban por prudencia, por cobardía o por resignación cristiana, debía no solamente completar la disolución política y agravar la regresión económica, sino también comprometer la civilización grecorromana.

Los bárbaros, primeramente, se habían romanizado; la Romanía acabó por barbarizarse. Además de la dislocación del imperio de Occidente, la decadencia intelectual fue el resultado inevitable de las invasiones.

Por otra parte, "la filosofía que jamás en Roma fue original, ni estuvo en gran predicamento- y la ciencia que en la Antigüedad fue materialista se sumergieron por el "torrente de religiosidad venido de oriente". La revelación anuló el esfuerzo de la razón griega.

Del crepúsculo de los espíritus esperando que caiga "la noche de la época merovingia" y de la corrupción de las costumbres, en este mundo decadente, Lot traza un vigoroso cuadro. Si ciertos espíritus conmovidos por la doctrina de Cristo, se suavizaban de dulzura y de ternura humanas, otros entre los funcionarios, los cortesanos se entregaban a la dureza, a todos los vicios, y la plebe, en las ciudades, por los espectáculos obscenos, por los juegos del circo o por la pereza se iba envileciendo, atrofiándose. La sangre se retira de la ciudad; la tierra, notémoslo una vez más, atrae hacia ella "todo lo que aún tiene vida en la sociedad".

"Este imperio Romano, cuyo prestigio había fascinado a los bárbaros se mantiene como un marco ideal y no desaparece hasta 1806 con el último emperador romano de nación germánica. La tentativa de Justiniano para rehacer la unidad real alrededor del lago mediterráneo fue vana. Bizancio por otra, parte, no era ya un estado romano y el occidente debía separarse. Bajo dinastías bárbaras mientras que la Europa central es un caos sin nombre y a Inglaterra se la disputan sajones y celtas se constituyen estados romano-germánicos. La Francia de los merovingios es una especie de protoplasma amorfo. La era de las dinastías bárbaras es, para Lot, una era histórica maldita y para las inteligencias, he aquí que llega la noche".

Pero, en esta decadencia, que describe con trazos penetrantes, Lot encuentra los puntales de un enderezamiento futuro que prelude la aurora de un nuevo amanecer y el despertar de una "nueva alma que sustituye a la antigua" (pág. 132).

Así pues, la ruina del Imperio, las invasiones bárbaras, la expansión del Cristianismo, han conducido a una completa transformación de la psicología humana, es decir, a una mentalidad nueva. El mundo exterior es diferente, pero sobre todo, el mundo interior se ha renovado. Hay como una "ruptura de continuidad psicológica" "entre el hombre de los tiempos nuevos y el hombre de los tiempos antiguos ya no habría un pensamiento común". "La mística oriental opera una verdadera transmutación de los valores". "La transformación es tan prodigiosa como si el durmiente despertado viese brillar otros cirios sobre sus cabezas. El Triunfo del Cristianismo, dice Lot, "revolviendo la psicología de los hombres, ha abierto un abismo entre nosotros y la Antigüedad. Cfr., además, **Henry Pirenne**: "Historia Económica y social de la Edad Media", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1961, obra que empieza sosteniendo, como tesis, lo siguiente: "Para comprender el renacimiento económico que tuvo lugar en la Europa Occidental a partir del siglo XI es preciso examinar el período anterior: ruptura del equilibrio económico de la Antigüedad.

Consultar, además: **HENRY PÍRENNE**: "Historia de Europa. Desde las invasiones al siglo XVI", editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1963. **Henry Pirenne**: "Mahoma y Carlomagno", obra fundamental del gran maestro de Gante, escrita poco antes de su fallecimiento en 1935 al cumplir sus 73 años el medioevalista belga. Véase una magnífica síntesis de su pensamiento en el estudio de **Henry Laurent**: "Les travaux de Monsier Henry Pirenne sur la fin du monde antique et les debuts du Moyen Age". 1932. **Alfonso Dopsch**: "Fundamentos económicos y sociales de la cultura europea desde la época de César hasta Carlo Magno (Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europaischen Kulturentwicklung aus der Zeit von Caesar bis auf Karl dem Grossen)", Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1951, obra fundamental cuya tesis central es la de que no hubo un brutal choque dialéctico entre Romanismo y Germanismo, sino,

una síntesis sin solución de continuidad: "Sostenemos que no hay tal base del romanismo al germanismo. Los germanos convivían hacia mucho tiempo ya con los romanos (Prólogo a la 1ª edición, pág. 10). La Lex Romana Visigothorum y la Lex Romana Burgundionum son una prueba jurídica de esta compenetración social y cultural. Véase asimismo: **Robert Latouche**: "Orígenes de la Economía Occidental (siglos IV-VI)". Uteha, México, 1957 cuyas primeras palabras de Introducción plantean ya la tesis. "Investigar los orígenes de la economía medioeval en Occidente es tanto como evocar en su aspecto más tangible el problema frecuentemente planteado, pero nunca resuelto, del tránsito de la Antigüedad a la Edad Media, problema que los historiadores alemanes contemporáneos se complacen en designar con expresión tomada de la lengua francesa: la "Kontinuitat". En verdad resulta muy seria la dificultad con que se enfrenta aquel que pretende por cuenta propia y después de un Henri Pirenne, de un Ferdinand Lot y de un Alfons Dopsch, emprender el examen de un asunto tan complejo. Y agrega: "la misma noción de Edad Media está a punto de desmoronarse o, cuando menos, de modificarse. La inclusión de ese extenso período entre la Antigüedad y los tiempos modernos se debe a la imaginación de los eruditos del siglo XVII, y sus fronteras ideológicas no han sido determinadas oficialmente hasta el 1838. Menos de un siglo después de esta consagración por los Programas de Enseñanza Pública un libro sensacional, aunque póstumo, de Henri Pirenne, *Mahomet et Charlemagne*, volvió a poner en tela de juicio. si no el concepto de Edad Media, sí, al menos, sus límites cronológicos. Ante los esfuerzos conjugados de una crítica corrosiva, que quizás acabará destruyendo hasta la idea de una Edad Media, nuestro objetivo será circunspecto al señalar la evolución de la vida económica en la Europa occidental durante el período que desembocó en el siglo XI, en el gran siglo XI, como lo llamaba Joseph Bédier". Véase, además, **Marc Bloch**: *La sociedad feudal. Las clases y el gobierno de los hombres*, 1958; en fin, la insuperable *Historia del Derecho Comercial* de **Lewin Goldschmidt**: *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1891. Vid., referencias en **Asquini**: "Una svolta storica del Diritto Commerciale" en *Scritti giuridici*, 1962. **Ascarelli**: *Iniciación al estudio de Derecho Mercantil*, 1962. Felipe de Sola y Caziñares: *Tratado de Derecho Comercial comparado*, 1963. Francesco Galgano: *Storia del Diritto Commerciale*, 1980. **Carlo Augusto Cannata** y **Antonio Gámbaro**: "Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal Medioevo all'epoca contemporanea", Cuarta edizione, G. Giappichelli editore, Torino, 1989; **Manlio Bellomo**: "L'Europa del Diritto Comune", Il Cigno Galileo Galilei edizioni di arte e scienza, Roma, 1989; **Paul Rehme**: "Historia Universal del Derecho Mercantil", editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941; **Toynbee**: *Estudio de la Historia*, t. IV ("Los colapsos de las civilizaciones"), en donde criticando la tesis de Rostovtseff, dice "la explicación económica de la decadencia del mundo antiguo tiene que rechazarse por completo... La simplificación económica de la vida antigua no fue la causa de lo que llamamos la declinación del mundo antiguo (tiene que rechazarse por completo) sino uno de los aspectos del fenómeno más general"; este fenómeno más general fue "el fracaso de la administración y de la ruina de la clase media". Criticando la tesis de Eduardo Gibbon dice: "Se ha defendido ampliamente la idea de que las civilizaciones, como las sociedades primitivas, pierden sus vidas como resultado de asaltos sucesivos sobre ellas por parte de las potencias externas, y una exposición clásica de esto la da Eduardo Gibbon en *La historia de la declinación y caída del Imperio Romano*". El tema aparece en la frase con que Gibbon resume su historia retrospectivamente: "he descrito el triunfo de la Barbarie y la Religión". La sociedad helénica, encarnada en un Imperio Romano que se hallaba en su cénit en la época de los Antoninos, es representada como vencida por un asalto simultáneo de dos enemigos aliados que atacan en dos frentes diferentes: los bárbaros nordeuropeos saliendo de la "tierra de nadie", más allá del Danubio y del Rhin, y la Iglesia Cristiana emergiendo de las provincias orientales subyugadas, pero nunca asimiladas. Dice Toynbee que "el campo inteligible del estudio histórico que preocupa a Gibbon no es el Imperio Romano, sino la civilización helénica, de cuya desintegración muy avan-



zada el Imperio Romano mismo era un síntoma monumental. Cuando se tiene en cuenta toda la historia, la rápida declinación del Imperio después de la Edad Antonina, no parece en absoluto sorprendente. Por el contrario, lo habría sido el Imperio Romano si hubiera durado; pues este imperio estaba ya condenado a muerte antes de que fuera establecido. Estaba condenado porque sí, el establecimiento de este Estado Universal no era más que una reanimación que podía retardar, pero no detener permanentemente, la ruina ya irreparable de la sociedad helénica". Esta tesis de Gibbon, la del "triunfo de la Barbarie y de la Religión", dice Toynbee, no era el argumento del colapso sino el epílogo, no la causa del colapso, sino solo un inevitable acompañamiento de una disolución en que había de terminar el largo proceso de desintegración que empieza, según Toynbee, en los "tiempos revueltos" intercalados entre el colapso de Pericles y la vivificación de Augusto. "En realidad si GIBBON hubiera retrotraído su indagación al verdadero comienzo de la tragedia, habría tenido que dar un veredicto diferente. Habría debido informar que la sociedad helénica fue una suicida que intentó, cuando estaba desahuciada, evitar las consecuencias fatales de su ataque contra sí misma, y que eventualmente recibió un coup de grace de sus propios males dirigidos y extraviados en una época en que la revivificación de Augusto había dado lugar a una recaída en el siglo III y el paciente se estaba realmente muriendo de los efectos de sus heridas autoinfligidas. En estas circunstancias, el magistrado historiador no concentraría su atención sobre el epílogo, sino que trataría de determinar exactamente cuándo y cómo había comenzado el acto de suicidio. Al buscar una fecha probablemente dirigiría su atención al estallido de la guerra del Peloponeso en 431 a. de C., una catástrofe social, que hablando por boca de uno de los personajes de su trágico drama denunció Tucídides en este tiempo como 'un comienzo de grandes males para la Hélade'. En cualquier caso declararían que el golpe mortal fue dado seiscientos años antes de lo que suponía Gibbon, y que la mano que lo dio fue de la misma víctima". Para Toynbee, pues, "la causa de los colapsos de las civilizaciones no se ha de encontrar en la pérdida del dominio sobre el contorno humano, en cuanto medido por la intrusión de fuerzas extranjeras en la vida de una sociedad cuyo colapso podemos estar investigando. En todos los casos examinados, lo más que ha realizado un enemigo extranjero ha sido dar su coup de grace a un suicida expirante". Contra la doctrina de Spengler, sostiene Toynbee que "declarar dogmáticamente que toda sociedad tiene un tiempo de vida predestinado es tan absurdo como sería declarar que toda pieza dramática está obligada a tener un número determinado de actos. Podemos desear la teoría de que los colapsos ocurren cuando las civilizaciones se acercan al final de su tiempo de vida, porque las civilizaciones son entidades de una clase que no está sometida a las leyes de la biología". Algo semejante puede decirse de aquella solución determinista que, inspirándose en la filosofía de Lucrecio, explica la decadencia de las civilizaciones como el efecto incidental e inevitable de un ataque general de "senectud cósmica". Tal es el planteamiento de uno de los grandes Padres de la Iglesia Occidental, San Cipriano, quien decía: "Debéis saber que esta época es ahora senil. No tiene ahora la energía que solía mantenerla en pie, ni el vigor y robustez que solían hacerla fuerte... Esta es la sentencia que se ha pronunciado sobre el mundo, esta es la ley de Dios; lo que ha sido tiene que morir y lo que ha crecido tiene que envejecer". ¿Cuál es la solución de Toynbee? "Nuestra indagación sobre la causa de los colapsos de las civilizaciones nos ha llevado, hasta ahora, a una sucesión de conclusiones negativas. Hemos descubierto que estos colapsos no son actos de Dios, al menos en el sentido que los jurisperitos asignan a esta frase; tampoco son vanas repeticiones de leyes de la naturaleza carentes de sentido.



"Hemos encontrado también que no podemos atribuirlos a una pérdida de dominio sobre el contorno, sea físico sea humano; tampoco son debidos a fracasos en las técnicas industriales o artísticas ni a asaltos homicidas de adversarios extranjeros"... ¿Cuál es la debilidad que expone una civilización en crecimiento al riesgo de tropezar y caer en mitad de su carrera y perder su élan prometeico?

La debilidad tiene que ser radical y, del mismo modo que en la génesis de las civilizaciones los "pioneros" tienen fuerzas superiores para superar la adversidad del contorno, caso de los primitivos volscos y latinos para transformar un gris erial y estéril y un verdoso pantano palúdico en aquella "campiña romana" que admiraba Tito Livio para reaccionar exitosamente ante "el estímulo de los golpes", caso de la guerra contra los etruscos y contra los galos. "Las historias de los fracasados rivales de Roma muestran cómo una derrota aplastante incita a una comunidad a una actividad mejor dirigida". "El estímulo de los golpes encuentra su ejemplo más evidente en las reacciones de los desastres militares"; en cambio, cuando se atrofian estas que Toynbee denomina "las virtudes de la adversidad", cuando se pierde el sentido dinámico del ritmo, ese "ritmo alterno de pausa y movimiento" que Toynbee denomina el Yin y el Yang, por el cual las minorías dominantes pierden su poder creador y dominante sobre los proletariados internos que antaño los seguían e imitaban; cuando sobreviene un "cisma en el alma" en sus diversas modalidades, sea por desertión como el caso de aquellos seudogobernantes como el hijo y el sucesor de Marco Aurelio, Cómodo, que nos depara el espectáculo de un desertor imperial que apenas hace un esfuerzo por soportar la carga de su herencia. Nacido para ser emperador, prefiere divertirse como gladiador aficionado, sea por estar a la deriva, sea por el sentido de la promiscuidad que se manifiesta: a) por la vulgaridad y barbarie en los modales, por los cuales la minoría dominante se manifiesta inclinada a la "proletarización" y adopta las vulgaridades del proletariado interno y la barbarie del externo hasta que en la etapa final de la disolución su modo de vida ha llegado a hacerse indistinguible de ellos; b) vulgaridad y barbarie en el arte; c) "lingue Franche", es decir promiscuidad y vulgaridad en el lenguaje; d) sincretismo en la religión, es decir, amalgama de ritos, cultos y creencias; e) cuius regio eius religio (el gobernante determina la religión), etc. Así, las luminosas explicaciones de Arnold Toynbee sobre el colapso de las civilizaciones nos dan el mejor aparato doctrinario y el mejor sistema historiográfico logrado en Occidente para la interpretación de la Historia Universal. Véase una magnífica síntesis del pensamiento de Arnold Toynbee en el Compendio de los volúmenes I al VI del Estudio de la Historia, por D.C. Somervell, 1952. Confróntese, además, J. A. Silva Vallejo: *Introducción a la Filosofía* (Chiclayo, 1965), p. 58 a 65, 50 y *passim*.

"Entre un mundo que muere y otro que nace se inserta siempre un período vacío. Este período es, a la vez, tumba y cuna. Crisis económicas, revoluciones sociales, guerras políticas, desapariciones de Estados, disoluciones de imperios, aparición de nuevos pueblos y de nuevas potencias, inestabilidad general, confusión de espíritus y trastornos de todas clases: he aquí de lo que están llenos hasta el borde esos períodos hueros. También se ve cómo la curva de la civilización desciende y reaparece la barbarie". Con estas palabras de Gonzague de Reynold,<sup>(36)</sup> se tipifica la Edad Media: nombre y designación esta, que si bien es reveladora de una mentalidad sombría y de un estado de espíritu perplejo y doloroso, traduce muy bien el desprecio que reformadores, sabios y artistas experimentaron hacia esos siglos intermedios entre la Antigüedad y su Renacimiento. Los primeros no veían en ella sino un largo período de deformación sistemática del cristianismo primitivo, de obliteración creciente del ideal evangélico. Los otros, la calificaron de "sombria", de "oscura" o, en Italia, de "gótica" ("la noche gótica"), considerándola como una época opaca, peor aún, como una edad de barbarie y decadencia.<sup>(37)</sup>

Con Herder en Alemania, Burke en Inglaterra y J. de Maistre en Francia, esta actitud cambia. Filósofos, estetas, historiadores, economistas y juristas, en fin, descubren la Edad Media.<sup>(38)</sup>

Los estudios se suceden y reconstruyen poco a poco su verdadero carácter, confiriéndole su lugar exacto en la evolución histórica. Nadie equipara hoy ya a la Edad Media como un período uniformemente sombrío y ni siquiera como una simple época de transición. Por el contrario, se está de acuerdo cada vez más en ver en ella “una primera edad”,<sup>(39)</sup> “una época creadora”. “*Il medio evo è pur esso un’epoca creatrice*”<sup>(40)</sup> del Derecho Procesal<sup>(41)</sup> y Comercial<sup>(42)</sup>; de nuestra economía<sup>(43)</sup>, de nuestra alma<sup>(44)</sup>, de nuestra sociedad<sup>(45)</sup>, de nuestra civilización<sup>(46)</sup> y aún de nuestras crisis actuales<sup>(47)</sup>.

<sup>(36)</sup>- GONZAGUE DE REYNOLD: La formation de l’Europe. I. Qu’est ce que l’Europe, p. 35, Friburgo de Suiza, 1994.

<sup>(37)</sup>- LEOPOLD GENICOT: El espíritu de la Edad Media, Introducción, p. 17, Editorial Noguer, Barcelona-Madrid-México, 1963.

<sup>(38)</sup>- ETTIENE GILSON: La philosophie au moyen age, 3ª ed. París, 1947. EMILE BREHIER: La filosofía en la Edad Media, Uteha, México, 1997; PIERRE BRUNET Y GUY BEAUJOUAN: La ciencia en la Edad Media, Uteha, México. R. SCHNEIDER Y G. COHEN: La formación del genio moderno en el arte de Occidente, Uteha, México, Cfr. Las obras de MARC BLOCH, HENRY PIRENNE y ALFONS DOPSH.

<sup>(39)</sup>- LEOPOLD GENICOT: El espíritu de la Edad Media, cit. p. 17.

<sup>(40)</sup>- SAVIGNY: Storia del Diritto Romano nel medioevo, traducción Italiana de Emmanuele Bollati, vol. I, p. 3, Turín, 1954, nueva reimpression por Multigrafica Editrice, Roma, 1972.

<sup>(41)</sup>- “El derecho procesal se debe sustancialmente a Bolonia, lo mismo que el Derecho Civil a Roma”. CHIOVENDA: “La acción en el sistema de los derechos” en Ensayos de Derecho Procesal Civil, tomo I, p. 4, Ejea, Buenos Aires, 1969.

<sup>(42)</sup>- “En la Edad Media es cuando el Derecho Comercial aparece y se afirma como un Derecho autónomo”, ALFREDO ROCCO: Principios de Derecho Mercantil, p. 9, Editora Nacional, México, 1960.

<sup>(43)</sup>- HENRY PIRENNE, después de refutar las objeciones contra la existencia del capitalismo medioeval (p. 129), nos dice: “nuestras fuentes, por deficientes que sean, no nos permiten dudar de que el capitalismo se afirmó desde el siglo XII” (p. 129). En otra parte nos dice: “El comercio medioeval se desarrolló desde sus orígenes no bajo la influencia del comercio local sino bajo la del comercio de exportación. Sólo él hizo surgir esta clase mercaderes profesionales, que fueron el instrumento esencial de la transformación económica de los siglos XI y XII” (p. 166); HENRY PIRENNE: Historia económica y social de la Edad Media, Fondo de Cultura Económica, México, 1961. Cfr. también, H. PIRENNE: Les villes du Moyen age. Essai d’histoire économique et social, Bruselas, 1927. H. LAURENT: Les travaux de Monsieur Henry Pirenne sur le fin du monde antique et les debuts du Moyen Age, 1932. ROBERT LA TOUCH: El apogeo del Capitalismo, Fondo de Cultura Económica, México, 1966; precisando el concepto del capitalismo moderno ante el capitalismo medieval y del mundo antiguo, véase, MAX WEBER: La ética protestante y el espíritu del capitalismo, p. 43, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992. FRANZ BRENTANO: Die Anfänge des moderne Kapitalismus, especialmente el capítulo consagrado a la génesis del capitalismo, t. I, p. 393 y ss.

<sup>(44)</sup>- Nuestra alma es esencialmente “fáustica” y en esto se distingue de la grecorromana que era un “alma apolínea”. Véase sobre la distinción entre lo “fáustico” y lo “apolíneo”: SPENGLER, La decadencia de Occidente, t. I Capítulo III Ap. II, p. 264 y ss., Espasa Calpe Argentina, 1992.

<sup>(45)</sup>- Siguiendo en lo esencial a TOYNBEE, para quien “las unidades inelégibles del estudio histórico no son las naciones o los períodos históricos sino las sociedades” nos encontramos con que la sociedad actual a la que pertenecemos —la sociedad occidental— tiene su aproximada época de nacimiento “durante el profundo sueño del interregno (circa 375-475) que corrió entre la caída del Imperio Romano y el gradual surgimiento del caos, de nuestra Sociedad Occidental, durante el cual, se arrancó una costilla del costado de la más antigua sociedad grecorromana y se la convirtió en la columna vertebral de una nueva criatura...” Esta nueva criatura es filial de la Sociedad Helénica y de unos “Tiempos Revueitos” que “arrancan por lo menos desde la segunda Guerra Púnica, en los que la Sociedad Helénica no era ya creadora y se hallaba evidentemente en declinación, una declinación que el establecimiento del Imperio Romano detuvo durante algún tiempo, pero que demostró al fin ser el síntoma de una enfermedad incurable que destruyó a la Sociedad Helénica y al Imperio Romano con ella. A su vez la caída del Imperio Romano fue seguida por una especie de interregno entre la desaparición de la Sociedad Helénica y el surgimiento de la Sociedad Occidental. Este interregno está ocupado por las actividades de dos instituciones: la Iglesia Cristiana establecida dentro del Imperio Romano y que lo sobrevivió, y determinado número de efímeros Estados sucesores que surgieron de la llamada volkerwanderung de los bárbaros desde la “tierra de nadie” más allá de las fronteras imperiales. Cfr. TOYNBEE, Estudio de la historia, compendio de los volúmenes I-VI, p. 79 y ss., 27, 30. Emecé Editores, Bs. Aires, 1952.

<sup>(46)</sup>- En la fundamental concepción de TOYNBEE sobre la génesis, análisis del crecimiento, colapso y desintegración de las civilizaciones se puede encontrar una genial y maravillosa demostración de los postulados implícitos de nuestra tesis; igualmente, en la distinción de SPENGLER, entre la “cultura” y “civilización” (t. I, p. 48 y ss.), entre “griegos y romanos, los griegos tienen alma; los romanos intelecto. Así se diferencian la cultura y la civilización (p. 49); sobre la crisis y decadencia de la civilización es el inevitable sino de toda cultura. Civilización es el extremo y más artificioso estado a que puede llegar una especie superior de hombres. Es un remate; subsigue a la acción creadora como lo ya creado, lo ya hecho, lo ya vida como la muerte, a la evolución como el anquilosamiento, a la infancia de las almas, como la decrepitud espiritual al campo como la urbe mundial, petrificada y petrificante. Es un final irrevocable... Solo así puede comprenderse a los romanos, en cuanto sucesores de los griegos” (p. 48, 49). “El tránsito de la cultura a la civilización se lleva a cabo en la antigüedad hacia el siglo IV; en el Occidente, hacia el siglo XIX...” (p. 49).

<sup>(47)</sup>- Cfr., para un repaso general, PITIRIM SOROKIN: Las filosofías sociales de nuestra época de crisis (Schweitzer, Danilewsky, Northrop, Berdiaeff, Kroeber, Spengler, Schubart, Toynbee), Ed. Aguilar, Madrid, 1960.



Incluso, los aspectos más saltantes de nuestra época aparecen como destañidos y descoloridos en comparación con los que caracterizaron en su momento al Medioevo, del cual arrancan y cobran vida: “Cuando el mundo era medio milenio más joven —dice Johan Huizinga—, tenían todos los sucesos formas externas mucho más pronunciadas que ahora. Entre el dolor y la alegría, entre la desgracia y la dicha, parecía la distancia mayor de lo que nos parece a nosotros. Todas las experiencias de la vida conservan ese grado de espontaneidad y ese carácter absoluto que la alegría y el dolor tienen aún hoy en el espíritu del niño. Todo acontecimiento, todo acto, estaba rodeado de precisas y expresivas formas, estaba inserto en un estilo vital rígido, pero elevado. Las grandes contingencias de la vida —el nacimiento, el matrimonio, la muerte— tomaban en un sacramento respectivo el brillo de un misterio divino. Pero también los pequeños sucesos —un viaje, un trabajo, una visita— iban acompañados de mil bendiciones, ceremonias, sentencias y formalidades”.

Yo diría que no sólo es en “el otoño de la Edad Media” —según la tesis de Huizinga— donde hay que ver estas manifestaciones que han empalidecido nuestros tiempos deshacedores de contrastes bajo el signo de nuevas inquietudes y de “rebeliones de las masas”.

Es desde antes del “otoño”, desde los tiempos aurales del Medioevo que se repiten y parangonan con las de hoy las situaciones de encrucijada y de transtornos coyunturales, de “cismas en el alma” y de “tiempos revueltos”. Pero, aparte del paralelo socio-histórico y geopolítico (los mismos problemas explosivos, la misma ansia vital de *lebensraum* de los pueblos, las mismas tensiones por el *hinterland*, las mismas actitudes de la *mitteleuropa*), en lo económico se repiten los problemas de la ciudad y en el campo bajo el nuevo prisma de subdesarrollo, el mercado común y el “tercer mundo”, en tanto que, en lo espiritual, hay una suerte de similares desadaptaciones de la “inteligencia”.

## 5. LA CUESTIÓN DEL DERECHO “VULGAR” A LA LUZ DE LA HISTORIOGRAFÍA ROMANISTA

Debemos a las fundamentales investigaciones de Brunner, Ludwig Mitteis, Sohm, Calasso, Besta, Solmi, Tamassia y Brandileone la tesis de que la popularización o vulgarización del Derecho Romano durante el Medioevo es, en realidad, “un producto nuevo”, similar a la formación de las lenguas romances o a la creación de las nacionalidades.

Este “producto nuevo” es, según el pensamiento del germanista Heinrich Brunner, una “degeneración” del Derecho Romano puro, un Derecho Romano “vulgar”, coincidente con el fenómeno ya investigado por la filología,<sup>(48)</sup> de la formación y de la creación del latín vulgar y de las lenguas romances.<sup>(49)</sup> El profesor FRANZ WIEACKER ha sostenido, por ello, la tesis de un “vulgarismus” estilístico, expresivo y sintomático de una degeneración o de un colapso jurídico.<sup>(50)</sup> De allí el interés del profesor Wieacker para el estudio del Derecho Vulgar o Vulgarrecht que ha desarrollado brillantemente en dos hermosos estudios: “Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike”, estudio publicado en los *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. terzo, p. 115-138, 1956 y su *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike* (1955). Pero además el profesor Wieacker escribió su *Römische Rechtsgeschichte* (1988) y su fundamental *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (1957), entre otros estudios fundamentales.

El tema del Derecho Romano-Vulgar constituye en nuestros días una de las más altas reflexiones de la romanística contemporánea. El tema lo planteó en 1880 el profesor **HEINRICH BRUNNER (1840-1915)**, uno de los más notables historiadores del Derecho Germánico, profesor en Praga (1870), Strasburgo (1872-73) y en Berlín (1873-1915), en su libro *Historia jurídica del documento en el Derecho Romano y Germánico (Zur Rechtsgechichte der Römischen und germanischen Urkunden)*. Brunner llama “Derecho Romano vulgar” (*Römisches Vulgarrecht*) o “Derecho Popular” (*Volksrecht*) a este Derecho medieval “que debe su nacimiento a la participación inmediata del pueblo en la jurisprudencia y en la producción jurídica”. En su obra “*Historia jurídica del documento romano y germánico*”, publicada en 1880, el profesor Heinrich Brunner designó con la expresión “Derecho Romano Vulgar” (*Römisches Vulgarrecht*) al Derecho Romano corrompido que llegó a regir en las provincias del imperio romano decadente : decadencia política, decadencia jurídica, decadencia lingüística, decadencia estilística, decadencia del espíritu y del genio romano.

Luego, en 1881, el profesor **LUDWIG MITTEIS**, en su famoso libro *Derecho imperial y Derecho popular en las provincias del Imperio Romano (Reichsrecht und Volksrecht in den Oestlichen Provinzen des römischen Kaisserreichs, Leipzig, 1881)*, recogió el concepto de Brunner, contraponiendo el concepto de “Derecho vulgar” al de “Derecho popular” planteada en su famoso libro.<sup>(51)</sup>

A similares conclusiones llegó el profesor **RUDOLPH SOHM**, quien nos habla de un Derecho Romano<sup>(52)</sup> “desfigurado y mutilado” por las leyes bárbaras y por el Derecho Germánico; en tanto que el profesor **ENRICO BESTA**, rechazando esta concepción precedente, dice: “para mí el Derecho Vulgar ya regía bajo el Imperio Romano, aislado como un substrato. Lo llamé ‘itálico’ para distinguirlo del ‘romano’”.<sup>(53)</sup>

Había, pues, nacido este derecho “vulgar” en contraposición a una legislación imperial implantada por la supremacía de las clases dominantes romanas.

<sup>(48)</sup>- Véase al respecto **RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL**, Manual de Gramática histórica española, Editorial Bosch, Barcelona, 1968.

<sup>(49)</sup>- **RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL**: El idioma español en sus primeros tiempos, colección Austral, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1961; **RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL**: Poesía juglaresca y juglares. Aspectos de la Historia literaria y cultural de España”, colección Austral, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1968; **RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL**: De primitiva lírica española y antigua épica”, colección Austral, Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1971.

<sup>(50)</sup>- **FRANZ WIEACKER**: Vulgarismus und klassizismus im Recht der Spätantike (Vulgarismo y Clasicismo en el Derecho de la tardía antigüedad), 1965.

<sup>(51)</sup>- **BRUNNER**: Historia del Derecho Germánico, p. 27-28 Ed. Labor, Barcelona 1906. Véase además; H. **BRUNNER**: Zur Rechtsgechichte der Römischen und germanischen Urkunden, 1909, I. 11; es, también, la tesis de **MITTEIS**: Reichsrecht und Volksrecht in den Oestlichen Provinzen des roemischen Kaisserreichs, 1881, p. 3, y 55.

<sup>(52)</sup>- **SOHM-MITTEIS-WENGER**: Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y sistema, p. 116, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1906.

<sup>(53)</sup>- **ENRICO BESTA**: Avviamento allo Studio della storia del Diritto italiano, p. 61; Milán, Giuffrè, 1906. Esta tesis la planteó el prof. BESTA en su Prolusión de Palermo de 1906 titulada “La persistenza del Diritto volgare itálico nel medioevo”, publicada en la Riv. di. Legisaz comparata, 1906.



Pero quien consagró, a nivel mundial, el término “*Vulgarrecht*” fue **ERNST LEVY**, profesor en Heidelberg, en el congreso de Oslo de 1928, para luego desarrollarlo en su famosa obra de 1951 titulada *Derecho Romano Vulgar en Occidente (West Roman Vulgar Law. The Law of Property)*, 1951, investigación proseguida luego en su *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956; luego, el profesor **MAX KASER** lo explicó con gran claridad en su estudio “el Derecho Romano Vulgar tardío”, publicado en el *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo XXX, pag. 617 a 630, Madrid, 1960. Y el profesor **FRANZ WIEACKER** en sus brillantes estudios nos ha hablado de un *vulgarismus estilístico*, de un *stilhatung*, lo que significa una **actitud intelectual que no se limita al ámbito jurídico, sino que abarca también el fenómeno lingüístico, estilístico, artístico, político y religioso**, etc.<sup>(54)</sup> Es necesario concordar estas ideas con la historiología de Toynbee, a propósito de su doctrina de los “tiempos revueltos”, de la “lingüe franche” y del “colapso de las civilizaciones” en su Estudio de la Historia, así como de lo que ha sostenido el profesor **FERDINAND LOT** en su clásica obra “El fin del mundo antiguo y los comienzos de la edad media” “*La caída del Mundo Antiguo es tal vez el más interesante y el más importante problema de la historia universal. Es el mayor problema de la historia*”. Esta fundamental obra de Lot incide en la “esclerosis” del Imperio agonizante cuyo mal tenía, primeramente, un origen político: la insuficiencia de la organización del poder imperial. La carga era muy pesada, incluso para las inteligencias lúcidas y las voluntades de hierro. La esclerosis de este imperio cuya vida se acababa, se manifiesta también por el establecimiento de un régimen de castas voraces que explotaron el imperio hasta el agotamiento, mientras que Roma, la ciudad tentacular era, realmente, un pulpo que consumía mucho más de lo que producía. No tenía verdadera actividad industrial, por lo tanto, nada de clase productora, frente a la miseria ociosa, una riqueza insolente y estéril.

Esta cuestión historiológica tuvo el mérito de crear una nueva conciencia crítica que nos ha permitido a los estudiosos de la Historia penetrar con nuevas luces en aquella zona brumosa, en aquella fantasmagoría de sombras chinescas y de contornos esfumantes que es el Alto Medioevo. En todo caso, abre una tercera posibilidad al dilema irreductible al que nos había llevado Schupfer, el más grande de los historiadores jurídicos italianos de la vieja generación, según dice Calasso,<sup>(55)</sup> al reducir en términos dramáticos toda la concepción del Alto Medioevo como un contraste de elementos dominados desde el centro por la “lucha acérrima y tenaz” entre el Derecho Romano y el Derecho Germánico.<sup>(56)</sup>

En efecto, después de enjuiciar los planteamientos de Nino Tamassia, Arrigo Solmi y Francesco Brandileone, el último de los cuales plantea “una crítica disolvente”, el profesor Calasso sostiene, parafraseando a Brunner, que así como junto al latín escrito, exaltado por los antiguos clásicos como un paradigma insuperable, como el *exemplar aeternum* de la inspiración literaria, existió un latín vulgar; así también coexistió junto al Derecho imperial u oficial, un Derecho desarrollado en la práctica, como un Derecho vulgar.

<sup>(54)</sup>. **FRANZ WIEACKER**, “Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike”, estudio publicado en los *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. terzo, p. 105-108, Milán, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1960; Id.: *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, 1961.

<sup>(55)</sup>. **CALASSO**: *Introduzione al Diritto comune*, p. 17, Milán, Giuffrè, 1961.

<sup>(56)</sup>. **FRANCESCO SCHUPFER**: *Il Diritto delle Obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, p. IX, Turin, 1961.

“Pero este Derecho nacido de la experiencia cotidiana y consolidado en la praxis de los tribunales no debe ser considerado —bajo la sugestión del superado concepto del “latín vulgar”— como una deformación o degeneración del Derecho oficial, sino que debe ser concebido simple y plenamente como un Derecho vivo, aquel Derecho que nació en los tiempos de carencia del poder público, de inoperatividad de la jurisprudencia, cuando el pretor no siguió más la costumbre y todas las fuentes del Derecho estaban concentradas en las manos de un príncipe lejano y extraño. Aquel Derecho nacía del impulso mismo de la vida y no fue ni degeneración ni corrupción, sino la vida misma del Derecho que, superando una legalidad rígida y estática, se manifestó en formas espontáneas, adecuadas y en consonancia con los nuevos tiempos.<sup>(57)</sup>

Llegado a este punto debo llamar la atención sobre la secularización de la voz *Vulgarrecht* o “Derecho vulgar” gracias a la fundamental conferencia del profesor **ERNST LEVY** en el Congreso de Oslo de 1928, titulada “Occidente y Oriente en la evolución post-clásica del Derecho Romano”. El profesor **ERNST LEVY** nació en Berlín en 1881 y fue profesor en Heidelberg y, luego, durante la guerra, enseñó en Seattle (Estados Unidos). Las investigaciones del profesor Levy se plasmaron en dos libros decisivos: *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, 1951 y *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956. La tesis del profesor Levy constituye una concepción romántica según la cual el Derecho vulgar era una emanación del alma popular en tanto que fue una práctica de la vida cotidiana, manifestada en los tribunales y en los documentos privados.

Ahora bien; el concepto de Derecho vulgar ha sido fuente de discordia entre los romanistas. Así, para algunos, era un Derecho menos culto, cuya finalidad era la de satisfacer las necesidades prácticas para adaptarse a las nuevas circunstancias de la vida. Era un Derecho adulterado, mas no “degenerado”, como decía Mitteis. Era un Derecho vivo, creador de soluciones nuevas, que muchas veces acabó por imponerse al Derecho oficial. Era la reacción instintiva de los prácticos a los sistemas, siempre complicados, de los grandes juristas. Así piensan los maestros Ernst Levy, Francesco Calasso, Franz Wieacker, en sus libros citados. Como ya lo he dicho, este último maestro habla de un vulgarismus estilístico, de un Stilhatung, de una actitud intelectual, que no se limitaba meramente al ámbito jurídico sino que abrazaba, también, el lenguaje, el estilo, el arte y la religión.

Esta es la tesis, también, del notable maestro de Coimbra, el profesor **GUILHERME BRAGA DA CRUZ**, para quien el tema es apasionante y seductor y reviste una importancia extraordinaria para comprender la línea evolutiva del Derecho Romano post-clásico y la influencia ejercitada en la elaboración de los sistemas jurídicos de la Alta Edad Media. Por su índole y naturaleza, el tema se presta a una colaboración íntima de los romanistas con los historiadores del Derecho Medieval y para la historiología de la legislación visigótica y burgundia.<sup>(58)</sup>

<sup>(57)</sup>- CALASSO: *Medioevo del diritto*, p. 49 Milán, Giuffrè, 1934. Véase además, del mismo CALASSO: “Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune” en el vol. *Introduzione al Diritto comune*, p. 300-332, Milán, Giuffrè, 1931.

<sup>(58)</sup>- **GUILHERME BRAGA DA CRUZ**: *Direito Romano vulgar occidental*, Coimbra, Editora Ltda., 1930.

Pero no solamente el tema sedujo a **GUILHERME BRAGA DA CRUZ**, que fue gran maestro de Historia del Derecho en la Universidad de Coimbra, sino que también sedujo a **BENEDITO MOTTA**, de la Universidad de Sao Paulo, quien lo analizó en una síntesis formidable titulada “O fenomeno do Direito Vulgar”.

Dice Benedito Motta que “esta teoría propone que el *Vulgarrecht* sea el Derecho de una época (época post-clásica), en la medida en que se separa de las soluciones clásicas, para mejor corresponder a las exigencias de la práctica jurídica (actitud a-técnica del hombre de la calle). Contra esta concepción, Guarino advierte que el “vulgarismo” es de toda una época por lo que no solo perteneció al post-clasicismo. Es de notar, añade, que los efectos del vulgarismo provocaran una decadencia jurídica en el Bajo Imperio, en cuanto que en la edad pre-clásica, fueran los factores determinantes de la doctrina jurídica clásica. Y la razón es simple: el Derecho es una creación de juristas, buenos o malos, que saben o no auscultar los anhelos de las masas populares. Buenos juristas existieron en el pre-clasicismo que, con arte y técnica, utilizaron el vulgarismo, generando óptimas instituciones. Empero esto, no aconteció en el post-clasicismo. Realmente, en cuanto los buenos juristas, con maestría, se aprovecharon de la inspiración vulgar, impulsando a su ciencia, los malos juristas, dominados por estas fuerzas externas, dejaron que se degrade un sistema jurídico lógico. En estas circunstancias, por tanto, débese hablar de un Derecho post-clásico, obra de juristas inferiores a los de la época clásica, y no de un “Derecho Vulgar”. Como se vé es fundamental que se distinga entre “Derecho Vulgar” y “Concepciones Vulgares”, que facilitan a la práctica, a la legislación y a la doctrina. En suma puede decirse contra el criterio histórico o cronológico, que el Derecho post-clásico no se reduce apenas al Derecho Vulgar, por cuanto a las soluciones vulgares representan a una masa jurídica, al lado de otras masas. En esta discusión un hecho incontestable sobresale: el papel preponderante de la práctica en la creación de las reglas del Derecho, y en la permanencia de ésta contaminación durante siglos. Y sobre el tema Derecho Vulgar, se imponen estas conclusiones: 1º) es aquél que nace de la práctica jurídica; 2º) vige al lado de las construcciones doctrinarias de los jurisconsultos; 3º) antídoto de la negación del Derecho, es una de sus formas más vivas; 4º) es fenómeno propio de todas las épocas y que, en determinados períodos, se coloca en posición prominente, asumiendo una considerable importancia”<sup>59</sup>.

Otro notable investigador del Derecho vulgar ha sido el profesor MAX KASER, de la Universidad de Hamburgo, quien en una notable conferencia pronunciada en marzo de 1960, a invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, dijo lo siguiente: “¿Qué es, pues, el Derecho vulgar? Su nota específica se encuentra en que, como ha mostrado Wieacker, está impregnado del carácter estilístico del vulgarismo. Presupone un Derecho precedente o contemporáneo de un nivel estilístico superior, un Derecho clásico del que le separa la caída de nivel estilístico. El Derecho vulgar se comporta, por ello, respecto del Derecho clásico, como el latín vulgar respecto de la antigua lengua clásica. La pérdida de la disciplina espiritual que había distinguido al Derecho clásico queda de manifiesto en una porción de caracteres que son comunes al Derecho vulgar y al latín vulgar. 1.- Aquí hay que destacar, en primer lugar, la necesidad de contigüidad visual; nota esencial, en la que coinciden el Derecho vulgar y el Derecho arcaico de la época romana primitiva, que aún no ha sido científicamente elaborado. Debido a esta necesidad de contigüidad visual comete, por ejemplo, el Derecho vulgar el error de confundir la simple apariencia jurídica con el Derecho mismo, y así mezcla la

<sup>59</sup>-. **BENEDITO MOTTA**: “O fenomeno do Direito vulgar”, en el volumen *Filosofia e Historia do Direito*, Jose Bushatsky (ed.), p. 111, Sao Paulo, 1961.



posesión, como señorío de hecho sobre una cosa con la propiedad, de tal modo que *possessio* y *dominium* en el Derecho vulgar confluyen. O se confunde el Derecho con su prueba como aparece en la desmesurada fuerza de los documentos debitorios. Si hasta esta época la documentación servía, fundamentalmente, para asegurar la prueba, ahora aumentan sus efectos a un acto constitutivo de deuda. 2.- Una segunda característica se encuentra en la aparición de ideas afectivas bajo cuya influencia las cuestiones jurídicas, a menudo, no son juzgadas desde los principios lógico-reales, sino según una equidad jurídicamente amorfa, esto es, por emociones no aprehensibles racionalmente; en especial, por consideraciones morales.

Estas tendencias moralizantes se manifiestan, por ejemplo, en la influencia que aparece claramente al juzgar las hipótesis de culpabilidad (*dolo* y *culpa*) y también en el tratamiento de la voluntad en los negocios jurídicos. 3.- Quizá intervenga del modo más patente en la formación vulgar del Derecho, el pragmatismo, a veces ingenuo, con que el Derecho vulgar se ha sabido acomodar a las cambiantes necesidades jurídicas y a la fluctuante situación económica y social. Para lograr determinadas metas prácticas se dejan tranquilamente a un lado las normas jurídicas de la lógica real que los juristas clásicos habían elaborado. Y así se sacrificaron en aras de un pragmatismo primitivo y asistemático ciertas distinciones que los clásicos habían logrado con un estilo de pensar rigurosamente dogmático. Citaré, a modo de ejemplo, otra vez la separación entre propiedad y posesión, y en general, entre *factum* e *ius*; las distinciones entre la propiedad y los derechos reales limitados y, finalmente, entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. Si hasta aquí hemos sacado una impresión de los caracteres que perfilan el Derecho vulgar frente al Derecho clásico, ahora se nos plantea el problema del origen del Derecho vulgar. En realidad, el origen de estas categorías jurídicas acientíficas hay que ir a buscarlo, primeramente, en el *vulgus*, esto es, en la masa del pueblo no formada en la especialidad del Derecho; no obstante, también han participado en la formación técnico-jurídica de las normas e instituciones del Derecho vulgar profesionales, peritos en Derecho. A esto habrá que reconocerles en los asesores jurídicos profesionales que ha habido por doquier en el Imperio Romano. En todo caso, hay que admitir que los creadores de las manifestaciones del Derecho vulgar deben de haber estado muy cerca de la práctica, y, más concretamente, de los tribunales y de la asesoría jurídica de las partes. Esta relación del Derecho vulgar específico con la práctica es, al propio tiempo, compatible con el hecho de que las fuentes más importantes y típicas para nuestro conocimiento del Derecho vulgar puedan haber sido redactadas, más que por tales asesores subalternos, por profesores para principiantes en los estudios de Derecho. Al referirme a estas fuentes pienso en el epitome de Gayo y en las interpretaciones de los Códices Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y, asimismo, en las sentencias de Paulo. La participación de asesores jurídicos profesionales en la formación y en la configuración del Derecho vulgar, explica que sus manifestaciones tengan a veces carácter diverso. De un lado, pueden ser caracterizadas como expresión de una opinión de legos que se ha impuesto frente al Derecho oficialmente estereotipado; así en la desaparición de la línea de demarcación entre propiedad y posesión y entre la propiedad y los derechos reales limitados; luego en la concepción de que la compraventa o donación pueden transmitir inmediatamente la propiedad; por último, el que todo reconocimiento de deuda tenga, sin más, fuerza vinculatoria. En cambio, en otros casos la vulgarización se produce en un terreno más técnico-jurídico, de tal modo que el Derecho vulgar asume, de modo más evidente, el carácter de un Derecho degenerado de juristas; así, por ejemplo, allí donde se han perdido conceptos técnicos del Derecho clásico (como, por ejemplo, en materia de responsabilidad, *dolus*, *culpa*, *custodia*, *casus*, *vis mayor*, *periculum*, o de delimitación de comodato, depósito, arrendamiento, mandato, etc. o, sencillamente, allí donde las manifestaciones de los juristas clásicos fueron mal comprendidas). A este respecto citaré un ejemplo muy sugestivo. La *interpretatio* de las Sentencias de



Paulo contiene —contra la regla *semel heres semper heres*— la posibilidad de instituir varios herederos que deben de sucederse temporalmente unos a otros, esto es, una verdadera sucesión consecutiva. En este orden de ideas se afirma que el primer intituido se llama intitutus, el segundo *substitutus* y el tercero *scriptus*. Pero esto es un malentendido bien evidente, pues el texto de las sentencias de Paulo reza así en su tenor literal: “*heredes aut instituti aut substituti dicuntur, instituti primo grado, substituti secundo vel tertio scripti*”. “Dícese que los herederos son instituidos o sustituidos. Los instituidos son de primer grado, los sustitutos lo son de segundo y, en tercer lugar, pueden ser escritos”. La falta de comprensión, extraordinariamente grosera, queda aquí de manifiesto. Pero tal malentendido no puede explicarse sencillamente por una concepción vulgar del pueblo, sino que tiene evidentemente sus raíces en el ámbito de los profesionales del Derecho. Pese a ello podemos incluir este desfigurado Derecho de juristas dentro del Derecho vulgar, con el que tiene de común el implicar una decadencia de la cultura jurídica”.<sup>(60)</sup>

---

<sup>(60)</sup> . . . MAX KASER: El Derecho Romano vulgar tardío, p. 211-212, Madrid, 1981.



## CAPÍTULO LVIII

### PERÍODOS DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA



## CAPÍTULO LVIII

### PERÍODOS DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA

1. Períodos que comprende el estudio del Derecho Procesal del Medioevo. 2. La génesis del Derecho vulgar o romano-germánico. 3. El Derecho germánico. 4. El proceso germánico. 5. Fuentes de estudio.

De acuerdo con estas premisas, opino que debemos estudiar el desenvolvimiento histórico del Derecho Procesal del Medioevo dentro de dos grandes fases o períodos:

- a) Período del Derecho Vulgar o Romano-Germánico.
- b) Período del Derecho Científico o Derecho “Común” propiamente dicho.

El primer período corresponde al momento dialéctico del gran choque entre el Derecho Romano y el Derecho Germánico; período de “tiempos revueltos” creados por una *Volkerwanderung* de los bárbaros y de su Derecho —el Derecho Germánico— y de un colapso, cisma y desintegración del Derecho Romano en tantos Derechos como nacionalidades y lenguas romances existieron. Esta crisis del Derecho Romano tuvo como causa los fenómenos de orden histórico, económico y político anteriormente vislumbrados al referirnos a la “decadencia del mundo antiguo” y, a su vez, de esta conflagración y de este cisma, de estos “tiempos revueltos” del Derecho, surgió como consecuencia un híbrido, un Derecho filial, de características vulgares por la desfiguración y mutilación operada recíprocamente entre sus progenitores: el Derecho Germánico y del Derecho Romano.

### 2. LA GÉNESIS DEL DERECHO VULGAR O ROMANO-GERMÁNICO

En consecuencia, para estudiar debidamente los rasgos y características morfológicas y espirituales de este híbrido, de este Derecho filial vulgar o romano-germánico, es preciso que nos detengamos, siquiera por breves momentos, en el estudio de aquel de esos dos progenitores que todavía no hemos visto: El Derecho Germánico.

Luego de esto nos ocuparemos, propiamente, de su Derecho filial: el Romano-Germánico. Lo examinaremos a través de sus diversas manifestaciones visigóticas (*Lex Romana Visigothorum*), burgundias (*Lex Romano Burgundionum*), Longobardas (*Compilación de Rotari, Grimoaldo, Liutprando, Ratchi y Astolfo*), francas (*Lex Sállica, Lex Ripuaria, Lex Francorum o Ewa Chamavorum*), alemanas y bávaras (*Lex Alamannorum, Lex Baiuvariorum*); concretamente, a través de sus manifestaciones procesales, singularmente, a través de aquella quintaesencia del Derecho que es la prueba.

Finalmente, el período del renacimiento jurídico ocurrido a partir de los siglos XI y XII y que constituye el segundo gran período del Derecho Procesal del Medioevo, durante el cual se constituye el Derecho llamado “Común”, será materia de nuestro análisis, con las consecuencias que este Derecho aparejó en la legislación y en la doctrina de España y Sudamérica.



### 3. EL DERECHO GERMÁNICO

El Derecho Germánico constituye la antítesis dialéctica, generatriz y fecundante del Derecho Romano. Es el Derecho “dionisiaco” en contraposición con el Derecho “apolíneo”, esencialmente “clásico”, esencialmente “estático”, porque respondía a la idea de la *ratio aeterna*. Esta dinamicidad vital y fecundante —dionisiaca— del Derecho Germánico va a desencadenar a través de ese complejo de fenómenos de toda índole que son las invasiones, el gran choque dialéctico del cual surgirá nuestro actual Derecho “fáustico” a partir del Derecho “vulgar” y luego el Derecho “común” del Medioevo.

Este encuadramiento histórico-filosófico del sistema germánico responde a una concepción esencialmente dialéctica de la historia del Derecho.

En efecto, “lo germánico” es, esencialmente, la negación de “lo romano” en cuanto que el mundo bárbaro es la antítesis por antonomasia, de la *civitas*, y su disgregación tribal; la antítesis de la rígida cohesión del imperialismo Romano; y así como entre el *Mare Nostrum* y la *limes*<sup>(1)</sup> vive una civilización sedentaria encerrada en su torre de cristal que es la *urbs quadrata*, fuera, en la tormenta circundante de las tribus nómades que acechan a la *limes* se avecina la avalancha que terminará por sepultar a los viejos restos del Imperio, irrumpiendo, en un asalto finisecular de varios siglos de duración, por la *Kerkaporta*, “la puerta del destino”, como la ha llamado Stefan Zweig, en su luminosa obra *Momentos estelares de la humanidad*.

Jurídicamente, la antítesis se pone en evidencia al contraponer los conceptos antagónicos de *lex*, *de directum* y *de jure*, todos ellos equivalentes a la noción de mando o de comando y coerción, frente a los conceptos germánicos de *ewa*, *friede* y *gairethinx*: *ewa* designa al derecho objetivo y es vecina etimológica del concepto latino de *pactum*, en cuanto acuerdo de voluntades; *friede* significó al mismo tiempo, paz y Derecho por convenio entre las partes, es una tregua entre dos beligerantes; en tanto que *gairethinx* es el término del cual se vale el Derecho longobardo a través del Edicto de *Rotari* para designar a la *percussio armorum* (batiendo las lanzas sobre los escudos) con el que se manifestaba el consenso del pueblo reunido en asamblea.

Hay, pues, una concepción “pacticia” del Derecho entre los germanos, a diferencia de la concepción directiva del Derecho Romano. Directivas son las que confiere *in jure* el pretor y mandatos son los que confiere el *iudex*, en tanto que el jurado, que es de origen germano, es una entidad extraña al concepto de soberanía judicial, pues dicha entidad se halla ligada al clan y al grupo.

Hay, pues, una concepción “pacticia” del Derecho entre los germanos, a diferencia de la concepción directiva del Derecho Romano. Directivas son las que confiere *in jure* el pretor y mandatos son los que confiere el *iudex*, en tanto que el jurado, que es de origen germano, es una entidad extraña al concepto de soberanía judicial, pues dicha entidad se halla ligada al clan y al grupo.

<sup>(1)</sup>- *Limes* es el pueblo de frontera que poco a poco va siendo desbordado por los germanos en su *Volkerwanderung* progresiva. Véase al respecto, ROBERT LATOUCHE: *Orígenes de la economía occidental*, p. 4.<sup>16</sup> y 30.<sup>39</sup>; Uteha, México, 1957.

## 4. EL PROCESO GERMÁNICO

Por eso es que, como bien dice Calasso, el “proceso es el espejo fiel de todas las características esenciales del sistema jurídico bárbarico. Este proceso no se distingue en penal ni en civil, sino que es único, limita fuertemente la ingerencia del poder público, dejando amplia libertad a la actividad de las partes desde el momento que se iniciaba con la *mannitio* o citación privada, hasta la ejecución de la sentencia. Claro que era, una fase del todo primitiva, por la cual todo derecho ha pasado. El procedimiento es oral y público, más lleno de formalismos y símbolos de carácter religioso. En esta concepción del todo primordial, la voluntad divina es decisiva y se revela en la ‘Ordalía’, en el juicio de Dios, que decide sin más la controversia”.<sup>(2)</sup>

Ahora bien, al hablar del Derecho Germánico, del verdadero y puro Derecho Germánico, de aquel que es anterior a la síntesis romano-germánica, conviene tener en cuenta que este Derecho no era único sino variado y multiforme por la pluralidad de tribus, clanes y aun de sippes (*gens*, familias) que abarcan, hecho que ya fue advertido por los historiadores desde Tácito, Plutarco y Julio César hasta Schupfer, Calasso y Scovazzi, pasando por los propios germanistas como Bethmann-Hollwegg, Konrad Maurer, Von Amira y Brunner.

Ahora bien, al hablar del Derecho Germánico, del verdadero y puro Derecho Germánico, de aquel que es anterior a la síntesis romano-germánica, conviene tener en cuenta que este Derecho no era único si-no variado y multiforme por la pluralidad de tribus, clanes y aun de sippes (*gens*, familias) que abarcan, hecho que ya fue advertido por los historiadores desde Tácito, Plutarco y Julio César hasta Schupfer, Calasso y Scovazzi, pasando por los propios germanistas como Bethmann-Hollwegg, Konrad Maurer, Von Amira y Brunner.

## 5. FUENTES DE ESTUDIO

A propósito de esta cuestión, conviene dejar sentado que las fuentes para el estudio del Derecho Germánico están constituidas, en primer lugar, por las obras de Publio Cornelio Tácito, el más ilustre de los historiadores del siglo I (55-120 d. C.) y una de las grandes figuras de la literatura latina, inmortalizado por ese insuperable clásico de la literatura biográfica que se llama *De vita et moribus Agricolae* (*Vida y muerte de Agrícola*). Tácito nos interesa aquí por haber escrito en su *Germania* el cuadro más completo y colorido de los pueblos germanos, no sólo para contrastar el lujo, molicie y decadencia romana con la sencillez de vida e integridad de costumbres de los bárbaros, sino para poner en guardia a su país contra el pueblo que desempeña el papel principal en los acontecimientos narrados en las *Historias*, su otra gran obra, junto con los *Anales*. Con arreglo a un plan metódico, trata primero Tácito (capítulos I al XX-VII) de las costumbres comunes a todos los germanos y, luego (capítulos XXVIII al XLVI), de las costumbres particulares de cada pueblo. Por ello, encuentro en Tácito las fuentes y las ideas generales que inspiran a las instituciones jurídicas germánicas, así como la primera diferenciación entre las costumbres de sus varias tribus desparrramadas sobre un territorio inmenso.

<sup>(2)</sup> - CALASSO: *Medioevo del Diritto*, p. 88.



Después de Tácito hay que referimos a Plutarco, el inmortal autor de *Vidas paralelas* quien, en la vida de Mario, describe algunos aspectos de las costumbres germánicas. Julio César es también importante por hacer un paralelo entre romanos y germanos en su *Comentario de la Guerra de las Galias*. En cambio, las obras posteriores carecen de ese sabor testimonial que nos dan las obras clásicas por su vivencia real de los hechos descritos, como es el caso de *La historia gótica* de San Isidoro de Sevilla (624 d. C.), *La origo gens longobardorum*, escrita en el siglo VIII por Paulo Diácono o en las obras de Beda El Venerable. Por lo mismo, las gestas épicas de la literatura germánica del Medioevo como el *Poema de Sigfrido* o la *Tetralogía de los Nibelungos*, han deformado la antigua y genuina alma germánica bajo el contacto de los nuevos ideales cortesanos y cristianos.

De esto resulta que es más propio entrar a la *Lex Sállica* o a la *Lex Ripuaria*, al *Papianum* o la *Lex Romana Visigothorum* para contemplar en su esencia al Derecho Germánico, aun cuando estas leyes también se hallen deformadas, al igual que la literatura épica, por la influencia de Roma, la Iglesia y de los nuevos tiempos.

En cuanto a los historiadores del Derecho no podemos dejar de admitir que, también, muchos de ellos han deformado su pensamiento bajo el estímulo de factores germanizantes o latinizantes.

Así, por ejemplo, la escuela italiana de historiadores del Derecho tiene, en su primera fase, una definida propensión a sobrevalorar al germanismo, como lo revelan las obras de **Antonio Pertile (1830-1895)**, llamado no sin razón “el padre de la historiografía jurídica italiana”;<sup>(3)</sup> este elemento germánico en la formación del Derecho vulgar y luego del Derecho común, tiende a ser más acentuado en la obra de **Francesco Schupfer (1833-1925)** “*il nostro maggiore storico del Diritto*”, como lo llama Calasso<sup>(4)</sup>, “*il piu grande dei pioneri*” que abrió “una grande strada maestra”, como lo llama en una de sus obras<sup>(5)</sup> “*il momento della sopraffazione de l’elemento latino da parte della barbarie sarebbe durato, nella stessa concezione schupferiana, mezzo millennio...*”, reseña el gran maestro de Roma,<sup>(6)</sup> en suma, un extraordinario, un “dramático” choque entre dos fuerzas —la germana y la romana— que constituyen el eje de las fuerzas motrices de la Historia del Derecho.

Otro insigne estudioso de la misma generación, **Nino Tamassia (1860-1932)**, dedicó su entera actividad de historiador del Derecho, en la cátedra y en la obra,<sup>(7)</sup> a la crítica de la dirección schupferiana de la historia; pero, como reacción igual y de signo contrario, se esforzó por reducir al mínimo la parte debida al Derecho Germánico, exaltando incondicionalmente la vitalidad y la fuerza del elemento latino.

En tal sentido, **Giuseppe Salvioli (1857-1928)**, profesor de la Universidad de Nápoles, deviene como el gran patriarca de la historiografía procesal del Medioevo con su *Storia della procedura civile e criminale* (1927) y con su *Storia del Diritto italiano* (1930).

Tal es también la posición que adoptan los historiadores de la segunda generación de la escuela italiana; y entre ellos, debemos mencionar a **Federico Patetta (1867-1945)**;<sup>(8)</sup> a **Arrigo Solmi (1873-1944)**;<sup>(9)</sup> a **Enrico Besta (1874-1952)**<sup>(10)</sup> y a **Pier Silverio Leicht**.<sup>(11)</sup>

Sobre estos cauces adviene la tercera generación de historiadores italianos entre los cuales mencionaremos a **Aldo Checchini**,<sup>(12)</sup> **Guido Astutí**, profesor en Turín,<sup>(13)</sup> **Ugo Gualazzini**,<sup>(14)</sup> **Bruno Paradisi**, **Paradisi**, profesor en Nápoles;<sup>(15)</sup>

- (3) - CALASSO: *Medioevo del Diritto*, cit, p. 179, notas 23.
- (4) - CALASSO: *Medioevo del Diritto*, p. 179, nota 23.
- (5) - CALASSO: *Introduzione al Diritto comune*, p. 212.
- (6) - CALASSO: *Introduzione al Diritto comune*, p. 213.
- (7) - NINO TAMASSIA, profesor en la Universidad de Pavía, ha sostenido en su cátedra y en sus libros la continuidad histórica de la tradición romanística y del elemento latino, reaccionando contra la concepción germanista patrocinada por FRANCESCO SCHUPFER. Los estudios de TAMAS-SIA están recopilados en tres volúmenes titulados: "Scritti di storia giurídica, editados por la editorial CEDAM de Padua en 1994. Véase: "L'elemento germánico nella storia del Diritto italiano", en el tomo I, p. 1-16; *Il Diritto nella vita italiana*, en el tomo I, p. 13 a "Osservazioni in torno al 'comes gothorum' nelle attinenze colla costituzioni romana e lo stabilimento dei barbari in Italia", en el tomo I, p. 381-394; "Bologna e le scuole imperiale del diritto", "La leggenda di Imerio", en el tomo II, p. 318 y ss.; "Baldo studiato nelle sue opere", en el tomo II, p. 522 y ss.
- (8) - FEDERICO PATETTA (1867-1945). Fue profesor de una brillante pléyade de discípulos, tales como Guido Astuti, Domenico Bizzari, Mario Chiaudano, Ugo Gualazzini, Arturo Jemolo y Carlo Guido Mor, entre otros. Su trabajo sobre *La Ordalia*. Estudio de historia y ciencia del Derecho Comparado, publicado en Turín en 1909, nos ha servido de fuente inapreciable para este trabajo. Debe consultarse su obra fundamental: *Storia del diritto italiano*. Introducción. Edición póstuma ampliada a cargo de L. Bulferetti. Turín, 1996. Léase así mismo su: *Corso di Storia del Diritto Italiano*. Parte Seconda: Período gótico-bizantino. Turín, 1915; así como sus *Adnotationes Codicum Domini Justiniani*. (Summa Perusina). Roma, 1935.
- (9) - ARRIGO SOLMI (1873-1944), profesor en Pavía, Ministro de Justicia o Guardasellos, contribuyó con sus proyectos a la elaboración del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, autor de un famoso *Manuale di storia del Diritto italiano*, 1909; *L'unità fondamentale della storia italiana*, 1927; *Contributo alla storia del Diritto italiano*, 1939, etc.
- (10) - ENRICO BESTA (1874-1952), Tesis de laurea: *L'opera de Imerio*. Contributo alla storia del Diritto italiano. (La vita, gli scritti, il método), Turín 1906. La persistenza del Diritto volgare itálico nel medioevo', 1909. *Storia del Diritto italiano*". Milán, 1913. *Le persone nella storia del Diritto italiano*". Padua, 1931. *Le successioni nella storia del Diritto Italiano*. Padua, 1935. *Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*". Padua, 1937. *Introduzione al Diritto comune*", Padua, 1939. *Fonti del Diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano fino al tempi nostri*, Milán, Giuffré, 1962. *Scritti di storia giurídica medievale*. A cargo de Giovanni Cassandro, Bari, 1962. *Avviamento allo studio della storia del Diritto Italiano*, Milán, Giuffré, 1966.
- (11) - PIER SILVERIO LEICHT (1874-1938), profesor en Roma, agudo investigador del Derecho pre-imeriano en su: *Il Diritto privato preimeriano*. Bologna, 1933. *Scritti vari di storia del Diritto italiano*, 3 vols., Milán, Giuffré, 1948; el desarrollo sistematizado de sus investigaciones corre en su *Storia del Diritto italiano*. Le fonti. Lezioni con appendice di documenti, IV edizione, Giuffré, 1954. *Storia del Diritto italiano*. *Il Diritto pubblico*. Ristampa inalterata della terza edizione rinnovata con un appendice di documenti per le esercitazioni. Milán, 1966.
- (12) - ALDO CHECHINI (1889), profesor en Padua, ha recopilado sus estudios en sus *Scritti giurídici e storico-giurídici*, recopilados por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Padua y editada por la CEDAM de Padua en 1970. Destaco especialmente, su "Studi sull'ordinamento processuale romano" en el vol. III; "L'ordinamento processuale romano nell'alto medioevo", en el vol III; "Sui rapporti fra storia giurídica e dogmática giurídica", en el vol I; "Vecchi e nuovi metodi della storiografia giurídica", etc.
- (13) - GUIDO ASTUTÍ (Nacido en Turín en 1896, muerto en Roma el 7 de Octubre de 1969), discípulo de Federico Patetta y de Gino Segré, ha publicado "La documentazione dei negozi giurídici como forma convenzionale o voluntaria nella dottrina di diritto comune", en los *Scritti giurídici dedi-cad dai discepoli alla memoria di Gino Segré*; es fundamental su libro *Lezioni di storia del Diritto italiano*. Le fonti. Etá romano-barbárica, CEDAM, Padua, 1973. Deben consultarse en el *Novissimo Digesto Italiano* sus estudios: *Brachilogus*. *Lex Alamannorum*, *Lex Angliorum et Werinorum*, *Lex Bajuvariorum*, *Lex Franconum Chamavorum*, *Lex Frisonum*, *Lex Ripuaría*, *Lex Romano-Burgundionum*, *Lex Sálica*, *Lex Wisigothorum*, *Liber Papiensi*, *Lombarda*. "La Glosa Accursiana", en *Atti del convegno di studi accursiani*, vol. II, p. 267-279, Milán, Giuffré, 1964. *Lezioni di storia del Diritto italiano*. La formazione dello stato moderno in Italia. Volume primo. Turín, 1957. *Mos Itálicas e mos Gallicus nei Dialoghi "de juris interpretibus"* di Alberico Gentili. Bologna, 1957. *Tradizione romanística e civiltá giurídica europea*. *Raccolta di scritti a cura di G. Diurni*. Prefazione di Giovanni Cassandro. Nápoles, 1964.
- (14) - UGO GUALAZZINI (1895), profesor en Parísa: *Considerazioni in tema di legislazione statutaria medievale*, Milán, 1930. *Ricerche sulle scuola pre-universitarie del medioevo*. Contributo di indagini sul sorgere delle Università. Milán, 1930.
- (15) - BRUNO PARADISI (1899), profesor en Nápoles: *Storia del Diritto italiano: Le fonti nel basso Impero e nell'epoca romano-barbárica*, Nápoles, Jovene, 2ª edición, 1964; *Storia del Diritto italiano*. Le fonti del Secólo X fino alle soglie dell'epoca bolognese, Nápoles, Jovene, 1961; *Storia del Diritto italiano*, Le fonti del Diritto nell'epoca bolognese. Parte I: I civilisti fino a Rogerio, Nápoles, 1962; *Storia del Diritto italiano*. Parte II: I civilisti da Piacentino alla Glosa Accursiana, Nápoles Jovene, 1963. "Osservazioni sull'u.so del método dialettico nei glossatori del secólo XII", en *Atti del Convegno Internazionale di studi accursiani*, vol. II, p. 679-686, Milán, Giuffré, 1968. *Storia del Diritto italiano*. Le fonti nel basso Impero all'epoca Longobarda. III edizione completamente rifatta (lezioni). Volume primo. Nápoles, 1964. *Storia del Diritto italiano*. Le fonti nel basso impero e nell'epoca romano barbárica. Nápoles 1964. *Studi sul medioevo giurídico*. Roma, 1967, 2 volúmenes. *Lezioni di storia del Diritto italiano*. Segunda edición. Milán, 1969. *L'unità giurídica dell'Europa*. Premessa di Piero Fiorelli. Soveria Mannelli, 1965. *Storicité del Diritto*. Milán, 1966.



**Giuseppe Ermini**, profesor en Perugia;<sup>(16)</sup> y sobre todo a **Francesco Calasso** (1904-1965), sin duda alguna la figura más descolante en los últimos tiempos de la escuela italiana de historiadores del Derecho; y a la vez, quien más que nadie ha tenido la honradez científica de decirnos que el proceso germánico “es un terreno que guarda todavía el verdadero ‘disso-damento’ científico”<sup>(17)</sup>, característica ésta que ha subrayado últimamente una discípula de Calasso, **Franca Sinatti D'Amico** en su estudio sobre *La prova giudiziaria nel Diritto longobardo* (1968, p. 3), cuando nos dice: “La falta de estudios actuales sobre el proceso longobardo es la consecuencia de dos crisis: de un lado, el desinterés de la doctrina por la historia del proceso en general, de otro, el decaimiento de los estudios del Derecho longobardo y germánico”.

La razón de esto, tal vez, está en que, como lo reconocen los propios historiadores alemanes del proceso, como por ejemplo Arthur Engelmann, “es muy difícil penetrar en el verdadero significado del procedimiento germánico”.<sup>(18)</sup>

En conclusión, fuentes para el Estudio del Derecho Procesal Germánico son para nosotros:

- a) Las fuentes literarias clásicas, en especial, la *Germania* de Tácito y aquellas obras que se inspiran en la literatura tacitiana como la de Mullenhoff: *Die Germania des Tacitus* (Vol. IV de la *Deutsche Altertumskunde*, 2a ed, Berlín, 1920); etc.
- b) Las fuentes literarias clásicas, en especial aquellas que se refieren al proceso germánico más o menos puro, caso de la *Lex Sállica*.
- c) Las fuentes historiográficas, distinguiendo al respecto:

- 1) Historiografía alemana: las obras fundamentales de Savigny, Hans Merkel, Paul Johannes Merkel, Bethmann-Hollweg, Arthur Engelmann, Heinrich Brunner. Rudolph Sohm y von Amira, entre otros.<sup>(19)</sup>
- 2) Historiografía italiana: Empezando por la fundamental obra de **SALVIOLI**: *Storia del Diritto italiano* (1930); la de **PATETTA**: *Le Ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato* (1890); la de **GAUDENZI**: *L'antica procedura germanica e le legis actiones del diritto romano* (1884); y terminando con las obras más recientes sobre el particular, la de **MARCO SCOVAZZI**: “Processo e procedura nel diritto germanico”, que figura en el volumen *Rendiconti del dell'Istituto Lombardo, classe di Letteratura e scienze morali e storiche* (vol. 92, 1958, p. 103-193); otra del mismo **SCOVAZZI**: *La origine del Diritto germanico* (1957); la de **FRANCA SINATTI D'AMICO**: *Le prove giudiziarie nel Diritto longobardo* (1968).
- 3) Historiografía francesa: Recientemente en los *Recueils de la Societé Jean Bodin*, Vol. XVII, *La Preuve II, Moyen Age et temps modernes* (1965), se han publicado notables investigaciones en materia de historia de la prueba, entre las que señalamos: **J. PH. LEVY**: “L'evolution de la preuve, des orígenes a nos jours. Synthèse générale” (p. 9-70); **F. L. GANSHOFF**: “La preuve dans le droit franc” (p. 71-98); **JEAN GAUDEMET**: “Les Ordalies au Moyen Age: doctrine, legislation et pratique canoniques” (p. 99-135).

Hay que referirnos luego a algunas obras fundamentales como las de **E.M. MEIJERS**: *Etudes d'histoire du droit*, (1959); **J. DECLAREUIL**: “Les preuves judiciaires dans le droit franc du V an VII'siècle” en la *Nouvelle Revue Historique de Droit Francaise et Étranger* N° XXIII, 1888 (p. 221-268, 457-488, 747-762), N° X -XIII, 1889 (p. 79 y *passim*).

- 4) Historiografía española: **ALFONSO GARCIA GALLO**: *Manual de historia del Derecho español* (1971); **GALO SANCHEZ**: *Curso de historia del Derecho* (1945); **M. FONT RIVS**: *Instituciones medievales españolas* (1949); **RAFAEL GIBERT**: *Historia general del Derecho español* (1978); **JOSE MANUEL PEREZ PRENDES**: *Curso de historia del Derecho español* (1978); **JESUS LALINDE ABADIA**: *Iniciación*

histórica al Derecho español (1978); FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE: Manual de historia del Derecho español (2001).

- (140).- **ARTHUR ENGELMANN**: "A history of continental civil procedure" pág. 66; Boston Little Brown and Company 1907. Es la edición que seguimos por tenerla a la vista, en defecto de la original alemana: "Geschichte des Civilprocesses", Breslau, 1888. Nos gusta más la edición inglesa traducida y editada por Robert Wynes Millar, por el mérito de la introducción de William Searle Holdsworth y Samuel Williston (págs. LIII a LX) y, sobre todo, por el brillante prolegómeno de Wynes Millar intitulado "The formative principles of civil procedure", págs. 1-6; así como por su "Editorial Preface" de págs. XXVII - LII. La obra cuenta además, con otras traducciones al inglés de diversos estudios históricos de Uppstom, Schwartz, Glasson, Lorenz von Stein, Rudolf Hermann, Johann Schwartz, Chioyenda, Salvioli y Lanciotto Rossi.
- (141).- **PAUL JOHANNES MERKEL**: "Appunti per la Storia del Diritto Longobardo", traducido al italiano en el volumen III, pag. 3 a 7 del Apéndice, en la "Storia del Diritto Romano nel Medio Evo", de F. de Savigny, Multigrafica Editrice, Roma, 1907. Este opúsculo escrito en Berlín en 1888, figura en el Apéndice de la obra citada de Savigny y sirve de ampliación al tema tratado por el ilustre maestro de Frankfurt. **FIEDRICH KARL VON SAVIGNY**: "Storia del Diritto Romano nel Medio Evo", 3 volúmenes, traducida al italiano por Emmanuele Bollati, reimpresión por Multigrafica Editrice, Roma, 1907. **VON AMIRA**: "Grundriss des Germanischen Rechts" pág. 28, Strassburg, 1881. **HEINRICH BRUNNER**: "Historia del Derecho Germánico", pág. 34. Editorial Labor, Barcelona 1908. **BETHMANN-HOLWEGG**: "Der civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung", IV. "Der germanisch-romanische Civilprozess in Mittelalter", I, Bonn, 1888, pág. 108; "Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung". Reedición por Aalen, en 4 volúmenes, 1908, in-8.





# CAPÍTULO LIX

## EL PROCESO GERMÁNICO





# CAPÍTULO LIX

## EL PROCESO GERMÁNICO

1. Principios que lo informan 2. Desarrollo del proceso desde la *mannitio* hasta la sentencia. 3. Sentencia de prueba y sentencia definitiva. 4. La *friedlosigkeit*. En nota, referencias a la *ewa*, al *bund* y a la *sippe*. 5. La prueba en el proceso germánico, fundamentos sociológicos e históricos de la prueba ordálica. 6. Clases de ordalías: 1. Ordalía unilateral. 2. Ordalía bilateral: el duelo. Orígenes del duelo: la “faida”. Interpretación histórica del duelo ordálico.

### 1.- PRINCIPIOS QUE LO INFORMAN

Hablando del proceso germánico, es preciso recordar a **ENGELMANN**, para quien la dificultad inicial de comprensión de este proceso radica en los dos principios que lo informan: su excesivo formalismo y el control que ejercen las partes sobre el mismo.<sup>(1)</sup>

**VON AMIRA** y **BRUNNER** e, incluso **BETHMANN-HOLLWEG** demuestran, por su parte, el rígido formalismo que caracterizaba, no solo al proceso germánico, sino incluso, a todo el proceso del Alto Medioevo.

**SALVIOLI**, por su parte, después de decirnos que “los germanos tuvieron procedimiento simple y esencialmente formalista”, nos enseña que “en los antiguos tiempos el proceso germánico era preparado e introducido por actos privados, sin participación de la autoridad. Todo era coacción personal”.<sup>(2)</sup>

### 2.- DESENVOLVIMIENTO DEL PROCESO: DESDE LA MANNITIO HASTA LA SENTENCIA

La invitación a comparecer ante el Tribunal, formulada ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice **BRUNNER**,<sup>(3)</sup> era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que correspondía a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo.

Dice Salvioli que “el predominio de la forma, constituía el fundamento del proceso germánico”,<sup>(4)</sup> principio de formalidad que explicaba el desenvolvimiento de los actos de las partes e, incluso, el sentido de la prueba, esencialmente formalística.

<sup>(1)</sup>.- **ENGELMANN**: A history of continental civil procedure, obra ya citada, p. 46, Little, Brown, and Company, Boston, 1917.

<sup>(2)</sup>.- **SALVIOLI**: Storia del Diritto italiano, N° 772, p. 722, UTET, Turín, 1922.

<sup>(3)</sup>.- **BRUNNER**: Historia del Derecho germánico, p. 14, par. 2.

<sup>(4)</sup>.- **SALVIOLI**: ob. cit., p. 722.

### 3. SENTENCIA DE PRUEBA Y SENTENCIA DEFINITIVA

Los *rachimburgii* dictaban la sentencia a requerimiento del demandante. La sentencia tenía dos momentos: 1) Sentencia de prueba; 2) Sentencia final. La primera se pronunciaba sobre la validez y eficacia probatoria de los medios de prueba. La segunda se pronunciaba sobre el fondo mismo de la causa poniendo fin a la instancia.

### 4. LA FRIEDLOSIGKEIT

La sentencia, en principio, no se imponía, pero las partes debían ser fideiusores de que la aceptarían y la impondrían en caso de vencimiento. Si, después de esto, el condenado rehusaba o rechazaba el cumplimiento de la misma, incurría en una gravísima falta a la comunidad que era sancionada con la *Friedlosigkeit* o destierro. Explicando este vocablo, dice Marco Scovazzi que “no hay motivo para dudar de que se trata de un vocablo, y, sobre todo, de un concepto común a todos los germanos en la Edad precedente a las grandes migraciones populares (edad prediaspórica). El término se aplicaba al proscrito del consorcio humano y al cual era lícito matar para preservar la sociedad de sus violaciones. Como tal es asimilado en las antiguas concepciones nórdicas al ‘lobo’, sea porque su condición es parangonable a aquella de un animal salvaje, sea porque, a mayor abundamiento, en la fantasía popular su persona se transformaba en lobo...”.<sup>(5)</sup>

¿En qué casos procedía la *Friedlosigkeit*? Dice Marco Scovazzi que “Non é certo possibile daré un elenco preciso”. Y agrega que “se puede decir solamente que, ampliándose siempre más la esfera de la *ewa*<sup>(6)</sup> o Derecho Objetivo (véase más adelante, en este mismo tomo, la pag. 84) se amplió también, como lógica consecuencia, la serie de los delitos que el *bund*<sup>(7)</sup> o Estado se propuso castigar. Ordinariamente, se castigaban los delitos de naturaleza sacra que violaban aquellas comunes creencias religiosas, superiores a los intereses de la *sippe*<sup>(8)</sup> o Comunidad. Sobre todo devenía *friedlos* quien contravenía la divinidad del *bund*”.<sup>(9)</sup> Riquísima es, en cambio, la casuística de la *Friedlosigkeit* y de su exposición en las fuentes escandinavas.<sup>(10)</sup> Tal es el conocido caso de Eric el Rojo, el futuro descubridor de Groenlandia, desterrado de Escandinavia por imperio de una *Friedlosigkeit*.

Por otra parte, en el proceso germánico primitivo no cabía la apelación de la sentencia porque su inadmisibilidad derivaba de la consideración de que el proceso terminaba con un juicio de Dios.<sup>(11)</sup>

<sup>(5)</sup> - SCOVAZZI: *Le origini del Diritto germanico*, p. 72, Milán, Giuffrè, 1941.

<sup>(6)</sup> - *Ibid.*

<sup>(7)</sup> - El BUND es la Federación, es el Estado Federado. Es también un prefijo para la multitud de expresiones indicando la cualidad de federal, verbigracia: Bundesstaat, Estado Federal; Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo; Bundesrat, Consejo Federal, especie de Cámara Alta o Senatorial; Bundestag, Dieta Federal, Cámara Baja, etc.

<sup>(8)</sup> - “La palabra *sippe*, explica BRUNNER, tiene una doble significación. En un sentido designa el círculo total de los parientes de sangre de una determinada persona, los *magen* masculinos y femeninos, la *magschaft* o comunidad de sangre. Pero *sippe* se llama también la asociación por razón del sexo y en ese sentido tiene la *sippe* una significación de Derecho público. Edificada sobre la base jurídica paterna, y no materna como creen algunos, comprendía las personas descendientes en línea masculina de un tronco paterno común”. Véase BRUNNER, *ob. cit.*, parágrafo. 1, p. 11.

<sup>(9)</sup> - SCOVAZZI: *ob. cit.*, p. 79.

<sup>(10)</sup> - SCOVAZZI: *Ibid.*

<sup>(11)</sup> - Véase SALVIOLI, *ob. cit.*, p. 71.

Las “sagas” islandesas, (del alemán *sage*, leyenda), género de la antigua literatura escandinava, han recogido las leyendas poéticas y las tradiciones heroico-mitológicas del tempestuoso, multiforme y fantástico mundo de la Islandia medieval. Más de una saga ha recibido inspiración de la figura trágicamente humana del *Friedlos*, del desterrado por su rebeldía o rechazo al cumplimiento de la *Verurteilung* o sentencia condenatoria. Por ejemplo, la *Gisla Saga Súrssonar*, que destaca por sus valores dramáticos, allende el alborear del siglo XIII, al cantar el temperamento inquieto y sentimental de su héroe, Gisli, condenado injustamente a llevar la vida errabunda, trashumante y salvaje del *Friedlos*, del condenado al destierro por imperio de una *Friedlosigkeit*. En la tragedia de su destino y ante la adversidad, su ánimo se tiembla al conjuro de los valores del espíritu, con la firmeza y determinación de reivindicar su honor y la justicia. Fidelísima, su mujer Audr lo sostiene y da coraje, luchando desesperadamente contra los enemigos que quieren la muerte del marido, hasta que sobreviene el desenlace trágico en el cantar juglaresco de esta genial saga islandesa en la que no se sabe si admirar más la ternura y lealtad del amor conyugal, los violentos contrastes de las pasiones humanas, la nostalgia y la evocación del terruño lejano o el trágico sino de la *Friedlosigkeit*.

## 5. LA PRUEBA EN EL PROCESO GERMÁNICO

La esencia del sistema probatorio germánico se condensa en la ordalía o “Juicio de Dios”.

¿Qué era la ordalía? Según Patetta, a quien seguimos a través de su valioso estudio intitulado *Le Ordalie, Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato* (1890), ordalía era “todo procedimiento de cualquier género mediante el cual se cree inducir a un ser sobrenatural a manifestar de algún modo su decisión acerca de una cuestión productora de efectos jurídicos”.

En la naturaleza jurídica de estos efectos es como se distingue la ordalía del oráculo. Asimismo, la ordalía se diferencia del milagro en que la ordalía es provocada a instancias del hombre, en tanto que el milagro es un acto espontáneo de Dios.

Por otra parte, como dice Patetta, la ordalía en cuanto institución no es exclusiva de los pueblos germánicos; “es el producto necesario de ciertas condiciones individuales y sociales, comunes en la infancia de la humanidad a todos los pueblos, y por esto, solo en el estudio del hombre y de las sociedades primitivas se puede encontrar su explicación y justificación”.

A este respecto, recurrimos a la autorizada opinión del ilustre sociólogo francés Henri Levy-Bruhl quien, en su obra *Aspectos sociológicos del Derecho* (1957, p. 145), nos dice lo siguiente: “En las poblaciones poco evolucionadas, toda la vida intelectual y moral está, como es sabido, dominada por la creencia en la existencia de fuerzas sobrenaturales. Estas son las verdaderas causas de todo lo que pasa, tanto en los acontecimientos regulares y periódicos como en la marcha de los astros, cuanto de los sucesos anormales y terroríficos tales como las malas cosechas, las epidemias, las muertes violentas, etc. En las sociedades de ese tipo, claro es que la prueba judicial no puede ser otra cosa que un llamado a esas potencias superiores para demandarles que designen al culpable del acto que ha puesto en agitación al grupo”.



“El procedimiento mayormente empleado para ese fin es la ordalía. En su acepción más general, la ordalía es una prueba impuesta a una persona sospechosa para conocer la verdad gracias a la intervención de una fuerza sobrenatural. La ordalía puede afectar las modalidades más diversas. Su forma más extendida es el veneno, precisamente en razón de la incertidumbre de sus efectos: según que el paciente caiga o no enfermo como consecuencia de la ingestión del brebaje, se considerará que es culpable o inocente. El juramento, hecho individualmente o en forma de conjuración, puede ser considerado como una prueba del mismo género, pues la invocación de un ser sobrenatural hecha con un dolo expone al perjurio a la enfermedad o a la muerte. Tales pruebas, a las que podríamos agregar otras muchas, son a la vez comprobaciones (ambos vocablos son en una de sus acepciones la misma cosa). Son también juicios, pues la sentencia y la sanción están incluidas en la prueba y, a menudo, no se distinguen entre sí.”

*“Ese régimen, que ha sido el de la humanidad toda en una época más o menos remota y que rige todavía en una gran parte del Globo, merece que fijemos en él nuestra atención. No basta, en efecto, declarar que la ordalía o el juramento son pruebas y comprobaciones; conviene preguntarse qué es lo que trataba de probarse y cuál es la naturaleza de su fuerza probatoria. He dicho hace un momento que en ese estado de civilización los hombres atribuyen todos los acontecimientos a potencias superiores. Si tomamos esta afirmación en todo rigor, difícilmente se comprenderá por qué se preocupan tanto por hallar un responsable en la especie humana. Lo que en realidad les interesa, lo que los mueve no es tanto la causa de los fenómenos en cuanto el comportamiento de los hombres. Ante un individuo que por razón cualquiera ha despertado una sospecha, no tanto se preguntan si aquél ha cometido realmente el acto del que resulta indicado, cuanto si resulta digno o no de su confianza. Su proceso mental es el siguiente: “ha sido señalado como indeseable; así pues ha cometido un delito”. No pensaban como lo haríamos nosotros: “ha cometido un delito y, por tanto, resulta indeseable”. Se ve entonces que la prueba está destinada no a demostrar el mecanismo de las causas y de los efectos del acto incriminado, sino solo a apreciar lo que puede llamarse, a falta de vocablo más adecuado, la moralidad de la persona sospechosa”.*

*“Esta moralidad será detectada por la ordalía. Esta entra, en efecto, en la categoría vasta de las pruebas de que un grupo social se sirve para verificar la regularidad de la conducta de sus miembros. Tales pruebas son grandemente numerosas y variadas. Van desde la ordalía y el duelo, en los que se arriesga la vida, hasta los simples ritos y gestos de la vida cotidiana, cuyo incumplimiento tiene por sanción la risa o la ironía. Estos últimos nada tienen que ver con la justicia ni con el Derecho, mientras que las ordalías, juramentos y duelos constituyen otras tantas pruebas judiciales, no pruebas, desde luego, de un hecho sino de la honestidad o indignidad del indicado. Obsérvese que aquí aparece en pleno relieve la función persuasiva de la prueba judicial. En razón de la veneración y del terror que inspiran las potencias sobrenaturales, ninguna convicción podría resultar tan intensa como la que resulta garantizada por ellas. El hombre que triunfa en las pruebas no podría ofrecer mejor justificación de su conducta y, por vía de consecuencia, de su buen derecho. Si por el contrario fracasa, no merecerá ni la consideración ni la protección social, es culpable del delito de que se le acusa. Podríamos llamar a semejante sistema el régimen de las pruebas místicas”.*

A este régimen se opone el generalmente empleado en las sociedades más evolucionadas, llamado régimen de las pruebas racionales. El nombre le viene de que reposa en un conocimiento más claro de la concatenación de las causas y de los efectos de los fenómenos, así como sobre una desacralización del espíritu, que elimina en principio toda influencia sobrena-

tural de la vida social. La argumentación se basa entonces en una cultura media comúnmente extendida y utiliza la aplicación de las leyes físicas y psicológicas. Un abogado que defendiese a su cliente pretendiendo explicar y excusar su crimen por una intervención milagrosa, tendría pocas probabilidades de obtener su absolución, aun de un tribunal formado por creyentes sinceros. Como dejo dicho, la prueba judicial trata más bien de convencer que de demostrar, y muy a menudo el litigante, conscientemente o no, se propone hacer triunfar una tesis mendaz. Pero aun en estos casos, utilizará las vías normales de un razonamiento lógico y la habilidad del abogado consistirá en disimular lo vicioso de sus argumentos. Inversamente a las pruebas místicas, las de aquel género son susceptibles de gradación, se prestan a discusión y llegan a veces a soluciones transaccionales.

Ambos sistemas de prueba, a primera vista tan radicalmente diferentes, han sucedido en el curso de la historia; el segundo está indiscutiblemente ligado a un estado de cultura más avanzado que el primero.

## 6. CLASES DE ORDALÍAS

### 1. ORDALÍA UNILATERAL

- a) **El iudicium feretri (juicio del féretro).** Vinculado al culto de los difuntos, este juicio consistía en una manifestación del cuerpo del muerto consistente en efusión de sangre por las heridas, movimientos de algún miembro, etc. Esta prueba ordálica estuvo en boga durante muchísimos siglos; a tal punto que, todavía en 1599, el jesuita Martín Antonio del Río la explicaba, después de analizar las diversas opiniones sobre la naturaleza del fenómeno en el sentido de constituir una prueba de la antipatía natural del muerto hacia su matador: *ex vehementi odio occisi in occisorem, quod qualitatem latentem et arcanam irnpresserit corpori, cum cadavere permanentem* (“por un odio vehemente del muerto contra el matador, que imprimió una cualidad latente y arcana en el cuerpo y que permanece en el cadáver”). Del Río: *Disquisitionum magicarum* (1599, p. 29) y A. M. Blancus afirma en su obra *De indiciis* (1580, p. 393): “Si se exhibe el cadáver ante los matadores y sale sangre de las heridas será un gran indicio para el juez”.
- b) **La prueba del fuego.** Esta prueba deriva de la concepción animística que explicaba la acción destructiva del fuego por la presencia de un ser sobrenatural y consciente. Revestía a su vez varias clases: i) en la forma de ladrillos o piedras puestos al rojo vivo y que había que atravesar a pie desnudo, ii) la caldera de agua; iii) aceite hirviendo, en el cual había que sumergirse por completo o bien, simplemente, inmergir un solo dedo o una mano o el brazo; iv) el plomo derretido que se dejaba gotear en el cuenco de la mano; v) el hierro candente que se hacía frotar sobre la lengua o un brazo o bien se colocaba a una corta distancia de algún miembro.
- c) **La prueba del agua.** Basada en la convicción de que el agua fría repele o rechaza al culpable. Consistía en sumergir al sospechoso atado de pies y manos en una laguna o en un estanque.
- d) **La exposición del acusado ante animales feroces.** Que encarnaban o personificaban los atributos de la divinidad.



## 2. ORDALÍA BILATERAL: EL DUELO

El duelo era la prueba más característica del Proceso Germánico. En sus orígenes, el duelo aparece como una forma reglamentada de la *vendetta*, *faida* o “venganza privada”.

La *faida* o *vendetta* surge históricamente como la retorsión individual de la ofensa recibida. Absorbido el individuo en el grupo social interesa a este la *faida* no solo como un derecho sino, también, como un deber porque la ofensa infligida a un individuo que es parte de una colectividad es ofensa infligida a todo el grupo, al que interesa, por tanto, la retorsión, de donde deviene la fama de la *faida* de clanes contra clanes, de tribus contra tribus y aun de pueblos contra pueblos, en virtud de la solidaridad fáidica, salvo el caso de que el *faidosus* sea considerado por todos como un ser peligroso, indigno por lo tanto del amparo del clan y de la solidaridad fáidica; deviniendo, por lo tanto, un *lupus*, *wargus* o *friedlos*, es decir, sujeto pasivo de la *Friedlosigkeit*, ya explicada anteriormente.

Ahora bien, el duelo ordálico tiene sus orígenes justamente en la *faida*, como lo ha hecho notar Patetta en su ya citado estudio. A medida que la *faida* se va civilizando, el combate entre dos clanes se reglamenta y se protocoliza a través de dos representantes o, por lo menos, de uno solo, el campeón que representa al ofendido o a la familia del ofendido y, de otra parte, el ofensor que puede, eventualmente, estar bien representado por otro campeón; como puede verse, por ejemplo, en *Ivanhoe*, en que Rebeca está acusada de hechicería y magia por los Templarios, representados por Sir Brian de Bois Guilbert y la muchacha judía por el propio *Ivanhoe*, que ingresa a la lid sangrante y malherido después de haber combatido junto al Caballero Negro en el asedio al castillo de Torquilstone. He aquí el “Juicio de Dios”, según la narración de Sir Walter Scott :

*“Una gran muchedumbre se agolpaba alrededor de la liza de San Jorge donde debía tener lugar el juicio de Dios.”*

*“En un extremo del vasto campo cercado se encontraba el trono del Gran Maestre, rodeado por los sillones de los preceptores y caballeros y coronados por el sagrado estandarte de la Orden: el Beau seant. En el otro extremo se levantaba la pira, cerca de la cual vigilaban cuatro esclavos negros”.*

*“La gran campana de San Miguel de Templestowe comenzó de pronto a tocar. A esa señal se bajó el puente levadizo del preceptorio y se vio salir un solemne cortejo formado por trompeteros que precedían a los caballeros y preceptores. En seguida venía el Gran Maestre, seguido por Brian de Bois Guilbert, armado de pies a cabeza y cuyo rostro, mortalmente pálido, reflejaba la tempestad que las pasiones provocaban en su corazón. A su lado cabalgaban Felipe y Alberto de Malvoisin, que llenarían las funciones de padrinos del campeón. Detrás de los caballeros y escuderos avanzaban los guardias armados de partesanas, que conducían a la infortunada Rebeca. Pálida y digna, caminaba lentamente; la habían despojado de sus vestidos y le habían dado un traje de tela blanca”.*

*“Cuando el Gran Maestre hubo llegado a su trono, Conrado de Mont-Fitchet depositó a sus pies el guante de la judía, prenda del combate. Lucas de Beaumanoir ordenó entonces al heraldo que cumpliera su deber. Las trompetas hicieron oír sus sonos y el heraldo proclamó que Bois Guilbert estaba a punto de combatir por la justicia de su causa contra todo campeón noble que se presentase por la judía”.*

“Ningún campeón se presenta por la apelante —dijo Beaumanoir cuando hubo transcurrido un largo rato—. Heraldo, pregúntale si espera a alguno para su defensa”.

“Mientras tanto, el heraldo preguntaba a Rebeca si esperaba un campeón o si confesaba que era condenada justamente”.

“Decid al Gran Maestre que soy inocente y me tengo por injustamente condenada. Yo le pido todo el plazo que sus leyes le permitan acordarme, para ver si Dios me suscita un libertador. Si ese plazo vence, ¡que se cumpla su voluntad! —contestó Rebeca—”.

“¡No permita Dios que judíos o paganos puedan tacharnos de injustos! —exclamó el Gran Maestre cuando el heraldo le comunicó las palabras de Rebeca—. Hasta que la sombra del sol haya pasado del Oeste al Este, esperaremos al campeón de esa infortunada. Pasado ese plazo, que ella se prepare a morir”.

“El heraldo llevó la respuesta a Rebeca, que inclinó la cabeza y, cruzando las manos, levantó los ojos al cielo y se entregó a la oración”.

“Al cabo de dos horas de espera, ningún campeón se había presentado. La opinión general era que nadie consentiría en defender a una judía acusada de hechicería y los caballeros, instigados por Malvoisin, comenzaron a murmurar que era tiempo de declarar vencido el plazo acordado a Rebeca. De pronto, se vio venir por la planicie, a gran velocidad, un caballero que acudía a la liza”.

“¡Un campeón! ¡He aquí un campeón!” —gritaron cientos de voces—. Pero una atenta observación destruyó la esperanza que su llegada había hecho nacer: el caballo parecía extenuado por una larga carrera y el caballero, a pesar de su valentía, parecía tenerse apenas en su silla”.

“El extranjero respondió audazmente al heraldo que él venía a sostener la causa de Rebeca, hija de Isaac de York, para confundir a su acusador, Brian de Bois Guilbert. Como Malvoisin pareciese dudar de la nobleza del recién llegado, aquél levantó su visera para descubrirse el rostro y exclamó:

“Mi nombre es más conocido y mi linaje más puro que el tuyo, Malvoisin. Yo soy Wilfredo de Ivanhoe”.

“Yo no combatiré hoy contra ti” —dijo Bois Guilbert con voz ronca—. Cura tus heridas, toma un caballo y entonces consentiré en castigar tus bravatas”.

“¡Orgullosos bandidos! —exclamó Wilfredo— ¿Has olvidado que dos veces te ha hecho caer mi lanza? ¡Acuérdate de San Juan de Acre y del torneo de Ashby! ¡Recuerda el desafío que me lanzaste en el castillo de Rotherwood! ¡Por el relicario que ese día yo di en prenda, proclamaré tu cobardía, si no te bates conmigo al instante, en todas las cortes de Europa!”.

“¡Perro sajón! ¡Toma tu lanza y prepárate a morir! —exclamó Bois Guilbert ciego de ira—”.

“Este es el juicio de Dios y yo pongo en Él mi confianza” —contestó serenamente Ivanhoe—. Y corriendo al sitio en que estaba Rebeca, le preguntó: “¿Rebeca, me aceptas por tu campeón?”.



“¡Sí!” —exclamó ella con una emoción que el mismo temor de la muerte no había podido provocar—. “¡Sí! Te acepto como el campeón enviado por... Pero no, tus heridas no están curadas. No sea que perezcas, tú también...”.

“Pero Ivanhoe ya estaba lejos. Baja la visera, lanza en ristre, estaba listo para el combate. Bois Guilbert lo había imitado, pero en el momento de cerrarle la visera, su escudero notó que su rostro, hasta entonces pálido, estaba ahora bermejo. Cuando los dos campeones estuvieron en sus puestos, el Gran Maestre arrojó el guante de Rebeca a la arena y dio la señal fatal. Sonaron las trompetas y los dos caballeros se lanzaron uno contra otro. El cansado caballo de Ivanhoe y su amo, no menos exhausto, no pudieron resistir a la lanza y al caballo del templario. Todos habían previsto ese resultado pero, con general sorpresa, Bois Guilbert, cuyo escudo no había sido más que rozado por la lanza de Ivanhoe, vaciló en su silla, perdió los estribos y cayó al suelo”.

“Ivanhoe se había deslizado rápidamente de su montura y se disponía a continuar la lucha, espada en mano. Pero, como su antagonista no se levantase, se llegó a él y, poniéndole el pie sobre el pecho y la espada en la garganta, le exigió que se rindiese si no quería morir en el acto. Ante su asombro, Bois Guilbert continuó mudo”.

“¡No lo matéis sin darle tiempo para arrepentirse!” —exclamó el Gran Maestre—. “Nosotros lo declaramos vencido”.

“Diciendo así, bajó a la liza y ordenó que levantasen el yelmo al caído. Bois Guilbert tenía el rostro congestionado y los ojos cerrados; cuando se los abrieron, permanecieron fijos y sin vida. Sin haber sido tocado por la lanza de Ivanhoe, el bandido había muerto, víctima de sus propias pasiones”.

“He aquí, realmente el juicio de Dios” —dijo el Gran Maestre elevando los ojos al cielo—. “¡Fiat voluntas tuas!”.

De esta manera, pues, el duelo ordálico era *iudicium Dei*, un juicio de Dios, en el cual se manifestaba la decisión divina a través de una intervención celestial en favor de quien tenía la razón. Ya Tácito había advertido la inclinación de los primitivos germanos a atribuir a la intervención divina el resultado de una controversia judicial, superstición que se mantuvo, incluso, después de la conversión de los germanos al catolicismo, creyendo que Dios no podía dejar sucumbir la inocencia y ocultar la verdad. Se creía que, en el duelo, la conciencia del propio derecho, con la ayuda divina, determinaba la victoria del inocente aumentándole las fuerzas y disminuyendo las del adversario quien, privado del socorro celestial y con la conciencia intranquila, estaba condenado a sucumbir o a fracasar. Así, pues, el combate judicial era, en el fondo, un acto de profunda fe y una cuestión de misticismo.

La mentalidad fáustica, esencialmente cartesiana y positiva, jamás podría admitir tales razones como determinantes de la suerte de un proceso. No obstante, ellas se explican en función de una época, esencialmente religiosa y mística, feudal y caballeresca, guerrera y a la vez ascética, época de cruzadas y de investiduras, de Templarios y de Hospitalarios, de Teutones y de reconquistas. Como dice Huizinga, “la ideología de la Edad Media está penetrada en todas sus partes por creencias religiosas. De un modo análogo está embebida del ideal caballeresco...”<sup>(12)</sup>

<sup>(12)</sup> . JOHAN HUIZINGA: El otoño de la Edad Media, palabras iniciales del Capítulo IV.



CAPÍTULO LX

EL PROCESO BARBÁRICO, VULGAR  
O ROMANO-GERMÁNICO



## CAPÍTULO LX

# EL PROCESO BARBÁRICO, VULGAR O ROMANO-GERMÁNICO

1. Carácter dialéctico de este proceso. 2. Importancia de la historiografía visigótica. 3. La *Lex Romana Visigothorum* y el *Código de Eurico*.

### 1. CARÁCTER DIALÉCTICO DE ESTE PROCESO

Del extraordinario y dramático choque entre estas dos grandes fuerzas motrices de la historia jurídica que fueron Roma y Germania surgen el Derecho y el Proceso Romano-Germánico, cuya génesis y desenvolvimiento histórico es, en todo momento, la reproducción de ese gran choque dialéctico entre sus dos grandes ejes o fuerzas generatrices.

Este gran momento dialéctico en la historia del Derecho debe ser, pues, analizado sin perder jamás de vista los principios, las leyes del acontecer del pensamiento dialéctico desde el *corsi* y *ricorsi* de los hechos, desde la lucha eterna de contrarios, hasta la negación de la negación de las mismas categorías históricas constituidas por las grandes leyes y ordenamientos jurídicos que sintetizaron, histórica y dialécticamente, el *elan vital* y la épica *weltanschaaung* de estos pueblos.

Solo así podrá comprenderse el profundo sentido dialéctico de estas categorías históricas como la *Lex Romana Visigothorum*, la *Lex Romana Burgundionum*, el *Código de Eurico* o la *Lex Sállica*, etc., que han sido solamente analizados con el criterio del romanista o del germanista en el sentido de que dichas compilaciones constituyen manifestaciones diversas del Derecho Romano o del Derecho Germánico como sucede, por ejemplo, con las hipótesis historiográficas planteadas por Savigny en su famosa *Historia del Derecho Romano en la Edad Media* o con la no menos famosa hipótesis historiográfica de VINOGRADOFF<sup>(1)</sup> formulada en sus célebres lecciones de Oxford sobre el Derecho Romano en la Europa Occidental y en las que nos habla de una “segunda vida del Derecho Romano después de la desaparición del cuerpo en el cual vivió por primera vez” o, como a contrario sensu sucede, verbigracia, con los planteamientos historiográficos de LUDOVICO MAURER para quien toda la historia del proceso se reduce a una elaboración pan-germanística; tesis esta que, desenvuelta más tarde por RICHARD SCHMIDT llega a plantearse en esta forma: “el actual derecho procesal es, en su raíz, un puro producto nacional germánico”;<sup>(2)</sup> y cuya antítesis más famosa es la elaborada por CHIOVENDA, según el cual “la idea romana es el alma y la vida del proceso civil moderno”.<sup>(3)</sup>

Hipótesis extremas todas estas, que no hacen más que poner en evidencia el carácter dialéctico de la historia del Derecho y del Proceso.

<sup>(1)</sup>- PAUL VINOGRADOFF: *Diritto Romano nell'Europa mediale*, p. 16, Gluffrè Editore, Milán, 1990.

<sup>(2)</sup>- RICHARD SCHMIDT: *Lehrbuch des deutschen Civilprozesrechts*, p. 39, 7ª ed., 1990, 1990.

<sup>(3)</sup>- CHIOVENDA: “La idea romana en el proceso civil moderno”, en sus *Ensayos*, tomo I, p. 329.



Como dice **CALASSO**: “Reducir el Derecho Común a un puro y simple proceso de evolución espontánea del Derecho Romano, significaría tanto como —según observó Brandileone— negar toda verdadera importancia creativa de los siglos sucesivos a Justiniano”.

Es interesante al respecto destacar la opinión del notable germanista **KARL FRIEDRICH EICHORN** (1781-1854), profesor en las universidades de Göttingen, Frankfurt y Berlín y uno de los más notables representantes de la escuela histórica, cuyas doctrinas analizan las instituciones del Derecho alemán frente a las del Derecho romano, fijando su conexión interna, como asimismo su relación con los conceptos generales del Derecho. Ahora bien, en su obra *Deutschen Staats und Rechtsgeschichte* sostiene, no obstante su germanofilia, que ya en las provincias romanas del reino franco se había operado una fusión entre romanos y germanos, originándose así un nuevo pueblo. Huelga decir que incluso Eichhorn sostiene que la esencia de este nuevo pueblo se caracterizó por una barbarie progresiva. La cultura anterior de los romanos se fue perdiendo y en su lugar apareció una decadencia incontenible pero, al mismo tiempo, fue apareciendo una nueva *weltaanschauung* forjada bajo el espíritu belicoso y el ansia de libertad de los germanos.

La idea de tal libertad germánica y de la participación de todos los hombres libres en el poder público fue una tesis sustentada inicialmente por **JUSTUS MOSER** quien, en el Prólogo a su obra *Osnabruckische Geschichte*, nos habla de una antigua Edad de Oro de los pueblos germánicos que sobrevivía aún en tiempos de Carlo Magno; tesis que luego es recogida y desenvuelta en la muy citada obra de **ROGGE** *Über das Gerichtswesen der Germanen* y que a nosotros nos interesa para caracterizar mejor la esencia de la Ewa y del proceso germánico, especialmente como lo veremos más adelante al estudiar entre otras leyes bárbaras a la *Lex Sállica* y a la *Ewa Chamavorum*, etc.

Por ello, para comprender mejor la esencia de este Derecho híbrido y común a dos, profundizando aún más nuestras ideas de esta época de “tiempos revueltos”, expuestas en páginas anteriores en los capítulos II y III, nada mejor, dentro de una auténtica interpretación dialéctica de la historia que analizar la genuina infraestructura de este Derecho bárbarico, vulgar o romano-germánico y para ello me remito a las páginas de una obra clásica: *Los fundamentos económicos y sociales de la cultura europea. De César a Carlo Magno*, por **ALFONS DOPSCH** (p. 519 y ss.):

*“En conjunto, el carácter del proceso económico y social operado desde la época de las invasiones hasta la carolingia, resulta muy distinto de lo que había supuesto antes la mayoría de los tratadistas. La desaparición del poder político de Roma (hacia 476) no provocó una decadencia total de la cultura. Los germanos, que fundaron una nueva constelación de Estados en territorio romano, distaban mucho de ser bárbaros incultos, que se veían obligados a recomenzar desde una fase primitiva para volver a alcanzar, poco a poco, el nivel cultural de Roma gracias a la Iglesia, que les proporcionó el acervo de la civilización romana, conservado por ella”.*

*“Familiarizados, mucho tiempo antes con el carácter y las instituciones de Roma, los germanos participaron en ella y hasta la enriquecieron como consecuencia de haber servido en su ejército y en su administración, lo mismo que en calidad de criados y colonos, estaban en condiciones de adoptarla y desarrollarla. Como a menudo se establecieron en medio de una población romana muy numerosa, al suplantar a los gobernantes romanos adoptaron, en interés propio, una actitud conservadora frente a las instituciones romanas, lo que hizo posible el desarrollo ulterior de la espléndida herencia recibida. Esta, naturalmente, no permaneció inalterable, sino que sirvió de modelo y ejemplo para la nueva organización de la vida, impuesta por la circunstancia de que*



el mundo romano se hallaba en descomposición y en plena ruina su régimen social y económico. Los nuevos dueños fijaron, por sí y ante sí, el nuevo orden, sobre todo en el aspecto político. La vida de los antiguos pueblos germánicos había sufrido ya notables transformaciones en la época de las grandes invasiones, imponiendo entre ellos uniones que se consolidaron en los estados sedentarios que fundaron. Con este proceso corrió parejas el de la concentración del poder público en la monarquía, impuesto por las luchas con los romanos. De jefes militares que habían sido, los duques y régulos germánicos se convirtieron en monarcas, que gobernaron como tales una vez establecidos con carácter permanente en sus nuevos Estados territoriales. Como consecuencia, las antiguas instituciones democráticas sufrieron una transformación. El poder, en otros tiempos basado en el pueblo, en la asociación de los hombres libres comunes, pasó a un soberano único, que en lo sucesivo había de trazar los senderos del nuevo régimen. La administración de los organismos centrales heredada de los celtas y romanos (*pagi, civitates*) quedó sometida al poder real que la ejerció por medio de funcionarios de su nombramiento (*condes*). Lo propio cabe decir de las ciudades.”

“La cultura de esta época primitiva anterior a los carolingios no fue exclusivamente agrícola ni vivió sin ciudades, como se ha pretendido muy a menudo. Ni las ciudades romanas quedaron totalmente devastadas por las olas de invasiones, ni los nuevos dominadores germánicos rehusaron el establecerse en ellas. En Italia, España y las Galias, continuaron siendo ellas, como antes, los centros de administración de la región circundante, mientras en el orden económico servían de mercado al tráfico mercantil y proporcionaban a la industria magníficas bases de desarrollo. Esta no sufrió una decadencia total ni tuvo que refugiarse en los grandes dominios señoriales; antes bien, el antiguo régimen municipal autónomo sustituyó por otro de tipo señorial, encabezado por el Conde de la ciudad nombrado por el rey; además de él, tuvo el obispo cada vez más importancia en el gobierno de las ciudades”.

Pero todo lo que antecede, es preciso insistir una vez más en el factor germánico, en desmedro del Derecho Romano, en este factor “hibridizante” del Derecho del cual resultará más tarde, al alborear el siglo XII, el Derecho común. Por nuestra parte consideramos que, aun antes del advenimiento del Derecho común (alrededor del siglo XI), antes de la iniciación del humanismo jurídico y aun de la etapa auroral preimeriana, existen, compenetrados históricamente con el espíritu de los pueblos y con el elan vital del desarrollo histórico, ciertos fenómenos de síntesis histórica, re-presentados por formas expresionales o categorías de la dialéctica histórica, como son las estructuras lingüísticas del latín vulgar y los barbarismos sintácticos y semánticos con los que empieza a aflorar el habla nacional (véase al respecto: **RAMON MENENDEZ PIDAL**, *Manual de gramática histórica española*, 1948; **RAMON MENENDEZ PIDAL**: “Poesía Juglaresca y Juglares”; **RAMON MENENDEZ PIDAL**: “El idioma español en sus primeros tiempos”, 46 edición, Espasa Calpe, Argentina, Buenos Aires, 1951; **ERNST ROBERT CURTIUS**: *Literatura europea y Edad Media latina*, 1975; **GUSTAVE COHEN**: *La vida literaria en la Edad Media*, 1981; **EDGAR DE BRUYNE**: *Estudios de estética medieval*, 1958; **PIER SILVERIO LEICHT**: *Il Diritto privato preimeriano*, 1933; **FRANZ WIEACKER**: “Vulgarismus und Klassizismus im Römischen Recht der Ausgehenden Antike”, estudio publicado en los *Studi in onore di Pietro de Francisci*, 1956, p. 115-138; **FRANZ WIEACKER**: *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, 1955; **MAX KASER**: “El Derecho Romano vulgar tardío”, conferencia pronunciada en marzo de 1960 y publicada en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXX, pag. 617 a 630, Madrid, 1960; **MAX KASER**: “Zum Begriff des Spätromischen Vulgarrechts”, en los *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. III: *Storia del Diritto e Diritto Romano*, p. 229 y ss., 1962), o como las normas legales que vamos a ver a continuación y que constituyen la síntesis fecunda y genial de pueblos y de idiosincrasias antagónicas fusionadas ante un común destino.

## 2. IMPORTANCIA DE LA HISTORIOGRAFÍA VISIGÓTICA

De un tiempo a esta parte y sobrepasando a las investigaciones orientalisticas, ha cobrado importancia decisiva la cuestión inherente al Derecho Romano vulgar de Occidente. Como dice Alvaro D'ors,<sup>(4)</sup> “en efecto, después de un período de nuestros estudios en el que la atención de todos se orientaba hacia la zona oriental del imperio romano, para lo que contribuía poderosamente el rico caudal papirológico, parece haberse iniciado ya una nueva época en la que se presta una mayor atención a las fuentes occidentales, las cuales, como observó rectamente Eduardo Volterra gana interés a los orientales prejustinianos”.

El Derecho Visigótico es, en este sentido, una fuente cada vez más viva de atracción historiográfica. La historiografía visigótica se debe a las investigaciones de **ERNST LEVY**<sup>(5)</sup> y **PAOLO MEREÀ**, **KARL ZEUMER**, **RAFAEL UREÑA** y **SMENJAUD**, **ALFONSO GARCIA GALLO**, **ALVARO D'ORS**, **GIULIO VISMARA** y **MANUEL TORRES LOPEZ**<sup>(6)</sup> entre otros.

## 3. LA LEX ROMANO VISIGOTHORUM Y EL CÓDIGO DE EURICO

**FUENTES:** edición crítica de Haenel (Leipzig, 1849); edición de Max Conrat (Leipzig, 1903).

**BIBLIOGRAFIA:** **CALASSO:** *Medio Evo del Diritto* (p. 72); **GUIDO ASTUTI:** *Lezioni di Storia del Diritto Italiano Le Fonti: Etá Romano-barbárica*, 1953, p. 18 y ss., 23 y ss., 27 y ss., 30 y ss., 34, 37, 40, 51, 79, 89, 179 y ss., 245, 276, 309 y ss., 319, 328, 334, 355, 386, 393, 454, 457; **P. S. LEICHT:** *Storia del Diritto italiano-Le fonti*, 1956, p. 27 y ss.; **BESTA:** *Fonti del Diritto italiano*, 1962, p. 25; **GARCIA-GALLO:** *Manual de historia del Derecho español*, 1971, t. I, p. 343; **GALO SANCHEZ:** *Curso de historia del Derecho*, 1940, pág. 55; *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, p. 818-819; **BRUNNER:** *Historia del Derecho germánico*, par. 14 y 15, p. 51, 55, 1976; **SALVADOR MINGUIJON:** *Historia del Derecho español*, p. 38 y ss., 65 y ss., 1927; **PAUL VINOGRADOFF:** *Diritto Romano nell'Europa medievale*, p. 18, 19 y ss., 1950.

Aunque San Isidoro de Sevilla (escritor de transición de la era pre-escolástica conjuntamente con Boecio, Alcuino, Rábano Maure y Beda el Venerable) nos dice en su historia *De regibus gothorum* —escrita a principios del siglo VII— que fue Eurico el primero de los reyes visigodos que dio leyes escritas a los godos a través del famoso Código que lleva su nombre; hay motivos para afirmar que existieron leyes anteriores. Así se infiere del texto del Palimpsesto de París, del testimonio del obispo de Clermont, Sidonio Apolinar, contemporáneo de Eurico, el cual nos habla incidentalmente de unas leyes Theodoricianas, conocidas actualmente con el nombre de *Fragmenta Gaudenziana* u *Ordo Melifluus* o también Capítulos Gaudenzianos o Capítulos de Holkham, por haber sido investigadas por el profesor de Bolonia **AUGUSTO GAUDENZI** en un códice de la biblioteca de Lord Leicester en **HOLKHAM**, que contiene catorce capítulos de un *Edictum Regis* desconocido y atribuido a Teodorico.

(4).- **ALVARO D'ORS:** “Codex Euricianus”, en los Studi in onore di Pietro de Francisci, volumen II, p. 40, Milán, Giuffrè, 1934.


(5).- **ERNST LEVY:** *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadelfia, 1911. **ERNST LEVY:** *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Heidelberg, 1911.

(6).- **PAOLO MEREÀ:** *Estudios de direito visigótico*, Coimbra, 1911; **KARL ZEUMER:** *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1911; **UREÑA Y SMENJAUD:** *Estudios de literatura jurídica*, Madrid, 1911; **ALFONSO GARCÍA GALLO:** *Tratado de historia del Derecho español*, volumen II, Madrid, 1911.





CAPÍTULO LXI



EL DERECHO ROMANO-VISIGÓTICO,  
ROMANO-OSTROGODO  
Y ROMANO-BURGUNDIO





## CAPÍTULO LXI

# EL DERECHO ROMANO-VISIGÓTICO, ROMANO-OSTROGODO Y ROMANO-BURGUNDIO

1. El Ordo Mellifluus o *Fragmenta Gaudenziana*. 2. El *Edictum Theodorici Regis*. 3. El Código de Eurico. 4. La *Lex Romana Visigothorum*. 5. *Ley de Teudis*. 6. Código de Leovigildo. 7. El “Fuero Juzgo”. 8. El Derecho Procesal en el “Fuero Juzgo”. 9. La *Lex Romano Burgundionum*. 10. Fuentes de la *Lex Romano Burgundionum*. 11. Aspectos procesales de la *Lex Romano Burgundionum*.

### 1. EL ORDO MELLIFLUUS O FRAGMENTA GAUDENZIANA.

(**BIBLIOGRAFÍA:** **AUGUSTO GAUDENZI:** *Un'antica compilazioni di Diritto Romano e visigoto con alcuni frammenti delle leggi di Eurico. Tratta da un manuscrito della biblioteca di Holkham*, 1886. **A. GAUDENZI:** *Documenti e studi della R. Deputazioni di storia patria di Romagna*, vol. II, 1887; **K. ZEUMER:** “*Fragmenta Gaudenziana*”, publicada en el volumen *Monumenta Germaniae Historia*, Tomo I, Sección I (*Nationum germanicarum leges*), p. 469 y ss.; **MEREA:** “*Fragmenta gaudenziana. Para a solucao de um enigma*”, en el volumen *Estudos de Direito visigótico*, 1948; **GIULIO VISMARA:** “*Fragmenta Gaudenziana*”, en la colección *Ius Romanum Medii Aevi*, Pars I, 2 b bb, beta, p. 211-219, 1961; **FRANCESCO CALASSO:** *Medioevo del Diritto*, p. 294, 1954; **CLAUDIO SHWARZENBERG:** “*Ordo Mellifluus*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, p. 178-179 del vol. XII, 1965).

**AUGUSTO GAUDENZI**, gran medievalista y profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Bolonia (nacido en Bolonia en 1858 y muerto allí mismo en 1916) publicó en 1886 una colección de antiguos documentos que llevan su nombre: *Colección gaudenziana* y que contiene los fragmentos de una antigua ley romano-visigótica —he allí la razón de su nombre: *Fragmenta Gaudenziana*—, según un manuscrito descubierto por Gaudenzi en la biblioteca de Holkham, por lo que también se le conoce a este antiguo manuscrito con el nombre de “Capítulos de Holkham”; y se habla de capítulos por contener el viejo código catorce capítulos numerados del 7 al 20 en los fragmentos referidos. Estos catorce capítulos suelen conocerse también con el nombre de *Ordo Mellifluus* en atención a las palabras con las que se inicia el texto:

*“in Christi nomine  
incipit ordo mellifluus  
in expositione legum romanorum  
ex constitútionē imperiali  
promulgatae a domino Justiniano piísimo augusto”.*

O sea:

*“En el nombre de Cristo  
empieza el orden melifluo  
con la exposición de la legislación romana  
según la Constitución imperial  
promulgada por el Señor Justiniano  
piadoso emperador”.*

El *Ordo Mellifluus* contenido en el viejo códice de la biblioteca de Holkham es un manuscrito signado con el número 210 de dicha biblioteca que fue transcrito por un antiguo escribano lombardo a fines del siglo IX o durante el siglo X, de un original que se ha perdido y que se remontaría, según la tesis de **MEREA**, quien ha dedicado al argumento un estudio notable citado en la bibliografía supraindicada, al reino visigodo de España, durante el reinado de Teodorico el Grande (510-526).

Según Calasso, el *Ordo Mellifluus* es un extraño mosaico de textos sumamente dispares y, según Bruno Paradisi, “es una amalgama de Derecho romano-visigótico, justiniano y teodosiano que, perteneciendo al ambiente visigótico, tiene algunas particularidades que constituyen el aspecto más interesante y, a la vez, el más enigmático de esta colección”.

El enigma historiográfico estaría constituido por la pluralidad de respuestas que se han dado al siguiente pliego interrogatorio: ¿quién promulgó el *Ordo Mellifluus*? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Cuál fue su ámbito jurisdiccional? o ¿en qué territorio rigió? ¿Es una norma autónoma y principal o es accesoria a otra? o ¿los catorce capítulos son un fragmento a integrarse con el Edicto de Teodorico, con el cual guardan una afinidad estrechísima y con el *Codex Euricianus*, con el cual hay también una parentela indiscutible, o están referidos a una legislación preexistente que estos fragmentos pretendieron integrar o suplir precisando formalidades y modos de actuación que en aquella no habrían estado considerados?; o, como dice en hermosa expresión el profesor **BRUNO PARADISI**, “¿estos catorce capítulos son una adivinanza, un acertijo, desde que Gaudenzi descubrió la compilación en la biblioteca de Holkham?”.

La primera cuestión y, en general, todas estas enigmáticas preguntas, son un reflejo, en el microcosmos del *Ordo Mellifluus*, del trágico sino que aqueja al macrocosmos de todo el Medioevo: el anonimato de sus grandes textos, dentro de un aquelarre de fantasmagorías góticas, de penumbras conventuales, de reyes malditos y de juristas anónimos que solo han dejado los rastros vaporosos y sutiles de una existencia difuminada que es preciso exorcizar y que constituyen el aura fantasmal de un alma en pena que es la noche gótica en el Alto Medioevo.

Ello no obstante, el gran medievalista francés **GUSTAVE COHEN** ha dicho en una obra notable titulada *La gran claridad de la Edad Media* que “las tinieblas de la Edad Media no son sino las de nuestra ignorancia”.<sup>(7)</sup> Para disiparlas, el ilustre profesor de La Sorbona nos hace una historia del alma medieval y de su aporte a la cultura de Occidente, diciéndonos: “es un período inmenso no solo por lo que ha sido capaz de cumplir sino también por lo que ha gestado —y a eso es a lo que aún se llama algunas veces las tinieblas de la Edad Media, allí donde no veo más que deslumbradoras claridades de alba y de aurora—”.<sup>(8)</sup>

Al conjuro de esta evocación, los exorcistas de la Historia han lo-grado ahuyentar de las criptas y sarcófagos del Derecho alto-medieval a los trasgos y espíritus malignos que rondaban negando y aún niegan los grandes aportes al Derecho Procesal de todos los tiempos de estos “monumentos de la historia jurídica”, como los ha llamado **KARL ZEUMER**, un eminente historiógrafo del Alto Medioevo, en una famosa obra: *Monumenta Germaniae Historiae*, t. I: *Leges Visgothorum*, p. 469 y ss. (1902), estudio que se puede consultar más cómodamente en su traducción española: *Historia de la legislación visigoda* (1944).

<sup>(7)</sup> - **GUSTAVE COHEN**: *La gran claridad de la Edad Media*, p. 77, Editorial Huemul S.A., Buenos Aires, 1985.

<sup>(8)</sup> - **GUSTAVE COHEN**: Ob. cit., p. 94.



El origen del *Ordo Mellifluus*, según Gaudenzi estaría referido a Italia —concretamente, a la escuela de Ravena—; según **MAX CONRAT**, a la Provenza; según **ZEUMER**, a la Galia Meridional y, según el profesor **PAULO MERECA**, de la Universidad de Coimbra, al reino visigodo de España, en donde se habría promulgado durante el reinado de Teodorico el Grande (510-526).

Quien quiera que haya sido el anónimo autor del *Ordo Mellifluus*, lo cierto es que el Código confirma la tradición ininterrumpida de los estudios de Derecho Romano en el Alto Medioevo.

Ahora bien, el *Ordo Mellifluus* contiene a través de sus catorce capítulos recogidos en los *Fragmenta Gaudenziana*, temas de Derecho de Sucesiones y, fundamentalmente, de Derecho Judicial y Procesal, tales como “la condena del Juez venal” (*Frag. Gaud.*, 10), el proceso en contumacia (*Frag. Gaud.*, 11), la ejecución de la sentencia (*Frag. Gaud.*, 12), la designación de los jueces que depende exclusivamente de la voluntad del rey (*Frag. Gaud.*, 13), etc.

Así, se sanciona con una pena del cuádruplo de la suma litigiosa al juez venal que ha dictado una sentencia injusta, siempre que se pruebe que el juez ha actuado deliberadamente. En materia de contumacia, se consagra el principio de vencimiento en juicio para el contumaz, a menos que el ausente haya justificado su ausencia en el proceso. La sentencia pronunciada en contumacia de una de las partes es ejecutiva e inapelable.

En materia de ejecución de sentencia, se consagra el principio según el cual, dentro de los dos meses de dictada la sentencia, el acreedor se podrá dirigir al *iudex* quien, a su vez, enviará ante el deudor a un “sajón” acompañado del acreedor para gravar los bienes del deudor en cuanto puedan equivaler a la satisfacción de la deuda. Tales bienes serán consignados al acreedor hasta que el deudor pague el monto de su obligación.

Los demás capítulos del *Ordo Mellifluus* guardan estrecha correlación con el Edicto de Teodorico y con el *Codex Euricianus*.

## 2. EL EDICTUM THEODORICI REGIS<sup>(9)</sup>

Ha sido atribuido por algunos historiadores al rey ostrogodo Teodorico el Grande (493-525) y, según otros, al rey visigodo Teodorico XX (453-466). La obra constituye una compilación de normas extractadas de las leyes y del *iura* en uso en el Bajo Imperio aplicadas para los romanos y los godos sobre asuntos de Derecho Penal y Procesal y, también, algunas cuestiones de Derecho Privado, juzgándose las *litis* entre godos y romanos por el llamado *comes gothorum*.

El *Comes Gothorum* no era otra cosa que un magistrado militar encargado de gobernar un vasto territorio y con facultades jurisdiccionales como para resolver las controversias entre Godos y romanos; mientras que las *litis* entre romanos eran resueltas por los *Cognitores*. Las controversias resueltas por el *Comes Gothorum* debían ser decididas por una sentencia que examinara la prueba actuada y no con la *praxis* germánica del “Juicio de Dios” (*Gottesurteil*), según atestiguara la obra de Cassiodoro intitulada *Variae*, según la cual:

<sup>(9)</sup>.- Sobre el Edictum Theodorici, véase la edición de **BLUHME** *Monumenta Germaniae Historiae, Leges Nationum Germanicarum*, vol. V, 1873; **BAVIERA**: *Fontes iura romanae antejustiniani*, Florentiae, 1896, p. 463 y siguientes.



- 1) “*in causa possint iura. non brachia*” (*Variae*, VII, 3)
- 2) “*cur ad monomachiam recurritio,  
qui venalem iudicem non habetis?  
Deponiti ferrum,  
qui non habetis inimicum*” (*Variae*. III, 24)
- 3) “*remove consuetudines abominanter  
inclitas: verbis ibi potius  
non armis causa tractatus*” (*Variae*. III, 23)

### 3. EL CÓDIGO DE EURICO

Dice el historiador español **GALO SÁNCHEZ** que el Código de Eurico es el más antiguo de los que en España aparecen, y tiene una importancia considerable en el Derecho europeo. Es el más antiguo también de los códigos germánicos, habiendo servido, en parte, de modelo para la redacción de muchos de ellos.

Eurico fue el primer monarca legislador visigodo, según dice San Isidoro de Sevilla en su historia *De regibus gothorum*, escrita a principios del siglo VII.

Según **GARCIA GALLO**, el Código de Eurico fue promulgado entre los años 466 y 481, más exactamente hacia el 475, y contiene 400 capítulos para que rijan en todo el reino, sobre godos y romanos.

**ALVARO D'ORS**, por su parte, considera que la fecha más probable del Código de Eurico es la del año 476 (confróntese **ALVARO D'ORS**: “*Codex Euricianus*”, en los *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. II, p. 451-469, 1956).

### 4. LA LEX ROMANA VISIGOTHORUM

Conocida también con el nombre de *Breviarium Alarici* o *Edicto de Aniano*, por haber sido hecha compilar por orden de Aniano, ministro del rey visigodo Alarico II. El 2 de febrero del año 506 se promulgó con carácter general para romanos y visigodos —y no solo para los romanos, como erróneamente sostienen algunos—, a fin de que, como dice el propio texto original en su advertencia, “se rehace la constante y diversa oposición de los litigantes” y “para que conforme a su tenor se apacigüe toda demanda de las causas y para que ningún otro libro sea de las leyes o del ius, pueda ser alegado en la discusión, sino que por el libro dirigido y suscrito por mano de varón considerable Aniano, como mandamos, se termine el orden. Por ello te conviene prevenir que en un tribunal ninguna otra ley ni fórmula del ius se pretenda citar o recibir. Pues, si acaso se hiciere será o con peligro de tu cabeza o con pérdida de los bienes que se sepa te pertenecen. Y este precepto mandamos se una a los libros que se envían, para que se mantenga nuestra orden y disciplina y se sancionen con la pena. Lo comprobamos.

“Dado el 4 de las nonas de febrero (2 de febrero) en el año 22 del rey Alarico de Tolosa (506 d. C). Aniano, varón considerable, por mandato de nuestro gloriosísimo señor, el rey Alarico, ordenándolo el varón magnífico e ilustre Conde Goyarico, este código de leyes y ius, conforme con el auténtico suscrito y publicado en el tesoro, lo suscribí y publiqué el día 3 de las nonas de febrero en el año 22 de nuestro señor el rey Alarico”.

La importancia e influencia de la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviarium Alarici* ha sido trascendental en la Historia del Derecho; primero, porque se convirtió en Francia y en España en la fuente decisiva del Derecho nacional; segundo, porque este código obtuvo una resonancia mundial entre las naciones occidentales de Europa en circunstancias en que aún no se había promulgado el *Corpus Iuris* de Justiniano, convirtiéndose indudablemente en la razón determinante que indujo a Justiniano a seguir los pasos de su antecesor legislativo, el rey visigodo Alarico II; tercero, porque este código ha servido de fuente durante muchos siglos para conocer otras fuentes perdidas del Derecho Romano prejustiniano, como las institutas de Gayo y los códigos Gregoriano y Hermogeniano; cuarto, porque introdujo el Derecho Romano en los pueblos germánicos influenciados por ella; quinto, porque este código sirvió de base, en las escuelas monacales alemanas de los primeros siglos de la Edad Media, para la enseñanza del latín y el Derecho<sup>(10)</sup>; sexto, porque este código y sus filiales, como la *Lex Romano Burgundionum*, y continuadores, como el Fuero Juzgo, fue la única legislación capaz de enfrentarse, durante muchos siglos, a la vigencia del *Corpus Iuris* de Justiniano.

¿Cuáles fueron las razones determinantes de la codificación alaricana? De una parte, la multiplicidad de leyes romanas prejustinianas; de otra parte, la necesidad de legislar en un código único gran parte de las *mores* o costumbres germánicas que aún no habían sido recogidas por el *Código de Eurico* o que, estándolo, se contradecían con las *leges* romanas; en suma, como dice la advertencia del rey Alarico a su Breviario: “lo que en las leyes parecía inicuo lo corregimos con la mejor deliberación, para que toda oscuridad de las leyes de los romanos y del antiguo *ius* manifestada a los sacerdotes y nobles varones, puesta a la luz de la mejor inteligencia resplandezca y nada se halle dudoso, y con ello se rechace la constante y diversa oposición de los litigantes”.

Como dice Paul Vinogradoff, “una de las razones principales del ‘pálido color de los estudios nocturnales del Derecho Romano’, como decía Teodosio II refiriéndose al Estado de Derecho de su tiempo, estaba sin duda determinado por la gran entidad de tratados eruditos, de la variedad de remedios procesales, de la dificultad de los casos jurídicos y de la desmesurada cantidad de leyes imperiales que se constituyeron en un fuerte obstáculo frente a los esfuerzos de la mente humana para superarlos. Fue una bella empresa la del bárbaro rey visigodo, la tentativa en el año 506, con la ayuda de nobles, del clero y de los electores de las provincias, de hacer para la población romana bajo su dominio, aquello que Justiniano haría, treinta años más tarde con medios infinitamente mayores a su disposición, para el imperio de Oriente”.<sup>(11)</sup>

Consideramos, por nuestra parte, que la *Lex Romana Visigothorum* revela, como el sino de su tiempo, la convergencia de dos influencias: a) la influencia romana; y, b) la influencia germánica.

La primera recoge, a su vez, antecedentes fundamentales del Derecho escrito como el *Codex Teodosianus* y algunas novelas post-teodosianas, las sentencias de Paulo y las institutas de Gayo recogidas en el llamado *Epítome Gai* o *Liber Gai*; así como también extractos del *Código Gregoriano*, del *Código Hermogeniano* y un breve fragmento de las respuestas de Papiniano.

La segunda, a su vez, recoge las costumbres germánicas no escritas, pero en alguna forma ya recopiladas con anterioridad por *Código de Eurico* y por el *Edicto de Teodorico*. Por otra parte, si hubo influencias recibidas, quizá mayores fueron las influencias ejercidas, y ello se advierte a través de una comparación entre la *Lex Romana Visigothorum* y el *Corpus Iuris* de Justiniano (Para una comparación estructural entre ambas, véase Paul Vinogradoff, *ob. cit.*).



## 5. LEY DE TEUDIS

El año 546 se promulgó la *Ley de Teudis*, que trata de las costas y de los gastos de los juicios. Teudis mandó insertarla en el *Código de Alarico* para que rigiera por igual a los godos e hispanos-romanos.

## 6. CÓDIGO DE LEOVIGILDO

**LEOVIGILDO** (568-586) hizo una reforma del *Código de Eurico* corrigiendo unas leyes, añadiendo otras, eliminando las que resultaban superfluas. De este trabajo resultó un nuevo *Código* que aumentó la penetración del romanismo en el Derecho Germánico, inspirándose en un criterio de igualdad para ambas razas. Al *Código de Eurico* se fueron agregando las leyes posteriores hasta el advenimiento de Recesvinto.

## 7. EL “FUERO JUZGO”

El “Fuero Juzgo” o *Liber Judiciorum* es el nombre con que se conoce a la legislación recesvintiana.

**RECESVINTO** (649-672), completando la reforma de la legislación visigoda iniciada por su padre **CHINDASVINTO**, publicó una nueva *Lex Visigothorum* que derogó a toda la legislación anterior:

“Porque no evitaba, con lucidez, las controversias de los litigantes, de modo que (estas leyes) que debieran poner fin a las demandas (calumnias), con ello preparan nuevos lazos de engaño contra ella. De lo que nace la multitud de pleitos, de los que se derivan las controversias entre los litigantes. De ello nace también la duda de los jueces, de manera que ignoran cómo poner término a las demandas despachándolas u oponiéndose pues siempre se encuentra en toda vacilación y duda”.

“Por tanto... desde el 12 de las calendas de noviembre del año segundo y de nuestro reinado (21 de octubre de 681)... por nuestra gloria obtenga firme valor y el incommovible oráculo de la celebridad”.

“El glorioso rey Flavio Recesvinto. Sobre las leyes derogadas de otros pueblos. Permitimos y aceptamos que se estudie en las leyes de otros pueblos para buscar utilidad, pero las rechazamos y prohibimos para la discusión de los negocios” (Fuero Juzgo 2 1 (2, 3, 5 y 10)).

“Que los jueces non oigan ningún pleyto sinon aquel que es contenido en las leyes” (Fuero Juzgo, 2, 1, 11).

## EL DERECHO PROCESAL EN EL “FUERO JUZGO”

El procedimiento en el *Liber Judiciorum* es más romano que germano. No tiene la publicidad (no hay huellas de asamblea judicial) ni el carácter formalista que entre los germanos tenía. Se entabla a instancia del demandante, a lo cual sigue la citación del juez al demandado. Esta citación se hace por un enviado que entregará al citado, delante de personas ingenuas, la carta o sello del juez (*epistulam vel sigillum*). La no comparecencia se castiga con multa y, no teniendo el multado para pagar, con azotes (si no es eclesiástico).

Contestada ante el juez la demanda por el demandado, se presentaban por ambas partes las pruebas. Primero interrogaba el juez a los testigos, los cuales debían declarar con juramento (II, 4, 2) y después examinaba los documentos. No pudiendo probarse la verdad de la demanda, el demandado podría quedar libre prestando juramento en contra de la reclamación y entonces el que le había reclamado debía pagarle cinco sueldos (lib. II, til I, ley 21 y til 2, ley 5).

Respecto del procedimiento criminal se dispone que, si alguno creyese deber acusar a otro que sea igual suyo en la nobleza o en la dignidad del Oficio palatino, en causa contra el Rey o contra la patria, o de homicidio o de adulterio, deberá tener previamente confianza en que podrá probar la acusación. Si no pudiere probarla, hará la acusación por escrito con la firma de tres testigos, y si por este motivo sufriere tormento un inocente, a este le será entregado en servidumbre el acusador para que haga de él lo que quiera, pero sin poder infligirle la muerte. Podía, sin embargo, en este caso el acusado (según el texto reformado de Ervigio) optar por la composición con el acusador, el cual le pagaría aquello en que el acusado que hubiese sido atormentado tasase sus tormentos. Esa acusación escrita a que nos hemos referido debía presentarse secretamente al juez, y si el que es sometido a tormento coincidiese en su declaración con lo que contiene el escrito acusatorio, se le tendrá por culpable. Pero si el sometido a tormento se declara culpable y su declaración no se ajusta a lo que expresa la acusación escrita, se entiende que la declaración ha sido arrancada por el tormento y se castiga al acusador como se ha dicho. Si el acusador no ha guardado el secreto sino que, antes de comunicar la acusación al juez, ha enterado de ella al acusado, el juez no podrá someter a este a tormento. Lo mismo se ha de observar tratándose de personas de clase ingenua, solo podrán sufrir el tormento en causas que valgan quinientos sueldos (trescientos antes de Ervigio); en las demás, a falta de prueba, se librarán por juramento. Sea o no noble el atormentado, si el juez por malicia o por haber sido sobornado por el acusador deja inferir tal tormento que por él sobreviniere al acusado la muerte, el juez será entregado a los parientes más próximos del muerto para ser castigado con la misma venganza. Si la muerte ha sobrevenido no por malicia ni por soborno, sino por negligencia del juez, pagará este quinientos sueldos a los herederos del muerto, y no teniendo para pagar será entregado en servidumbre (Vol, 1,2).

Al siervo no se le puede poner a tormento sin que el acusador previamente se obligue a que, en el caso de que el siervo sufriere el tormento siendo inocente, entregará él al dueño otro siervo de igual mérito. Además, lo mismo tratándose de siervos que de ingenuos, el acusador debía jurar que ningún dolo, fraude o malicia le movía a someter a tormento a un inocente.

No se encuentran en la ley visigoda huellas de los conjuradores que en el Derecho Germano reforzaban la declaración del acusado. Tampoco se admite el duelo o desafío, ni las otras pruebas llamadas pruebas vulgares, ordalías o juicios de Dios. Solo la del agua caliente se menciona en una ley algo oscura atribuida a Egica (VI, 1, 3).



Enumera el “Fuero Juzgo” (II, 1, 25) los que tienen poder de juzgar, mencionando los siguientes: duque, conde, vicario (del conde), *pacis adsertor*, triunfador, milenario, quingentenario, centenario (estos cuatro son cargos militares), defensor (de la ciudad), numerario, y aquellos que son elegidos para ciertos asuntos por orden del rey, o también por acuerdo de las partes. Unos mismos jueces conocen de los asuntos civiles y de los criminales. El *pacis adsertor* es nombrado por el rey sólo con el objeto de poner paz entre las partes contendientes.

Según disposiciones de los concilios de Toledo, los obispos debían mirar cómo se portaban con el pueblo los jueces seculares y los agentes del fisco, amonestar a los que obrasen con injusticia y, si no se corregían, denunciar sus abusos al rey.

## 9. LA LEX ROMANO BURGUNDIONUM

Esta ley fue, después de la *Lex Romano Visigothorum* y del “Fuero Juzgo”, una de los monumentos legislativos más completos de los pueblos romano-germánicos.

Según **GEORGES CHEVRIER** y **GEORGES PIERI**, que han efectuado uno de los estudios más lúcidos y completos en los últimos tiempos sobre la *Lex Romano Burgundionum*,<sup>(12)(13)</sup> esta ley “tuvo en la transmisión de las fuentes del jus romanum un rol comparable al *Breviario de Alarico*”.<sup>(14)</sup>

El texto que los eruditos modernos han terminado por denominar *Lex Romano Burgundionum* se puede fechar, dicen Chevrier y Pieri, entre el VII al X siglo, siendo la más antigua edición la que realizara el célebre jurisconsulto Cujas en Lyon el año 1566: *Papiani líber responsorum qui etiam nondum fuerat editus*, en la que figuraba conjuntamente el *Código Teodosiano*, habiéndose perdido los manuscritos originales sobre los que trabajara Cujas.

De esta primerísima edición aparece ya el modo designativo con el cual, desde entonces y hasta ahora, suele conocerse también a esta ley: *Papiani* o *Papianus*, designación que proviene de un error del copista o de una contracción de *Papianus*, con cuyo nombre empieza la frase inicial de esta ley (aludiéndose a la célebre respuesta del gran jurisconsulto romano): *incipit Papianus, libri I responsorum* o, aludiendo se también a la frase final con la que termina todo el libro: *explicit líber Papianus feliciter, amén*.

Por otra parte, la frecuente contracción de *Papiniano* por *Papianus* no es solo exclusiva de la *Lex Romana Burgundionum*, sino que constituyó una cuasiusanza lingüística desde los tiempos post-clásicos del Derecho Romano, a tal punto que la expresión *Papianus* se convirtió en un modismo frecuente de los escolios griegos en la parte oriental del Imperio; razón por la cual debe descartarse definitivamente el error originado por el jurista genovés Jean Cramer del siglo XVII quien, en su *Précis d' histoire du Droit genevois*, escrita en 1761, llegó a sostener que *Papianus* había sido “un ancien jurisconsulte bourguignon”. Para concluir diremos que, en opinión de Carlo Guido Mor, la expresión *Papianus* fue utilizada por el Derecho Bizantino y durante la época bizantina para designar al conjunto de escritos de Papiniano.<sup>(15)</sup>

¿Qué decir, entonces, en cuanto a la fecha más probable de su redacción? Según De Crouzaz, en sus *Etudes sur le Papien*, la fecha más probable de esta ley habría sido entre el año 517, décimo año del reinado del rey burgundio Segismundo, y el año 523, fecha de su muerte. En cambio, otra opinión que recoge Von Amira<sup>(16)</sup> y que, al parecer, es la dominante entre los

historiadores, sostiene que el *Papianus* pertenece a la obra legislativa del rey Gundobado o Gondebaud y, por lo tanto, es anterior al año 506, que es la fecha de redacción del Breviario de Alarico. En opinión de Heinrich Brunner, “la *Lex Burgundionum*, colección oficial de la legislación de los reyes burgundios, es en su mayor parte obra del Rey Gundobado (476-516) de quien toma también el nombre de *Lex Gundobada*. Pronto se hizo sentir la necesidad de *Novelas* y así se dictaron por Gundobado mismo y por sus sucesores Segismundo y Godomaro, incluyéndolas o agregándolas en los lugares pertinentes de la *Lex*. El Código de Gundobado solo ha llegado a nosotros con la transformación sufrida por la legislación de *Novelas*”.<sup>(17)</sup>

Aclarando los conceptos anteriores, me remito a la opinión de Pier Silverio Leicht, para quien “fue el rey Gundobado (474-516) quien ordenó que se hiciera aquel resumen del Derecho Romano para uso de los romanos a él sujetos y que debía tomar el nombre de *Papianus* (*Lex Romana Burgundionum*), reuniendo las leyes de sus antecesores y las suyas propias en un cuerpo que se llamó originariamente *Liber Constitutionum* y que luego fue designado con el nombre de *Lex Burgundionum* o *Lex Gundobada* (a tal *Ley Gundobada* se la denominó más tarde en la Francia Medieval *Loi Gombette*). El texto de la ley fue definitivamente establecido por el hijo de Gundobado, el rey de Segismundo. Luego se agregaron algunas novelas pertenecientes a los dos reyes junto al texto”.<sup>(18)</sup>

Habiéndose tocado el punto de la *Ley Gombette*, es preciso destacar que, de conformidad con las más recientes investigaciones historiográficas, se concluye que se trata de dos leyes distintas. Tal es la opinión de HAENEL quien, ya desde 1816, en su célebre edición crítica de la *Lex Romano Visigothorum*, había dejado establecido que el *Papianus* había sido la fuente inspiradora de la *Ley Gombette*, de tal modo que la primera era muy anterior a la segunda. Con posterioridad, GINOULHIAC en su estudio sobre el *Papianus* titulado “*Recueils de Droit Romain dans la Gaule sous la domination des Barbares. Le Papien*”, publicado en la *Revue de histoire du Droit*, vol. II, 1856 (p. 569, 570, 571) sostiene, en definitiva, que la *Ley Gombette* en su redacción definitiva (a más tardar en el 517) ha sido inspirada por un texto del *Papianus* más antiguo que ella. Últimamente, CHEVRIER y PIERI sostienen que, de acuerdo con la hipótesis que parece ser actualmente la mejor fundada... “una antigua versión de la *Ley Gombette*, muy anterior al 517, habría sido el modelo de la *Lex Romano Burgundionum*”.<sup>(19)</sup>

<sup>(17)</sup>.- GEORGES CHEVRIER-GEORGES PIERI: “La loi romaine des burgundes”, en la serie *Ius Romanum medii aevi*, parte I, 3 b a delta, Milán, Giuffrè, 1904.

<sup>(18)</sup>.- A. DE CROUSAZ: “Etudes sur le Papien ou le droit Roman chez les Burgondes” (Dissertation présentée a l’Académie de Lausanne pour obtenir le diplôme de licencié en Droit); Lausanne, 1844; *Novissimo Digesto Italiano*: tomo IX, p. 417, Turín, 1903; BRUNNER: *Historia del Derecho Germánico*, p. 31; BRUNO PARADISI: *Storia del Diritto Italiano, La fonti del basso impero e nell’epoca romano-barbarica*, p. 121 y ss. Nápoles, 1909; GUIDO ASTUTI: *Lezioni di storia del Diritto Italiano. Le fonti*, p. 9, Milán, Giuffrè, 1904; VON AMIRA: *Grundriss des Germanischen Rechts*, I, p. 24, Berlín, 1904.

<sup>(19)</sup>.- CHEVRIER-PIERI: *Ob. cit.*, p. 3.

<sup>(19)</sup>.- CARLO GUIDO MOR: “*Papianus*”, en los *Studi storici in memoria di A. Mercati*, p. 245-250, Milán, 1907.

<sup>(19)</sup>.- VON AMIRA-ECKHARDT: *Grundriss des Germanischen Rechts*, I, p. 24, Berlín, 1904.

<sup>(19)</sup>.- BRUNNER-VON SCHWERIN: *Historia del Derecho Germánico*, p. 32 in fine, Editorial Labor, Barcelona, 1906.

<sup>(19)</sup>.- PIER SILVERIO LEICHT: *Storia del Diritto italiano. Le fonti*, p. 47, Milán, Giuffrè, 1904.

<sup>(19)</sup>.- CHEVRIER - PIERI: *La loi romaine des Burgondes*, *cit.* p. 25.



## 10. FUENTES DE LA *LEX ROMANO BURGUNDIONUM*

A diferencia de la *Lex Romano Visigothorum* que, desde la *praescriptio* inicial, indica sus dos fuentes, a saber, la legislación (*leges*) y las obras de doctrina, la *Lex Romano Burgundionum*, que empieza sin Prefacio, silencia la naturaleza y clasificación de sus fuentes. Solo la frecuencia en el empleo de las fuentes, dicen Chevrier y Pieri, puede revelarnos la clasificación de las mismas y, en este sentido, estos autores nos dicen que las fuentes del *Papianus* son, en primer lugar, el *Código Teodosiano*, y, luego, el *Código Gregoriano* y el *Hermogeniano*. Luego, entre las obras de doctrina, en primer lugar, el famoso *Liber Responsorum Papiniani*, y trece referencias a los fragmentos de las *Sentencias de Paulo*; así como tres breves menciones al innominado autor de las *Institutas de Gayo*.<sup>(20)</sup>

Por nuestra parte, consideramos que la investigación historiográfica aún no acierta a establecer la autonomía de la legislación bárbara, como la *lex* que estamos estudiando, con respecto del Derecho Romano y del germánico de los cuales deviene como una filial normativa.

CHEVRIER y PIERI, si bien es cierto que avisan el problema en la página 44, parágrafo 36 de la obra citada, no lo resuelven y aún insisten en estudiar el *Papianus* bajo el punto de vista del romanista puro que compara al *Papianus* con el *Codex Theodosianus*, *Gregorianus* y las *Sententiae Pauli*.

Y esto es una lástima porque nos interesa, sobre todo, analizar aquellos capítulos de la legislación burgundia en donde, de acuerdo con su origen germánico, se regula el duelo judicial como medio de prueba para resolver la *litis* en la creencia de que Dios mismo era quien intervenía para dar prevalencia a quien tuviera la razón.

Empero, como esto ya lo hemos estudiado en sus aspectos fundamentales al estudiar, páginas atrás, la prueba ordálica y el proceso germánico, propondremos, a continuación, algunas cuestiones de orden procesal, no tratadas anteriormente.

## 11. ASPECTOS PROCESALES DE LA *LEX ROMANO BURGUNDIONUM*

En la *prima constitutio* introductiva a la *Lex Burgundionum*, atribuida a Gondebaud y que constituye, evidentemente, el núcleo de la *Lex* —de allí su denominación de *Lex Gundobada*—, encontramos algunos párrafos encaminados a la moralización de la justicia y a la represión de las sentencias ilegales o injustas: “*amore justitiae, per quam Deus placatur et potestas terrenae dominationis adquiritur, studuimus ordinare, ut integritas et aequitas iudicandi a se omnia praemia vel corruptiones excludat*” (*Lex*, edición de von Salís, Hannover, 1892, *prima constitutio*, parágrafos 2, 5, 6).

Al juez, a quien se ha ordenado “*etiam iuste iudicandus*”, y que no obstante había aceptado una recompensa, el rey inflige la pena de muerte (parágrafo 6); asimismo, ordena a los jueces ceñirse a la observancia del Derecho escrito imponiéndoles una multa a aquellos jueces que no aplicaran por incapacidad o negligencia las normas fijadas por la ley: “*si quis san indicum, tan barbarus quam romanus, per simplicitatem aut negligentiam praeventus, forsitam non*

<sup>(20)</sup>.- CHEVRIER - PIERI: ob. cit., p. 20.<sup>21</sup>.

*ea quae leges coninet iudicabit et a corruptione alienus est, XXX solidos se noverit, solviturum, causa denuo discussis partibus iudicanda”* (parágrafo 11, p. 33 de la ed. cit). La Lex Romano Burgundionum establece la revisión de las sentencias mediante un juicio de apelación del que conoce ex-clusivamente el princeps: “*iudici quoque neque suam neque alienam sententiam liceat refragare, qui haec discussio solí principi reservatur”* (Lex r. b. 33, 5).

La apelación debía interponerse por libelo dentro del término de cinco días (Lex 33, 3).

En cuanto a la sentencia debía distinguirse, como distinción común a todo el proceso germánico, una doble fase de la sentencia:

1. **La Sentencia de Prueba (Beweisurteil)**, que era aquella que se pronunciaba sobre los medios de prueba y su eficacia probatoria según lo alegado y argumentado por las partes.
2. **Sentencia Final (Endurteil)**, que era aquella que se pronunciaba sobre el fondo mismo de la pretensión demandada, dando fin a la instancia.

Esta distinción entre los dos tipos de sentencia era esencial en el proceso germánico.







CAPÍTULO LXII

EL DERECHO EN LA LEY SÁLICA



## CAPÍTULO LXII

### EL DERECHO EN LA LEY SÁLICA

1. El Derecho Procesal en la Ley Sállica. 2. La Fausstation de Jugement. 3. El Derecho Procesal en la Lex Ripuaria. 4. El Derecho Procesal en la Ewa Chamavorum o Lex Francorum-Chamavorum. 5. Breve noticia sobre otras leyes bárbaras.

#### 1. EL DERECHO PROCESAL EN LA LEY SÁLICA

“Nuestro conocimiento del proceso germánico —dice Engelmann<sup>(21)</sup>—, tiene su más antigua fuente en la *Lex Sállica*,<sup>(22)</sup> cuya fecha debe situarse entre 486 y 496”. Ante todo, el proceso de la *Lex Sállica* está dominado por el principio del impulso del proceso por las partes (*Partei-betrieb*);<sup>(23)</sup> proceso que se iniciaba con un acto por el cual el demandante, acompañado de un cierto número de testigos, se apersonaba en la casa del demandado, lo emplazaba y citaba para que, dentro de un cierto plazo, concurriera ante el órgano judicial. Esta invitación a comparecer ante el Tribunal se llamaba *Mannitio* y era el acto inicial del proceso (*Lex Sállica* I, 1, 2, 3, 4, 5; *Lex Ripuaria*, 32; *Lex Baiuvariorum*, 12, 2)<sup>(24)</sup>

Proveyendo la *mannitio* se daba la *Bannitio*, es decir, “un emplazamiento dictado por el juez sobre la moción del demandante. El desobedecimiento a la *bannitio* conllevaba la imposición de una pena para el ausente”.<sup>(25)</sup> ¿Cuál era esta pena?: La *Friedlosigkeit*, de la que ya nos hemos ocupado anteriormente.

La iniciación y persecución del proceso estaban totalmente en manos de las partes. En los tiempos primitivos esta regla era absoluta y fue consagrada más tarde, por el *Sachsenspiegel*, con la máxima “*Wo Kein Klager ist, da ist ouch Kein richter*”,<sup>(26)</sup> traducible por el célebre adagio latino “*nemo iudex sine actore*”; o, en castellano elemental “No hay Juez sin actor”, o bien: “No hay proceso sin demanda”.

<sup>(21)</sup> - ARTHUR ENGELMANN: A history of continental civil procedure, Part. I, “The medieval german procedure, Introduction”, I, Preliminary Survey, p. 26, Boston, Little Brown, and Company, 1902; Translated and edited by Robert Wyness Millar.

<sup>(22)</sup> - Confróntese RUDOLF SOHM: Prozess der lex Sállica, Weimar, 1900; M. A. BETHMANN-HOLLWEG: Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, vol. IV, “Der germanischen-romanische Civilprozess in Mittelalter”, I, Bonn, 1900, p. 327; BEHREND: “Zum Prozess der Lex Sállica”, en el volumen de Homenaje (Festgabe) a Heffter, p. 2720, Berlín, 1927; F. PATETTA: Le Ordalie. Studi di storia del Diritto, Turín, 1906; J. J. THOISSEN: L’organisation judiciaire, le droit penal et la procedure pénale de la loi Salique, 1<sup>a</sup> ed., París - Bruxelles, 1902; J. DECLAREUIL: “Les preuves judiciaires dans le droit franc du V<sup>e</sup> au VII<sup>e</sup> siècle” en la Nouvelle Revue Historique de Droit Francaise et Etrangerie, vols. XXII (1900) y XXIII (1901); RECUEILS du SOCIETE JEAN BODIN, vol. XVII, LA PREUVE II, Moyen age et temps modernes, Bruxelles, 1900; MARCO SCOVAZZI: “Processo e procedura nel diritto germanico” en Rendiconti dell’Istituto Lombardo, etc., vol. 37, 1902, p. 100-101. Está reeditado ahora en sus Scritti di Storia del Diritto Germanico, edizioni Giuffrè, Milán, 1929.

<sup>(23)</sup> - ENGELMANN: Ob., cit., p. 26; ROBERT WYNESS MILLAR: “Los principios formativos del procedimiento civil”, p. 46, Edlar editores, Buenos Aires, 1902.

<sup>(24)</sup> - ENGELMANN: Ob., cit., p. 102; SOHM: Ob., cit., p. 71, 37, 36, 124.

<sup>(25)</sup> - ENGELMANN: Ob. y loc. cit.

<sup>(26)</sup> - ENGELMANN: Ob. cit., p. 102, parágrafo 26.



Por otra parte, el principio de elección dispositiva y de presentación de los hechos y de sus derechos por las partes es una típica manifestación del proceso germánico medieval. “El proceso germánico, dice Engelmann, estableció rápidamente la idea de que las partes retienen libremente el poder de disponer de sus derechos, de que ellos están envueltos en la acción y de que por sus actos procesales ellos pueden manifestar el ejercicio de ese poder. En otras palabras, se rigen por el principio de elección dispositiva (*Dispositions Maxim*) y presentación por las partes (*Verhandlungsmáxime*) en su forma más irrestricta”.<sup>(27)</sup> Ello se explica por el acendrado espíritu de libertad, independencia e individualismo inherente a los germanos, de donde emerge la libertad de conducir cada uno su propia causa de acuerdo con su propia convicción.

Sostiene Engelmann, asimismo, que otro de los principios que caracterizan al antiguo procedimiento germánico expresado en la *Ley Sállica*, fue el de la oralidad (*Mündlichkeitsprinzip=Principio de oralidad*): “En el procedimiento germánico medieval, los medios de alegación y de toda otra declaración de las partes se realizaron siempre a través de la palabra hablada, dirigidas inmediatamente hacia el Juez”.<sup>(28)</sup>

“Parece que las alegaciones de las partes y las órdenes del juez eran pronunciadas a través de palabras habladas. Para las providencias de trámite ciertas fórmulas fijas eran empleadas como en las *Nexti cantichio* del Proceso Sállico”.<sup>(29)</sup> El término significaba la relación de vinculación o dependencia en que se encontraba el deudor frente al acusador, por el cual este podía trabar embargo, prenda o retención de una cosa.<sup>(30)</sup> Sin incurrir en escrituralidad, esto supone la protocolización de lo hablado (*Aktenmaessigkeit*). Explicando el principio de oralidad, el procesalista alemán Kleinfeller, en su *Tratado de Derecho Procesal Civil alemán*, nos enseña que: “En el desarrollo histórico del procedimiento, ambos principios (el de oralidad y el de escritura) han imperado alternativamente. En el sistema germánico medieval solo cabía la palabra hablada”. “El moderno procedimiento (alemán), siguiendo el ejemplo del Derecho francés, ha vuelto al principio de la oralidad”.<sup>(31)</sup>

A la luz de estos principios, que explican y configuran la índole y manera de ser del proceso germánico altomedieval digamos, en primer lugar, que una de las consecuencias de la fervorosa brillantez de los estudios sobre el Proceso Sállico fue que —como lo admitieron expresamente Engelmann y Behrend— el proceso germánico por antonomasia se limitó al estudio de la *Lex Sállica*, mientras que los otros derechos germánicos, como el visigótico, el longobardo, etc., sirvieron solamente como punto de referencia, pero no como objeto de investigación autónoma y de particular estudio;<sup>(32)</sup> en segundo lugar, es preciso dejar sentado el fundamental aporte, singularmente en materia procesal, de la Escuela Histórica alemana, especialmente por obra de Bethmann-Hollweg, Engelmann, Rudolf Sohm y Behrend; en tercer lugar, es preciso reconocer el original aporte de la Escuela Histórica francesa encabezada por Fustel de Coulanges y continuada por Pierre Fournier, A. Esmein, J. J. Thonissen, A. Tardiff, E. Beaudoin, J. Declareuil, Henry Levy-Bruhl, J. Gaudemet, F. L. Ganshof, J. Balón y J. P. H. Levy, entre otros. Además, es preciso, reconocer el fundamental aporte de la Escuela Historiográfica italiana a partir de Salvioli, pasando por los clásicos como Pertile, Nino Tamassia, Besta y Brandileone, Calasso, Astuti y Paradisi hasta las recientes investigaciones de Giovanni Cassandro,<sup>(33)</sup> Marco Scovazzi<sup>(34)</sup> y Franca Sinatti, ya citada, a las que además nos remitimos para poner en evidencia, primero, que tal vez habría que admitir un “error de método que se comete cuando la investigación se dirige hacia el llamado período de los orígenes, especialmente por los historiadores del Derecho Germánico, y que consiste en configurar un Derecho Germánico primitivo para llamarlo en ayuda a la solución de problemas actuales que la investigación impone”.<sup>(35)</sup>

Frente a este punto de vista ha surgido una viva oposición, afirmándose en contra que la evolución postclásica del Derecho Romano hasta la legislación justiniana, inclusive, se efectuó fundamentalmente libre de influencias extrañas y por impulso propio. Ambas opiniones no están libres de parcialidad ni de exageración. La primera concede demasiada poca importancia al factor clásico recogido en la etapa postclásica y va a buscar la obra de los juristas postclásicos, con gran limitación, a los tiempos, muy alejados, de los siglos V y VI y sólo en el Oriente. Además, las influencias que pretende existieron no han sido demostradas cumplidamente en gran parte, y ni siquiera investigadas como es menester. Y, en cuanto a la otra opinión, se inclina demasiado a desconocer en los juristas postclásicos, pese a toda su dependencia de las grandes figuras clásicas, las ideas originales que sin duda se les deben, y a atribuir a la corriente propia del derecho clásico la evolución del pensamiento original postclásico. En realidad, no es posible que un tiempo tan largo como el de dos siglos y medio, en el curso de los cuales el derecho clásico no cesa por completo de estudiarse en su literatura ni de tener una aplicación como alternativas de más o menos intensidad, pasara sin dejar la menor huella propia, no es posible que los juristas postclásicos fueran tan completamente tributarios de los clásicos que no hicieran ninguna labor propia, ni dejaran rastro alguno, por muy pocas facultades creadoras que se les reconozcan. Sobre todo, frente estas soluciones esquemáticas, hay que oponer que es muy difícil reducir a una fórmula absoluta la historia jurídica de un lapso de tiempo tan extenso. Y esta idea se ve hoy abonada por la circunstancia de que se comienza a reconocer que a la jurisprudencia occidental corresponde una parte también en la historia del Derecho postclásico, y que las fuentes occidentales de los comienzos del periodo postclásico ofrecen modificaciones de fondo frente al derecho clásico”.<sup>(2)</sup>

El maestro **WOLFGANG KÜNKEL**, nació en Fürth (Odenwald) el 20 de noviembre de 1902, fue profesor en las Universidades de Freiburg, Göttingen, Bonn, Heidelberg, en la cual fue también Rector y, finalmente, en la Universidad de Múnich. Romanista insigne, ha sido uno de los más grandes maestros del Derecho Romano en el siglo XX. He aquí un extracto de uno de sus libros cumbres: “Historia del Derecho Romano”, traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel, editorial Ariel, Barcelona, cuarta edición 1973, pag. 179 a 182: “El propio Justiniano nos informa (Cons. Tanta, 10) de que su comisión codificadora realizó numerosas alteraciones de importancia en el tenor de los textos de los manuscritos clásicos para acomodarlos a las necesidades de la época y a la finalidad de la codificación (... multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt). Los grandes juristas de la época humanística y, singularmente, el francés Jacobo Cujas (1522-1590); y el saboyano Antonio Faber (1557-1624) se preocuparon de descubrir estas “interpolaciones” (“intercalaciones, falsificaciones”) de Justiniano para hallar el camino hacia el genuino Derecho de la época clásica. Desde luego, allí donde la codificación justiniana fue estudiada principalmente como fuente directa del Derecho práctico -como sucedió durante mucho tiempo en Alemania- se dedicó poca atención a las interpolaciones, pues la práctica sólo podía dar relevancia al texto legal de Justiniano, y no a la redacción clásica, que le sirvió de base, la cual, a menudo, sólo se podía reconstruir de manera hipotética. Por eso, no es casualidad que en Alemania sólo se despertara el interés por la crítica de interpolaciones cuando la vigencia práctica del Derecho Romano tocaba a su fin, debido a la redacción del Código Civil. Hacia esas fechas, las investigaciones se orientaron en Italia en esta misma dirección.

<sup>(2)</sup>.- PAUL JÖRS - WOLFGANG KÜNKEL: “Derecho Privado Romano”, pags. 179-182, Editorial Labor, S.A., Barcelona Madrid Buenos Aires- Rio de Janeiro, 1973.



**JULIO CÉSAR**, en su *De bello Gallico*, VI, 23 y **TÁCITO**, en su *Germania*, XII, recuerdan cómo en los novilunios y en los plenilunios el pueblo se reunía bajo la presidencia de un *princeps* para decidir las con-troversias. El lugar en que se desenvolvía la asamblea se llamaba *Malberg* y estaba consagrado con determinados ritos. Los *rachimburgii* (*boni homines*) eran siete hombres notables que asesoraban al que presidía la reunión. En los tiempos carolingios, los *rachimburgii* fueron sustituidos por los escabinos.

Dentro de la *Ley Sállica* que, como es sabido, tuvo una serie de redacciones, siendo la más antigua aquella que pertenece a los últimos años del rey merovingio **CLODOVEO**, de donde le viene el nombre de *recensio clodovea* a esta antigua redacción,<sup>(38)</sup> se podía interponer impugnación contra las resoluciones de los *rachimburgii*, cuando estos “*non secundum legem iudicassent*”, cuando no juzgaren según la ley: “*si vero illi rachinburgii aurent non secundum legem iudicaverint, is contra quen sententiam dederit, caudal suma Amat et (si ets) potuerit adprova-re, quod non secundum legem iudicassent (aliis)... solidos XV culpabilis indicetur*”.<sup>(39)</sup> Pero no se ha podido establecer a través de cuál procedimiento la parte pudiese reprobar la injusticia de la primera sen-tencia, si a través de un “juicio de Dios” o de un juramento o de otro me-dio de prueba.

## 2. LA “FAUSSATION DE JUGEMENT”

El proceso germánico era fundamentalmente ordálico, tal como lo hemos dejado establecido precedentemente. Y, parafraseando a Engelmann, quien ha sido nuestra fuente de estudio primordial, decíamos que este proceso se caracterizaba por el tremendo control que ejercían las partes sobre el mismo y por su excesivo formalismo, características, estas, que son el común denominador en todos los procesos rudimentarios, ¿*Quid*, cuando la sentencia de los *rachimburgii* se había dictado “*non secundum legem*”, sino, peor aún, “*contra legem*”?

El agraviado desaprobaba la sentencia y provocaba a los *rachimburgii* a un duelo ordálico para probar con las armas que la resolución era “falsa, malvada y desleal”. Entonces, lo retaba a un duelo ordálico por la iniquidad de su sentencia, diciéndole: “*Sire, je dis que chis jugement qui est pronuncies contre moi, est faux et malves et desloiax*”.

Así relata **BEAUMANOIR** al estudiar las costumbres de Beauvoisis a este instituto ordálico conocido con el nombre de “*Faussation de Jugement*” y que todavía sobrevivía en el *Droit Coutumier* francés comentado por los grandes jurisconsultos consuetudinarios como **PHILIPPE DE BEAUMANOIR** (1246-1296), en su obra *Les livres des coutumes et des usages de Beauvoisis*, escrita entre 1279 y 1283; por **JEAN BOUTHILLIER** (1450-1510), uno de los primeros cultores del Derecho Agrario en su obra *Summa rurale*, escrita en París en 1512; por **CHARLES DUMOULIN (Molinaeus)** (1500-1566), en sus obras “*Commentarii in priores tres títulos consuetudines parisiensis*”, “*Commentarii analytici in consuetudines parisiensis*” y “*Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciae*”, publicadas en sus *Opera Omnia* en 5 vols. (París, 1612); por **BERTRAND D'ARGENTRE** (1519-1590), quien fuera senescal de Rennes y Presidente del Presi-dial o antiguo Tribunal Civil y Criminal de Primera Instancia de Rennes, en sus famosos *Comen-tarios a las costumbres de Bretaña*, y por **ANTOINE LOYSEL** (1536-1617) en sus *Institutas consue-tudinarias*, reeditadas en París en 1846 por Dupin, según enseñaba magistralmente Planiol en su *Tratado elemental del Derecho Civil*, tomo I, Parte General, N° 83, p. 63 y ss. (ed. refundida

<sup>(38)</sup> .-VON AMIRA: *Grundriss des Germanischen Recht.*, I, p. °, Berlín, 1900.

<sup>(39)</sup>.- Edición de K. E. Eckhardt, “*Pactus Legis Salicae*”, en *Monumental Germaniae*, 1903, p. 190.

por Ripert y Boulanger, 1963) y, sobre todo, en su obra *La tres ancienne Coutume de Bretagne*, 1896. Véase “Bretagne et Poitou d’après les coutumiers”, en la colección *Ius romanum medii aevi*, Pars V, 4, b., Mediolani, 1976. También el inmortal maestro de Florencia, Piero Calamandrei, ha comentado este instituto en su luminosa obra “*La Casación Civil*”, tomo I, vol. 1, pags. 275 a 280, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945. También, otro inmortal, el insigne maestro de Madrid, don Manuel de la Plaza, ha reflexionado sobre el tema en su obra ya clásica: “*La Casación Civil*”, pag. 58, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944. Recientemente, el autor de este libro también ha reflexionado sobre el tema en “*La Casación Civil. Su Crisis Actual. Necesidad de derogarla y de sustituirla por el Recurso Extraordinario de Injusticia Procesal y el “Certiorari”*”, Ara Editores, Lima, Febrero del 2010.

### 3. LA LEX RIPUARIA

La *Lex Ripuaria* o *Ribuaria* fue otra de las llamadas leyes bárbaras que estamos estudiando y pertenece étnicamente al grupo de los francos ripuarios.

Dividida en 89 títulos reagrupables en cuatro partes, esta ley se nos presenta como el fruto de sucesivas manipulaciones y agregados, por la evidente yuxtaposición de partes diversas: unas originales, como la parte primera y tercera (títulos 1-31 y 65-79); las otras partes, segunda y tercera (títulos 32-64 y 80-89), fueron derivados de la *Lex Sállica*.

Es incierto cuándo y cómo se vino formando el texto definitivo de esta ley, pero es evidente que el núcleo más antiguo del originario *Pactus Legis Ribuariae*, pertenece a la primera mitad del siglo VI, a los tiempos anteriores a la decadencia de la dinastía merovingia, la *Lex Ripuaria* fue luego objeto de agregados y de una revisión por obra del Rey Dagoberto (628-639) y, finalmente, de una última revisión en los tiempos de Carlo Magno.

Según la opinión tradicional, la *Ley Ripuaria* fue la ley personal propia de los carolingios, mientras la *Ley Sállica* era la profesada por la estirpe merovingia. Esta se formó en el territorio de la Neustria, habitado por los francos galos, mientras que la *Ley Ripuaria* se formó en el territorio de la Austrasia, donde vivían los ripuarios.

### 4. LA EWA CHAMAVORUM O LEX FRANCORUM - CHAMAVORUM

La *Ewa Chamavorum* o *Lex Francorum-Chamavorum* reproduce aún más que la *Ley Sállica* y la *Ley Ripuaria* las costumbres originarias de los pueblos germánicos, conocidos con el nombre de francos chamavis, que habitaban entre la ribera derecha del Bajo Rin y el río Issel.

*Ewa* es, dentro de la terminología bárbara, el vocablo con el que se designa al Derecho objetivo y posee un contenido semántico equivalente al *pactum*, en tanto que fuente de las obligaciones, pudiendo ser entendida también como *lex* o *ius*.<sup>(40)</sup>

En este segundo sentido, la *ewa* es sinónimo de “paz eterna” o “ley eterna”; y es en ese sentido que la *Ewa Chamavorum* podía entenderse como el Derecho natural de los chamavis. “Es, en otras palabras —como dice Marco Scovazzi, en su precioso estudio titulado *Le origini del Diritto germánico*, p. 51, 1957—, el Derecho natural que precede al Derecho positivo, lo sustituye en la duda, donde tienen prevalencia los valores humanos, eternos; este Derecho está en perfecta correlación con la concepción general del mundo y de la vida, que los



germanos habían configurado como la serie precisa de acontecimientos de inspiración fatal y naturalística”.

Así, pues, la expresión *Ewa Chamavorum* significa *Lex* o *Ius* de los chamavis, de los francos chamavis y como tal es conocida por la doctrina historiográfica desde que Sohm la publicó en la célebre *Monumentae Germaniae* a continuación de la *Ley Ripuaria*.

Dentro de esta concepción pacticia del Derecho se explica que el proceso fuera concebido como un pacto, contrato en que la lucha se sustituye por un contrato de conciliación entre las partes por el cual se conviene en litigar judicialmente ante el Tribunal mediante juramento solemne formalizado unilateralmente ante un número determinado de conjuradores.

En materia procesal es necesario retornar una vez más a la *Lex Sállica* para encontrarlos allí, camuflada bajo el ropaje de la lengua latina, con la más pura y genuina tradición del Derecho Germánico.

## 5. BREVE NOTICIA SOBRE OTRAS LEYES BÁRBARAS

Otras leyes bárbaras pertenecientes a esta época de crisis y de “tiempos revueltos” son, entre los germanos alemanes, la *Lex Alamannorum*, que pertenece al siglo VII, entre los años 613 al 622 o entre el 629 y el 639 y en la que ya se advierte una decisiva influencia de la Iglesia, así como también de la *Lex Sállica*; la *Lex Baiuvariorum*, que regulaba a los germanos bárbaros, atribuida al rey merovingio Teodorico I, hijo de Clodoveo, y que se inspiraba en la legislación visigótica; la *Lex Frisionum*, que viene a ser el más antiguo texto jurídico de los países bajos, que arranca en la Dieta de Aquisgrán en el año 802; la *Lex Angliorum et Werinorum*, perteneciente a la misma época y que regula a los anglios y varinios, dos pueblos que Tácito, en su narración *Germania*, sitúa entre los habitantes de Jutlandia y que, siempre reunidos, fueron después de largas migraciones a situarse en la región Turingia, donde fueron absorbidos y dominados por los francos.

---



# CAPÍTULO LXIII

## EL PROCESO EN LA LEGISLACIÓN LONGOBARDA



## CAPÍTULO LXIII

# EL PROCESO EN LA LEGISLACIÓN LONGOBARDA

1. La cuestión longobarda y la Escuela de Pavía 2. Los edictos de los reyes longobardos. 3. La Gualcosina. 4. Los tres grandes períodos de la Escuela de Pavía.

### 1. LA CUESTIÓN LONGOBARDA Y LA ESCUELA DE PAVÍA

La *questione longobarda* —como se la denomina por la moderna historiografía italiana, especialmente por Gian Piero Bognetti, quien la ha analizado minuciosamente en los cuatro volúmenes de su obra magna intitulada justamente *L'età Longobarda*, por recoger el corpus longobardístico de su obra histórica<sup>(1)</sup>—, nos plantea como primer problema histórico, a mi modo de ver, el de la elaboración de un derecho, el Derecho Longobardo, por una escuela: la Escuela de Pavía, precursora y antecesora de la Escuela de Bolonia, hecho histórico que demuestra, según Fitting, la continuidad de una ciencia jurídica en el Alto Medioevo, no obstante las convulsiones sociales y económicas de esta época de “tiempos revueltos”.<sup>(2)</sup>

La escuela altomedieval de Pavía hizo posible su advenimiento y desenvolvimiento, aparte de la circunstancia política de ser la capital del *regnum Langobardorum* y de su excepcional posición geográfica dominante, a dos organismos existentes en esta ciudad: a una famosa escuela de artes liberales y al *palatium*, es decir, al Tribunal Supremo integrado por los Jueces Palatinos y presidido por el rey y adonde concurrían los mejores abogados para discutir las más célebres causas de todo el *regnum Langobardorum*.

La Escuela de Pavía, sede del reino Longobardo, en cuyo palacio o palatium (de donde deviene el nombre de Escuela Palatina con el que también se la conoce) floreció allá por los siglos IX, X y XI y fue una escuela de jueces, de abogados y de profesores como Gualcosio y Widolino entre otros “antiguos” (a) y “valientes o veraces” (v), autores del *Liber Papiensis*, de la *Expositio ad Librum Legis Langobardorum* y de la *Lombarda*.

Pavía, capital del *regnum Langobardorum* transformado, luego, al iniciarse el siglo IX, en el *regnum Italiae*, reunía, ciertamente, las mejores condiciones para la constitución de un círculo de estudios jurídicos: la posición geográfica dominante, la tradición política de la civilización longobarda, una famosa escuela de artes liberales o escuela palatina

<sup>(1)</sup>- GIAN PIERO BOGNETTI: *L'età longobarda*, 4 vols., Milán, Giuffrè, 1984.

<sup>(2)</sup>- Sobre la apasionante cuestión de la Escuela de Pavía y los estudios pre-bolofenses, confróntese “*Appunti per la Storia del Diritto Longobardo*” en Apéndice al vol. III de SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano nell medioevo*, Turín, 1985; HERMANN FITTING: *Les commencements de l'école de Droit de Bologne*, París, 1905; MAX CONRAT: *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts im frueheren Mittelalter*, Leipzig, 1907, p. 274 y 302, 303; H. FITTING: *Die Institutionen glossen des Gualcausus*, Berlín, 1907; F. SCHUPFER: *Manuale di Storia del Diritto Italiano. Le Fonti*, 3ª ed., p. 292, 293, Città di Castello, 1909; PASQUALE DEL GIUDICE: *Storia del Diritto Italiano*, vol. I: *Fonti, legislazione e scienza* por E. BESTA, p. 297, 300, Milán, 1908; G. MENGOLZI: *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia nell'Alto Medioevo*, Pavía, 1909; A. SOLMI: *La persistenza della scuola di Pavia nell Medioevo fino alla fondazione dello studio generale* (1909, 1911) (Contributo alla Storia dell' Università di Pavia, Pavía, 1909); UGO GUALAZZINI: *Ricerche sulle scuole pre-universitarie del Medioevo*, Milán, 1908; GUIDO ASTUTI: *Lezioni di storia del Diritto Italiano. Le Fonti*, p. 300, 301, Padua, Cedam, 1909; FRANCESCO CALASSO: *Medioevo del Diritto*, p. 26 y ss. Milán, Giuffrè, 1904; PIETRO VACCARI: *Storia dell'Università di Pavia*, Pavía, 1907; BRUNO PARADISI: *Storia del Diritto Italiano*, vol. III “*Le Fonti del secolo X fino alla soglie dell'età bolognese*”, p. 26 y ss., Jovene editor, Nápoles, 1904; NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, vol. XII, p. 271 y ss. Voz: “PAVIA (Scuola di)”, por C. G. MOR.



frecuentada por Paolo. **El Edicto de Liutprando** tiene la virtud de constituir un agregado de 153 capítulos por este rey, que ha sido considerado el primer legislador católico de la *gens langobardorum*. Bajo esta inspiración y ante la conversión al catolicismo de la mayoría de su gente, Liutprando se propuso seguir idealmente el esquema de un rey sabio y religioso como el rey Salomón, de donde se explica la humanización de la prueba y la eliminación de las costumbres bárbaras en el proceso longobardo. Finalmente, Ratchis y Astolfo, en los años 746, 750 y 756 nos demuestran en sus edictos posteriores el grado de humanismo romanizante a que llega con ellos el Derecho y la civilización longobarda.

Diácono, quien nos da cuenta de ella, así como de sus maestros de Gramática, en *Historia Langobardorum*, VI, 7 que tuvo particular florecimiento en la época carolingia merced al capítular de Lotario del año 825 y el Tribunal Supremo de Pavía, presidido por el Rey que tenía su sede en el *palatium*, en donde floreció la curia palatina. La presencia de un cuerpo de jueces, notarios y abogados en el *palatium* debió dar vida espontáneamente a disputas y controversias y a una intensa actividad interpretativa y jurisprudencial que, aunque originada por exigencias prácticas, determinó el florecimiento de escritos y de estudios y el general incremento del conocimiento jurídico. Así surgió, en base a estos factores, una enseñanza especializada del Derecho dirigida a integrar los conceptos genéricos e institucionales del *Corpus Longobardorum* con la doctrina retórica del *Trivium*. Es fácil caer en la cuenta de que la escuela de artes liberales, cuyo inicio puede situarse a fines del siglo VII, durante el reinado de Cuniberto (688-700), frente a las exigencias de la curia palatina haya sentido precozmente la necesidad de dar a la enseñanza del Derecho una tónica más profundizada para servir a quienes tenían intenciones de dedicarse a las profesiones forenses un mínimo de conocimientos jurídicos superiores a aquella genérica información que se impartía a través de la Gramática y de la Retórica.

Sin embargo, es preciso no volver a incurrir en el error común de no pocos historiadores y filósofos del Derecho, de juristas y de lógicos, que han enjuiciado peyorativamente el aporte de los retóricos y de los dialécticos, principalmente medievales.

Estudios recientes de Retórica y de Tópica, a la cabeza de los cuales sobresalen las investigaciones del profesor belga Chaim Perelman sobre la teoría de la argumentación<sup>(3)</sup> y del alemán Theodor Viehweg sobre la tónica y la jurisprudencia,<sup>(4)</sup> nos han hecho reconsiderar la esencia de la investigación retórica, recordándonos el ligamen entre la teoría retórica de la *interpretatio* y de la doctrina jurídica de la *aequitas*,<sup>(5)</sup> entre la teoría de la prueba<sup>(6)</sup> y de las cuestiones de hecho y de Derecho, la teoría de la argumentación y la sentencia y la concepción dialéctica del proceso, superándose, por simplista e intrascendente, la frívola concepción de la retórica como virtuosismo verbal.

En consecuencia, vistas así las cosas, la revaluación de la Retórica constituye no solo una nueva filosofía de la interpretación del Derecho y la sentencia, o una nueva lógica de lo razonable sobre las bases de la experiencia jurídica, como sostiene el profesor Recasens Siches,<sup>(7)</sup> sino que constituye un aporte, un nuevo punto de vista a los viejos y nuevos métodos de la

(3).- CHAIM PERELMAN et LUCIE OLBRECHTS-TYTECA: *La nouvelle rethorique. Traité de l'argumentation*, París P.U.F., 2 t., 1969; CHAIM PERELMAN: *Etudes de logique juridique*, Bruselas, E. Bruylant Editeur, 4 vols., 1964, 1971; CHAIM PERELMAN: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1970; MANUEL ATIENZA: *Título de especialista en Argumentación Jurídica*, 2 t., 2ª ed., mayo-octubre de 1988, Universidad de Alicante.

(4).- THEODOR VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus Ediciones, Madrid, 1964.

(5).- A. STEINWENTER: "Rhetorik und römische Zivilprozess", en la *Zeitschrift für Savigny Stiftung*, 1907, vol. 48, p. 26; J. SANTA CRUZ TEJERO: "Influencias de algunas disciplinas no jurídicas en el Derecho Romano", en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1971-72, p. 103; E. MAYER: "Die Questionen der Rhetorik und die Anfänge Juristischer Methodenlehre", en la *Zeitschrift für Savigny Stiftung*, vol. 48, 1911, p. 26; M. VILLEY: *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, cap. IX, París, 1957.

(6).- ALESSANDRO GIULIANI: *Il Concetto di prova. Contributo alla lógica jurídica*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1961; FRANCO CORDERO: *Tre studi sulle prove penali*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1965.

historiografía jurídica, que atraviesan un período de crisis, como lo ha demostrado Aldo Checchini.<sup>(8)</sup>

Ante esta serie de factores se desarrollan el estudio, la creación y la enseñanza del Derecho Longobardo en Pavía, en donde fueron grandes maestros Bonfiglio, Gualcosio y Ugone, como el no menos célebre Lanfranco quien, luego, fue a enseñar a Normandía y Canterbury, en donde fue calificado como un “*eruditus... in scholis liberalium artium et legum saecularium ad suae morem patriae*” (según refiere Milone en su Vita Lanfranci, cap. 5, citado por Calasso, Medioevo del Diritto, p 278).

Fue gracias a este ambiente intelectual propiciado por la Escuela de Pavía, donde se dictaron las leyes longobardas, que han pasado a la historia como una de las obras monumentales más completas y perfectas del Derecho Romano-Germánico, y que se conocen con el nombre de Lombarda o *Lex Longobarda*.

La *Lex Longobarda* es, en realidad, una recopilación del siglo once que reúne, a su vez, los edictos de los reyes longobardos y el *Capitular Itálico*.

## 2. LOS EDICTOS DE LOS REYES LONGOBARDOS

Los edictos de los reyes longobardos tienen como base el *Edicto de Rotari*, al que siguen, como un apéndice, los edictos de Grimoaldo, Liutprando, Ratquís y Astolfo, los que, en la recopilación *Lex o Liber Langobardorum*, conocida también con el simple nombre de *Lombarda*, formaron un todo.

Es preciso recordar que los longobardos, llegados a Italia en 568, se habían gobernado durante mucho tiempo por sus costumbres llamadas *cawarfide*; pero en el 643 se promulgó, por obra de Rotari, una colección de leyes que tomaron el nombre y se conocen con el nombre de *Edictum de Rotari*, publicado en la asamblea de Pavía y confirmado, de acuerdo con la tradición germánica, con un acto simbólico, conocido con el nombre de *Gairethinx* o su equivalente latino de *percussio armorum* y que se realizaba batiendo el suelo con la lanza o golpeándola contra el escudo.

En cuanto al contenido, el *Edicto de Rotari* es el más completo de la legislación Longobarda: contiene 388 capítulos, dispuestos en un cierto orden sistemático, que tratan de los delitos (cit, 1-152), de los derechos hereditarios y de familia (153-326), de los derechos reales (327-344), de las obligaciones (353-358), el procedimiento (359-366).<sup>(9)</sup> En el edicto se puede advertir una neta impronta germánica pero, también, alguna influencia justiniana.

El *Edicto de Grimoaldo* no es más que la resultante de un agregado de nueve capítulos en el año 668 al *Edicto de Rotari*, en los cuales se extirpa el criterio germánico de la prueba por medio de la pugna, sustituyéndolo por el principio civil de la prescripción treintenaria para la adquisición de bienes.

<sup>(8)</sup>- LUIS RECASENS SICHES: Nueva filosofía de la interpretación del Derecho, México, 1991; Id. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable, p. 140, 149, 177, 180, México, 1991; Id. Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX, cap. 4, p. 199 y ss., editorial Porrúa, México 1999.

<sup>(9)</sup>- ALDO CHECHINI: “Vecchi e nuovi metodi della storiografia jurídica”, en Scritti Giuridici in onore a Francesco Carnelutti. vol. I, p. 171, CEDAM, Padua, 1990

<sup>(10)</sup>- UGO BRASIELLO: “Editto dei re longobardi”, en NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO”, vol. VI, p. 107.



Fuentes de estudio: Paolo Diácono: *Historia Longobardorum*; obra escrita en el siglo VII por quien fuera uno de los más cultos y notables literatos de esta época y que se inspira, a su vez, en otra fuente, la *Origo Gens Langobardorum*; véase: **GIAN PIERO BOGNETTI**: “Proceso lógico e integrazione delle fonti nella storiografia di Paolo Diácono”, en *L'età Longobarda*, vol. III, p. 159-184, 1967; **PIER SILVERIO LEICHT**: “Gli elementi romani nella costituzioni longobarda”; en sus *Scritti varii di storia del Diritto italiano*, vol. I, 1943; id: “Del regnum langobardorum al regnum italiae”, en el mismo volumen de la obra citada; vid., además, las obras citadas anteriormente.

### 3. LA GUALCOSINA

Los edictos de los reyes longobardos se encuentran coleccionados en orden cronológico en el llamado *Líber Papiensis*, así denominado por Merkel en su obra “Appunti per la storia del Diritto Longobardo” en Apéndice al vol. III de Savigny: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo* (1857). Se trata de una obra compuesta en la primera mitad del siglo XI y de la cual existen varias redacciones, siendo la más famosa la que se conoce con el nombre de la *Gualcosina*, así llamada porque su autor fue el jurisconsulto **GUALCOSIO**, de la Escuela de Pavía y en la cual se interpolan glosas (las *glosas gualcosinas*), que se hicieron pasar como palabra del legislador, de donde el término de *Lex Gualcosina* se ha inmortalizado como sinónimo de una *lex falsa* o espuria.

### 4. LOS TRES GRANDES PERÍODOS DE LA ESCUELA DE PAVÍA

La escuela de Pavía, desarrollándose sobre el aporte conjunto de la Retórica, del Trivium, de la Jurisprudencia Palatina y de los edictos longobardos, teniendo como fuente supletoria al Derecho Romano, como *Lex Omnium Generalis*, consta de tres grandes fases o períodos en su desenvolvimiento histórico:

1. El período antiguo, representado por los jueces y retóricos antiquísimos o de los antiguos causídicos, representados connotativamente por la sigla “a”, que los juristas posteriores interpretaban como “asnos” o “amentes”, en contraposición a la sigla “v” de los “valientes”, o de la escuela de Valcosio. Se trata de una era empírica cuya tradición práctica caracterizó la interpretación gramatical de los textos edictales, con el estilo tosco de un latín vulgar, propio de una lengua romance en formación y de los “tiempos revueltos” que la caracterizan. Los glosadores criticaron ferozmente a esta época y a este período de la Escuela de Pavía llamando al Derecho Longobardo “*fex lombarda*”, relegándolo al puesto de un Derecho consuetudinario. **BALDO** y **ODOFREDO** llamaron a los edictos “*leges irrationabilis et asininae*”; **ANDREA DE ISERNIA**, “*ius asininum*”; **LUCA DE PENNA**, “*opera bestiale*”, “*non leges, sed faeces*”; **ANDREA DONELLO**, “*penitenza dei nostri peccati*”.
2. El período moderno, representado por Gualcosio, Valcosio o Walcausius, período de breve duración, en el cual la ley romana fue elevada a *Lex Omnium Generalis* para la interpretación y *ratio legis*; es la época de Guillermo y Bonfiglio, de Gualcosio, Widolino y de Ugone, cuyas anónimas vidas no han sido hasta ahora estudiadas debidamente, a diferencia de los inmortales Glosadores, salvo esporádicas observaciones de **MENGOZZI** en sus *Ricerche sull'attività della scuola di Pavía nell'alto Medio Evo* (1924) y de **SOLMI** sobre *La persistenza*

*della scuola di Pavia nel Medio Evo fino alla fondazione dello studium generale-Contributo alla storia della università di Pavia (1925).*

Pertenecen a este período de la Escuela de Pavia los siguientes textos jurídicos:

- a. El **Capitulario Itálico**, que constituye una síntesis para uso de la Curia Palatina de las principales disposiciones de los reyes carolingios (Carlo Magno, Pipino, Ludovico Pío, Lotario, Otón I, Otón II) y, en apéndice, de los reyes longobardos. Como dice Salvioli, “solo por medio de esta colección, aunque incompleta, fue en Italia conocido, practicado y estudiado el Derecho Franco”.<sup>(10)</sup>
- b. Las **Quaestiones ac Mónita** (fines del siglo X o principios del siglo XI), verdaderas monografías de Derecho Civil y Procesal sobre las Sucesiones, el Duelo, la Prueba y la Sentencia en materia de Lex Sálca, edictos de los reyes longobardos y Derecho Romano.
- c. El **Liber Papiensis** es una verdadera colección de leyes y de fórmulas procesales que contienen casi todo el corpus del Derecho Longobardo promulgado durante más de cuatro siglos, desde el Edicto de Rotari (año 643) hasta Enrique II de Franconia (1054).

El *Liber Papiensis* constituye la unión de dos precedentes colecciones de leyes: a).- el **Edictum regum Langobardorum** (que, a su vez, contiene la colección de las costumbres longobardas) y b).- el **Capitulario Italicum o Capitulario Langobardorum** (que contiene la legislación carolingia y post-carolingia hasta Enrique II de Franconia).

Estas dos colecciones eran originariamente independientes hasta que se fusionaron con el corpus llamado **Liber Legis Langobardorum o Liber Papiensis**, así llamado por el historiador alemán **PAUL JOHANNES MERKEL** (1813-1901) en su obra *Geschichte des Longobardenrechts* (1850), traducida al italiano por **BOLLATTI** en 1857 con el nombre de *Appunti per la storia del Diritto Longobardo* (que forma parte, como apéndice, a la importantísima versión italiana de Savigny: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, vol. III, 1857).

La designación por Merkel de este *Liber Legis* obedece al hecho de atribuírselo a la Escuela de Pavia, en cuya segunda fase, y a través de sucesivas redacciones que se remontan desde la segunda mitad del siglo X hasta los primeros decenios del siglo XI, el texto fue pulido y mejorado por los copistas, quienes trataron de depurar los vulgarismos y giros bárbaros del latín gótico en el que fue compuesto inicialmente. Permanece aún en el misterio quiénes hayan sido los autores de esta obra; en uno de los textos aparece el nombre de Gualcosio o Walcausus, juez y jurisconsulto longobardo, que enseñó en Pavia en la primera mitad del siglo XI y cuya versión al texto legislativo, por él copiado y comentado, lo inmortalizó, dando así, el nombre de *Gualcosina* a una de las versiones del *Liber Papiensis*, cuyo texto original se conserva en un códice de la Biblioteca de Módena que se ha publicado por **MURATORI**<sup>(11)</sup> en el primer volumen de sus *Rerum italicarum scriptores*.

Las glosas y anotaciones de Gualcosio al *Liber Papiensis* fueron ya investigadas por los glosadores de Bolonia quienes, advirtiendo sus reiteradas interpolaciones al texto del *Corpus Langobardorum*, le atribuyeron la fama de falsario. Es así como la expresión *lex gualcosina* devino en sinónimo de ley espuria.

<sup>(10)</sup>- SALVIOLI: *Storia del Diritto Italiano*, vol. I, p. 99, UTET, Turín, 1999.



**PAUL JOHANNES MERKEL**, en su obra citada precedentemente, trató en su capítulo XI “De las falsificaciones de Gualcosio” diciéndonos al respecto que “La escuela de Bolonia asocia al nombre de Gualcosio o Walcausus la tradición de sus falsificaciones y así, en el siglo duodécimo, llamaba una ley espuria a la *lex Gualcosia* o *Gualcosina*, porque en la escuela de Pavía, en la compilación del *Liber Legis Longobardorum* se convirtió en una tradición atribuida a toda falsedad legislativa y este reproche o censura se vinculó por siempre al más célebre de los profesores de Pavía”.<sup>(12)</sup>

Pero las modernas investigaciones interpolacionísticas e historiográficas de **FITTING**, **GAUDENZI**, **SCHUPFER**, **CALASSO** y **GUIDO ASTUTI**, a las que nos remitimos,<sup>(13)</sup> nos han hecho ver lo exagerado de estas críticas; así, Schupfer sostiene que la fama de falsario atribuida a Gualcosio era probablemente inmerecida, no pudiéndose demostrar en Gualcosio la intención fraudulenta de introducir en el texto sistemáticas alteraciones; y Calasso estima que “los glosemas interpolacionados y hechos pasar como palabras del legislador, pudieron haber sido, originariamente, distintos del texto de la ley deslizados, más tarde, por culpa de algún amanuense”; aunque, añade Calasso, “lo cierto es que el presunto Gualcosio era un retórico impenitente, como lo revelan los hexámetros leoninos que antepuso a ciertas leyes, resumiendo su contenido”; y como tal fue exaltado en un proemio en verso con el que un escribano disertante prologó toda la obra:

*Est error spretus, quo Langobarda inventus  
Errabat. abea loquitur nunc pagina sensum  
Edicti rectis quod stricxit Rothar habenis  
Walcausus meritus quem laudat scriba disertus.*

El mérito de Gualcosio al que alude este anónimo escriba disertus estaría en la renovación profundizada de la interpretación jurídica.

Existe otra versión del texto del *Liber Papiensis* atribuida a otro jurista de la Escuela de Pavía, de nombre **WIDOLINO**, cuyas glosas a las fórmulas procesales del Derecho Longobardo estaban destinadas para el uso de los prácticos, indicando las palabras precisas a plantearse en el juicio para la acusación y la defensa, reproduciendo, sintéticamente, al diálogo entre el juez y las partes, las formas de la prueba y la sentencia; enseñando así, críticamente, el proceso y creando un nuevo Derecho Procesal.

3. El tercer período de la Escuela de Pavía está representado por los continuadores y discípulos de Gualcosio y Widolino y los opositores del Cardenal Lanfranco.

Este último período de la actividad de la Escuela se distingue por el uso de todas las fuentes del Derecho Romano y por la mayor diligencia, erudición, agudeza y por la fuerte tendencia a reducir a sistema el Derecho Longobardo.

<sup>(12)</sup>- **LUDOVICO ANTONIO MURATORI** (1725-1798): Fue un notable erudito italiano, sacerdote jesuita, doctor en Filosofía, Filología, Derecho Civil y Derecho Canónico, cuya fama está ligada a su obra *Rerum italicarum scriptores*, Milán, 1738-1798, obra enciclopédica de leyes, biografías y doctrinas referentes a la historia de Italia en el milenio transcurrido entre el siglo VI y el siglo XVI. Su otra gran obra se intitula *Antiquitates Italiae Medii Aevi*, Milán, 1732-1798, que contiene 7 disertaciones en 6 tomos que ilustran las instituciones civiles y religiosas de Italia en el mismo período. Pero no solo veo en él al caposcuola de la historiografía medieval italiana sino, también, a un notable crítico del Derecho Procesal como fluye de su obra *Dei difetti della giurisprudenza*, publicada en 1794 para combatir los errores de la Interpretación jurisprudencial.

<sup>(13)</sup>- **PAUL JOHANNES MERKEL**: *Appunti per la storia del Diritto Longobardo*, cap. XI, “Delle falsificazioni di Gualcosio”, en Savigny, vol. III, p. 408.

<sup>(13)</sup>- **HERMANN FITTING**: *Institutionen-glossen des Gualcausus*, Berlín, 1897; **GAUDENZI**: “Un novo documento sopra Gualcosio e la storia della cosiddetta Valcausina”, en *Festschrift für H. Brunner*, p. 388-397, Berlín, 1907; **CALASSO**: *Medio Evo del Diritto*, p. 310-311; **G. ASTUTI**: *Lezioni*, cit., p. 124 y ss.

Pertenecen a este período de la Escuela dos textos jurídicos fundamentales:

- a) *La Expositio ad Liber Papiensis* y
- b) *La Lombarda*

a) **LA EXPOSITIO AD LÍBER PAPIENSIS o EXPOSITIO LONGOBARDICA**, es un sistema de Glosas, un comentario exegético y de nuevas fórmulas procesales que acompaña capítulo por capítulo al *Liber Papiensis*.

Se trata de una reelaboración de las Glosas precedentes, cuya superabundancia enmarañaba el sentido del Derecho Longobardo.

Fue escrita hacia el año 1070 por un jurista anónimo, natural de Mantua (según Ficker) o de Tortona (según Leicht) o de Pavía, según otros, que recopiló la vieja y la nueva doctrina de los glosadores de Pavía, designando con la sigla “a” a los “antiguos” (*asinae*) doctores y jueces de la Escuela y con la sigla “v” (“valientes” y “veraces”) a los seguidores de Gualcosio, estableciendo no solo sus fórmulas procesales sino los diversos puntos de vista expuestos en las más importantes controversias y altercados entre los abogados y magistrados del Foro Palatino.

La Expositio es, pues, a no dudar, una obra nacida de la Escuela y para la Escuela; es, como dice Calasso, “il capolavoro abea scuola longobardística” (Medioevo, cit., p. 313); y constituye, según Bruno Paradisi, “una visión que ponía sobre nuevas bases el sistema del Derecho” (Lezioni, cit., pág. 420) o una “obra doctrinal más vasta que puede resumirse en la construcción de un sistema”, “en todo caso, el testimonio elocuente de la formación de una mejor doctrina del Derecho” (ob. cit. pág. 423).

Según Paradisi, la construcción del sistema tenía dos aspectos concurrentes. El primero era el de la interpretación de la norma y su coordinación.

El segundo era derivado de la interpretación y consistía en colmar las lagunas mediante otras normas de Derecho Longobardo o, a falta de ellas, mediante normas del Derecho Romano, en una suerte de proceso circular que tenía como resultado el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho y la creación de un sistema.

Confrontando la opinión de los *antiqui iudices* y de los *moderni* o *valenti iudices*, la Expositio, revelando, de paso, un notable conocimiento de las fuentes romanas, como fuente supletoria del Derecho Longobardo estableció los principios de vigilancia y validez de las leyes y los de su abrogación y derogación por normas posteriores, convirtiéndose así en la principal fuente de conocimiento de la Escuela de Pavía y de la cultura de los juristas longobardos de los siglos X y XI.

b) **LA LOMBARDA O LEX LONGOBARDA** es una compilación sistemática de las leyes y de la jurisprudencia longobarda que contiene el mismo material legislativo que el *Liber Papiensis*, pero ordenado en forma cronológica, en tres libros, subdivididos en Títulos, bajo cuyos rubros figuraban capítulos sobre los edictos de los reyes longobardos y el *Capitular Itálico*, sistematizándose, en el Primer Libro, el Derecho Penal; en el segundo Libro, el Derecho Privado y Procesal y, en el Tercer Libro, el Derecho Público y Eclesiástico.

La *Lombarda* es un producto de la tercera fase de la Escuela de Pavía. Tuvo su primer precedente en una obra de la primera fase de esta Escuela, que se conoce con el nombre de *Concordia de Sabians Causis* o *Concordia Gothana*, obra rudimentaria y de escasa importancia perteneciente al siglo IX. Su segundo precedente fue el *Liber Papiensis*, que corresponde a los finales del siglo X o comienzos del siglo XI y que pertenece a la segunda fase de la Escuela; pero, en cuanto a la *Lombarda* no hay ningún elemento de juicio seguro para establecer de modo preciso quién, dónde y cuándo se compuso esta obra, de la que ya a fines del siglo XII se ignoraba el nombre de su autor, por lo que los historiadores del Derecho han formulado al respecto numerosas conjeturas, atribuyéndola algunos, como Novati, a un monje Pedro, diácono de la Abadía de Montecasino, quien la habría redactado en la célebre abadía benedictina, refugio de la cultura humanista, teológica y jurídica, tradicionalmente ligada al mundo longobardo desde que allí se refugiara el rey Ratchis, quien se convirtió allí en monje, inspirando con su presencia al diácono de la abadía, quien compuso esta célebre compilación con el nombre de *Leges Langobardorum per Petrum Casinensen*; de donde Montecasino era la sede no solo del monje Petrum o Pedro sino, también, del Código que la contiene. Empero, otros historiadores como Schupfer y Leicht han opuesto diversas objeciones a esta tesis y Gaudenzi, en base a argumentos filológicos, nos sugiere que la *Lombarda* se habría compuesto en marzo del año 1080 en la ciudad de Pávan por iniciativa del célebre obispo Guiberto o Ghiberto quien, luego, fue antipapa con el nombre de Clemente III. La hipótesis de Gaudenzi sobre el origen de la *Lombarda* se conecta con sus conjeturas sobre el desenvolvimiento paralelo del Derecho Longobardo y del Derecho Romano en Pávan, de acuerdo con su tesis del Derecho pre-irmeriano que Patetta ha refutado y que sus discípulos mantienen.

En tal sentido, la opinión de Guido Astuti, discípulo de Patetta, refuta las tesis gaudenzianas, en aras de un prejuicio de escuela que nosotros no podemos compartir, sin que, por ello, no nos remitamos a la página 168 de las *Lezioni* de Astuti para quien, en definitiva, el origen de la *Lombarda* hay que referirlo a Pavía, sede de la Escuela, en donde los funcionarios, los jueces, abogados y notarios de la Corte Palatina habrían posibilitado y hecho florecer este tipo de literatura jurídica cuya heurística se pierde en el misterio.



# CAPÍTULO LXIV

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO  
PROCESAL LONGOBARDO,  
LA PRUEBA Y LA SENTENCIA





## CAPÍTULO LXIV

# LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL LONGOBARDO, LA PRUEBA Y LA SENTENCIA

1. La prueba en el Derecho Longobardo. 2. La sentencia y su apelación.

### 1. LA PRUEBA EN EL DERECHO LONGOBARDO

Siendo la prueba el alma del Derecho y del proceso, el análisis de esta quintaesencia ontológica y dialéctica de cualquier época y en cualquier espacio supone, en buena cuenta, un estudio de *prima philosophia* procesal. La prueba, bajo cualquier dimensión que se la mire, constituye siempre un tema de meditación fundamental... una *philosophia perennis*; ya que, como dice Satta, “en todo procesalista... hay un filósofo oculto”.

Pues bien, en el Derecho Longobardo, el tema de la prueba caracteriza, tipifica y diferencia a este pueblo, a su civilización y a su Derecho, del proceso germánico y del romano-barbárico. ¿Y dónde radica el *quid* de la diferenciación? En la racionalización de la prueba, vale decir, en la humanización de la prueba o, lo que es lo mismo, en la “desdivinización” de la prueba; en suma, en la transmutación de la prueba ordálica o del “juicio de Dios” en su sucedáneo: la prueba racional.

En efecto, es ya un lugar común en la historiografía longobarda la afirmación de que los reyes legisladores fueron contrarios al uso del duelo y de la prueba ordálica. Como dice Franca Sinatti, “las razones por las cuales se excluye el duelo, serían muchas: la gravedad del caso, la impiedad y la injusticia de los medios de purgación, la imposibilidad, el absurdo de definir ciertas *litis* descendiendo al campo de la palestra; los conceptos así precisados harían pensar en lo incivilizado de las leyes germánicas, en la atenuación de uno de los medios de prueba más típicos del Derecho barbárico y en la supresión de un medio de prueba irracional”.<sup>(1)</sup>

En efecto, ya en el *Edicto de Rotari* aparecen tres casos en los cuales se excluye la prueba pro duelo sustituyéndola con el juramento:

- a) Cuando se trata de la filiación legítima demandada ante los parientes (*Edictus Rothari*, cap. 164);
- b) Cuando se discute el honor de la mujer (cap. 165);
- c) Cuando el marido es acusado de uxoricidio, en cuyo caso bastará su solemne juramento decisorio (cap. 166).

<sup>(1)</sup>- FRANCA SINATTI D'AMICO: *Le prove giudiziarie nel Diritto Longobardo*, p. 96, Milán, Giuffrè, 1998.

Es preciso llegar al *Edicto de Liutprando* para encontrarnos con el primer documento significativo de una nueva civilización que iba madurando en la Italia longobarda del siglo VIII,<sup>(2)</sup> y con una nueva personalidad a cuya profunda sensibilidad e inteligencia se debe el hecho de haberse convertido en el artífice de esta obra legislativa revolucionaria por sus ideales de justicia y equidad:<sup>(3)</sup> Liutprando consagra el derecho a la prescripción adquisitiva de dominio treintenual mediante prueba o título supletorio, excluyendo el duelo y el juramento, que anteriormente el *Edicto de Grimoaldo* había introducido para defender al poseedor.<sup>(4)</sup>

Por otro lado, frente a la oralidad inherente y característica del proceso germánico, Liutprando introduce la prueba escrita, lo que constituye una indiscutible innovación.<sup>(5)</sup>

Asimismo, introduce la prueba testimonial aunque en forma rudimentaria: “Los testigos introducidos por primera vez en el Derecho Longobardo no configuran la institución de la prueba testimonial, en el sentido romano y tal como hoy nosotros la entendemos, sino una institución híbrida típica del momento de transición en el que legisla Liutprando. De esta institución particularísima es indispensable aclarar fines y límites para evitar caer en el error común de anticipar al siglo VIII el renacimiento del testimonio procesal, renacimiento que es ciertamente posterior”,<sup>(6)</sup> que “se afirma en su verdadera estructura pasado el siglo X”.<sup>(7)</sup>

## 2. LA SENTENCIA Y SU APELACIÓN

En el proceso longobardo existía un solo tipo de procedimiento para la materia civil y criminal. Por tanto, los extremos de la bannitio se resolvían por el mérito de la prueba actuada en función de una sentencia que establecía previamente cómo se probaría la demanda.

Tal era la famosa sentencia de prueba (*Beweis-Urteil*), típica del procedimiento germánico, que imperó por lo menos en la época de Rotari y de Grimoaldo. A partir del *Edicto de Liutprando* aparece ya la sentencia final (*End-Urteil*), que está más próxima a la mentalidad romana y a la nuestra. Es preciso aclarar que la sentencia de prueba se dictaba antes de la actuación de la prueba o de la purgación ordálica, dejándose establecido previamente cómo se probaría y de acuerdo a esto quién sería el ganador de la *litis*; por ello es que dice Heinrich Brunner que “esta era la verdadera sentencia en el proceso germánico, sancionándose con la pérdida de la paz o *friedlosigkeit* a quien incumpliera esta sentencia”.

En cuanto a la apelación, esta aparece claramente configurada como recurso al rey en el *Edicto de Liutprando* y no antes, conforme a los textos que cita Padoa Schioppa en sus estudios sobre la apelación en el Derecho intermedio.<sup>(8)</sup>

(2). FRANCA SINATTI D'AMICO: ob. cit., p. 218.

(3). Ibid. ob. y loc. cit., p. 219 y ss.

(4). Ibid. ob. cit., p. 218, 219.

(5). Ibid. ob. cit., p. 218, 219.

(6). Véase, PADOA-SCHIOPPA: Ricerche sull'appello nel diritto intermedio, t. I, p. 113 y ss., Milán, Dott. A. Giuffrè editore, 1907.

(7). Ibid. ob. cit., p. 218 in fine y 219.

(8). PADOA-SCHIOPPA, ob. cit., p. 218 in fine y 219.



**CAPÍTULO LXV**

**EL DERECHO PRE-IRNERIANO Y  
LAS ESCUELAS  
PRECURSORAS DE BOLONIA**

---





## CAPÍTULO LXV

### EL DERECHO PRE-IRNERIANO Y LAS ESCUELAS PRECURSORAS DE BOLONIA

1. El influjo magnético de la penumbra gótica sobre la Historiografía. 2. La iluminación de la fe y el alma medieval.

#### 1. EL INFLUJO MAGNÉTICO DE LA PENUMBRA GÓTICA SOBRE LA HISTORIOGRAFÍA

El dramático choque dialéctico entre las dos grandes fuerzas motrices de la historia jurídica —el Derecho Romano y el Derecho Germánico— tuvo lugar, en el espacio y en el tiempo, no en Bolonia ni en su época, sino en las escuelas precursoras de Bolonia: Roma, Ravenna y Pavía, las que absorben, por ello, el temperamento y estilo de uno y otro Derecho: el *Derecho apolíneo* y el *Derecho fáustico* dando lugar, precisamente, por ser una zona de penumbra gótica y de fantasmagorías románicas, a un aquelarre historiográfico en el que resuenan, cual noche de terror, junto a las cadenas de esta edad de hierro, las almas en pena de los juristas anónimos, las interpolaciones de los palimpsestos, el olvido, el prejuicio y el desconocimiento injusto de los jueces, profesores y escuelas cuyas vidas se extinguieron, dejando solo rastros vaporosos y sutiles de una existencia difuminada que es preciso evocar al conjuro de una época como la nuestra, que es también medieval. Lo cierto es que hay un innegable influjo magnético de aquella época encantada sobre nuestros espíritus y nuestros corazones. A tal punto que bien podríamos hablar de un embrujo de la historia en nuestras almas y que constituye el alma en pena de la Edad Medioeval.

Hace ya muchos años que **PAUL VINOGRADOFF**, el gran medievalista de Oxford, había dicho que “La historia que paso a exponer es, considerada desde cierto punto de vista, la historia de un fantasma. Se trata de una segunda vida del Derecho Romano, después de la desaparición del cuerpo con que vio la luz por primera vez. Yo debo presumir un conocimiento general de las circunstancias en las cuales aquel maravilloso sistema científico surgió y se desarrolló. Mi narración comienza en la época de la decadencia, cuando el Imperio de Occidente se debatía tras los últimos esfuerzos por sobrepujar las hordas bárbaras. Era el tiempo cuando nuevas lenguas y naciones de la Europa Occidental nacían, cuando las estirpes reunidas bajo los confines fijados por Augusto, Trajano y Septimio Severo ya se habían empapado de la cultura latina, cuando los elementos de la Europa románica y teutónica comenzaban gradualmente a tomar cierta forma. Tal período se puede estudiar desde dos opuestos puntos de vista que se caracterizan por la romanización de las provincias y por la barbarización de Roma”.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup>.- **PAUL VINOGRADOFF**: *Diritto Romano nell'Europa Medioevale*, versión italiana de Riccobono y Zuloeta, Milán, Giuffrè, 1909, p. 167.

La “barbarización de Roma” es el concepto historiográfico en virtud del cual podemos interpretar los vulgarismos y los giros bárbaros del latín gótico, en estos textos “romances” de la literatura jurídica altomedieval. O, como también dice Paul Vinogradoff: “Un segundo efecto de gran importancia fue que el Derecho Romano, en cuanto era reconocido y usado por los bárbaros en las provincias, comenzó a asumir la forma de un cuerpo de normas degeneradas”.

Degeneración normativa desde el punto de vista romano; evolución creadora, desde el punto de vista germánico; lo cierto es que este derecho altomedieval tiene que ser contemplado, visualizado con los lentes de una tercera dimensión, con el “tercer ojo” del que nos hablaba Lobsang-Rampa, para aprehender la esencia de su aura fantasmal. Como ha dicho **GUSTAVE COHEN** en su obra *La gran claridad de la Edad Media*: “las tinieblas de la Edad Media no son sino las de nuestra ignorancia”.<sup>(2)</sup> Para disiparlas, Gustave Cohen, ilustre profesor de La Sorbona, nos hace una historia de la sensibilidad del alma medieval, de sus aportes a la cultura de Occidente, diciéndonos:

“Es verdaderamente un período inmenso; no solo por lo que ha sido capaz de cumplir sino también, por lo que ha gestado, y a eso es a lo que aún se llama algunas veces ‘las tinieblas de la Edad Media’, allí donde no veo nada más que deslumbradoras claridades de alba y de aurora”.<sup>(3)</sup>

Al conjuro de esta evocación, los exorcistas de la Historia han logrado ahuyentar de las criptas y sarcófagos del Derecho altomedieval a los espíritus malignos que rondaban, negando —y aún niegan— a esa segunda vida del Derecho Romano encarnada en las escuelas de Roma, Ravenna y Pavía que anteceden al *Studium Generale* de Bolonia y en los juristas preirnerianos, precursores del célebre *Doctor omnium aegregius* y de sus discípulos, los inmortales Glosadores, precediéndolos con obras de excepcional ingenio y sutileza como las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, obra de un jurista anónimo, perteneciente a la Escuela de Roma, según Schupfer o, en todo caso, a una ulterior fase intermedia entre la Escuela de Roma y la de Bolonia, según las investigaciones de Ginevra Zanetti,<sup>(4)</sup> de las que ya daremos cuenta;<sup>(5)</sup> así como también de otros textos jurídicos preirnerianos como las *Excepciones Petri*, el *Brachylogus iuris civilis*,<sup>(6)</sup> la *Summa Codicis Trecensis*<sup>(7)</sup> y otras monografías procesales.

(2).- **GUSTAVE COHEN**: *La gran claridad de la Edad Media*, p. 105, Editorial Huemul, Buenos Aires, 1995.

(3).- **GUSTAVE COHEN**: *ob. cit.*, p. 20.

(4).- **GINEVRA ZANETTI**: *Quaestiones de iuris Subtilitatibus*, texto, introducción y aparato crítico. Florencia, 1999.

(5).- **GINEVRA ZANETTI**: *Iustitia, aequitas ed ius nell'allegoria delle "Quaestiones de iuris Subtilitatibus"*, Milán, 1996; **GINEVRA ZANETTI**: *La determinazione cronologica delle "Quaestiones de iuris Subtilitatibus"*, Verona, 1995; **GINEVRA ZANETTI**: *Ancora sulla patria e sulla paternità delle "Quaestiones de iuris Subtilitatibus"*, Modena, 1995; **HERMANN KANTOROWICZ**: *The "Quaestiones de iuris Subtilitatibus", a work of Placentinus?* En el volumen *Studies in the Glossators of the Roman Law*, p. 101-103. Reprint of the Edition Cambridge 1999 with Addenda et Corrigenda by Peter Weimar. Reeditado por Scientia Verlag Aalen, 1999; **HERMANN FITTING**: *Quaestiones de iuris Subtilitatibus des Imerius*, Berlín, 1901.

(6).- **HERMANN FITTING**: *Ueber die sogenannte Turiner Institutionen glosse und den sogenannte Brachylogus. Ein Beitrag zu der Geschichte des Römischen Rechtes vom Sechsten bis zum Fünften Jahrhundert*. Halle, 1900. Reedición anastática, Amsterdam, 1997. Cfr., además, del mismo **FITTING**: *Glosse zu den Exceptiones Legum Romanarum des Petrus*, Halle, 1900; *Lease su fundamental: Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des Mittelalters*. Rectorats-Rede, Halle, 1907.

(7).- Sobre las “*Quaestiones de iuris Subtilitatibus*”, las *Excepciones Petri*, el *Brachylogus iuris Civilis*, la *Summa Codicis Trecensis* y otras monografías, debe leerse: **GUIDO ASTUTI**: *Lezioni di Storia del Diritto Italiano. Le fonti. Etá Romano Barbárica*, p. 376-412. Cedam, Padua, 1955. Cfr., además, **FRANCESCO CALASSO**: *Medio Evo del Diritto*, p. 181 y ss., 199, 191 y passim, Milán, Dott. A. Giuffrè editore, 1994. **BRUNO PARADISI**: *Studi sul Medio Evo Giuridico*, Roma, 1907.



## 2. LA ILUMINACIÓN DE LA FE Y EL ALMA MEDIEVAL

Así, mostrando el hontanar de donde emerge la historia, oteando en el mágico y difuminado ambiente medieval, creemos que esta atracción historiográfica obedece a un innegable influjo magnético de aquella época encantada sobre nuestros espíritus y nuestros corazones, cuyo ritmo discurre en una dialéctica de la duración entre aquel ambiente y este, nuestro espacio-tiempo neomedieval.

El surgimiento, desarrollo y desenvolvimiento del Derecho común medieval se debe, en primer lugar, a las universidades y a las escuelas que en ellas florecieron; estas, a su vez, recogen y expresan un fenómeno que **GUSTAVE COHEN** ha denominado: “La gran claridad de la Edad Media”.<sup>(8)</sup> “Las tinieblas de la Edad Media no son sino las de nuestra ignorancia”. Este fenómeno de iluminación y claridad se expresa estéticamente a través de la catedral gótica, cuyas líneas estilizadas parece que tratan de elevarnos al cielo y a Dios a través de sus inmensos rosetones que nos expresan un símbolo esotérico de profunda espiritualidad: la rosa-cruz; esta claridad una vez más se nos vislumbra a través del tornasolado de los vitreaux del Medioevo:

*de granates y zafiros  
de esmeraldas y rubíes  
de ónix y crisolitos, topacios y berilos...*

¿Qué mejor descripción de ese fenómeno extraño, hipnótico de los maravillosos vitreaux del Medioevo?, un fenómeno cuya fascinación es tan profunda hoy como lo fue en todo tiempo. El poeta Heinrich van Veldeke describe en *Aeneid*, el gran poema épico del año 1200, la impresión que le causaron los vitreaux de una capilla sepulcral y por eso nos habla de piedras preciosas como un símil que parece recoger ese efecto de pared enjorada y luminosa en el que todas las figuras y ornamentos parecen resplandecer con luz propia y con una sensación de algo remoto, sobrenatural y ultraterreno.<sup>(9)</sup>

En *El misterio de las catedrales* de **FULCANELLI**, esa obra de cábala y de grandioso esoterismo,<sup>(10)</sup> se lee que “Santuario de la tradición, de la ciencia y del arte, la catedral gótica no debe ser contemplada como una obra únicamente dedicada a la gloria del cristianismo, sino más bien como una vasta concreción de ideas, de tendencias y de fe populares, como un todo perfecto al que podemos acudir sin temor cuando tratamos de conocer el pensamiento de nuestros antepasados, en todos los terrenos, religioso, filosófico o social... Si el recogimiento, bajo la luz espectral y policroma de las altas vidrieras, y el silencio, invitan a la oración y predisponen a la meditación, en cambio la pompa, la estructura, la ornamentación producen y reflejan con extraordinaria fuerza sensaciones menos edificantes, un ambiente más laico, y digamos casi pagano. Allí se pueden discernir, además de la inspiración ardiente nacida de una fe robusta, las mil preocupaciones de la grande alma popular, la imagen de su pensamiento, en cuanto tiene este de complejo, de abstracto, de esencial, de soberano”.

<sup>(8)</sup>- GUSTAVE COHEN: ob. cit., p. 24.

<sup>(9)</sup>- HERIBERT HUTTER: *Vitreaux del Medioevo*, editorial Hermes, México, sin fecha.

<sup>(10)</sup>- FULCANELLI: *El misterio de las catedrales*, p. 23, in fine, 23; Plaza & Janés, Barcelona, 1988, 2ª ed.



Pero, en el alma medieval coexisten, junto al “misterio de las catedrales”,<sup>(11)</sup> dos figuras no menos misteriosas y antagónicas: el santo y el alquimista. Se trata, indiscutiblemente de otro mundo, un mundo iluminado por la fe. “La edad de la fe”, la llama justamente Will Durant en su portentosa obra.<sup>(12)</sup> Es esto de lo que carece nuestra época, aunque Pauwels y Bergier crean que se está operando un “retorno de los brujos”;<sup>(13)</sup> y aunque más precisamente Nicolás Berdiaeff nos hable de “una nueva Edad Media”;<sup>(14)</sup> pero no queremos dejarnos subyugar, aunque la tentación es grande, por el hechizo hipnótico de “lo medioeval” y de sus cautivantes temas como el de “los reyes malditos”,<sup>(15)</sup> tales como “el Rey de hierro y la Reina estrangulada” o “el misterio de los templarios”<sup>(16)</sup> y de las órdenes monásticas, pasando por el ideal caballeresco, el ideal del santo, el ideal del sabio y el ideal del alquimista... **JACQUES LE GOFF**, uno de los mayores especialistas en la Edad Media Occidental y director de estudios de la Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de París ha escrito, entre otros libros, dos que vienen a nuestro tema, y que deben leerse: “*Los intelectuales en la Edad Media*” y “*Lo maravilloso y lo cotidiano en el Occidente medieval*”.<sup>(17)</sup>

---

<sup>(11)</sup>- Léase, además: **CHRISTIAN JACQ Y FRANCOIS BRUNIER**: El mensaje de los constructores de catedrales. Nueva clave para comprender el Ideal de la Edad Media, el tiempo en que las piedras hablaban, Plaza & Janés, Barcelona, 1981.

<sup>(12)</sup>- **WILL DURANT**: La edad de la fe. Historia de la civilización medieval desde Constantino a Dante (1922-1926), 3 vols., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980.

<sup>(13)</sup>- **L. PAUWELS y J. BERGIER**: El retorno de los brujos, Plaza & Janés, Barcelona, 1971.

<sup>(14)</sup>- **NICOLAS BERTIAEFF**: Una nueva Edad Media, Editorial Apolo, Barcelona, 1980.

<sup>(15)</sup>- **MAURICE DRUON** ha novelado genialmente el ciclo de los llamados “reyes malditos” en 7 volúmenes: I: “El rey de hierro”, II: “La reina estrangulada”, III: “La ley de los varones”, etc.; Javier Vergara editor, Buenos Aires, 1981.

<sup>(16)</sup>- **LOUIS CHARPENTIER**: El misterio de los templarios; **RAFAEL ALARCON**: A la sombra de los templarios. Los enigmas de la España mágica. Claves secretas del Camino de Santiago, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1986.

<sup>(17)</sup>- **JACQUES LE GOFF**: Los intelectuales en la Edad Media, Gedisa editorial, Barcelona, 1986; Id.: Lo maravilloso y lo cotidiano en el Occidente medieval, Gedisa editorial, Barcelona, 1986.

A faded, sepia-toned portrait of a man with short, dark hair, wearing a dark clerical garment with a white collar. The portrait is centered on the page and serves as a background for the text.

**CAPÍTULO LXVI**

**PERÍODO DEL DERECHO  
CIENTÍFICO**

**EL RENACIMIENTO MEDIEVAL Y  
LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA**



# CAPÍTULO LXVI

## PERÍODO DEL DERECHO CIENTÍFICO

### EL RENACIMIENTO MEDIEVAL Y LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

“y la luz iluminó en las tinieblas...”  
(Evangelio de San Juan: 1, 5)

Este fenómeno de luminosidad espiritual irradió en el siglo XII determinando un renacimiento estético, cultural e intelectual denominado, según una feliz expresión de Charles Haskins, “el renacimiento cultural del siglo XII”,<sup>(1)</sup> expresión ya manejada por Solmi en su estudio *Il rinascimento della scienza giuridica e l'origine dell'Università nel Medio Evo* (Roma, 1937) y aun antes, por Hastings Rashdall, al configurar la fundación de las grandes universidades europeas, tales como París, Bolonia, Oxford, Montpellier, Módena, etc., como al primer renacimiento cultural de Europa<sup>(2)</sup> hermoso tema, éste, que ha sido replanteado recientemente por Olaf Pedersen en un notable bestseller: “*The first Universities. Studium Generale and the Origins of University Education in Europe*”, Cambridge, University Press, 1997 y por Hilde de Ridder-Symoens: “*A history of the University in Europe*”, Cambridge, University Press, 2003.

Este fenómeno de luminosidad en las tinieblas o de renacimiento espiritual en la cultura surge como contraste iridiscente ante las fuerzas oscurantistas que detuvieron, retardaron y colapsaron la evolución espiritual y cultural en la alta Edad Media, caracterizada en la famosa frase de GIBBON como “el triunfo de la barbarie y de la religión” o, por otros, como “la Edad Oscura” o, por otros, como “la noche gótica”.

Hay, pues, una polaridad lumínica y todo un arco voltaico entre dos polos contrastantes constituidos por la barbarie y su alma dionisiaca: el Derecho Germano vs. la civilización y su alma apolínea: el Derecho Romano, de la cual emerge nuestra propia alma y nuestro temperamento: el Derecho fáustico, cuyo nacimiento se opera allá en el siglo XII, con el surgimiento de las universidades.

JOHAN HUIZINGA, gran historiador holandés, profesor en la Universidad de Groninga (1872-1945), ha dicho al estudiar la vida y el pensamiento de Abelardo, ese gran profesor de vida trágica, que “el siglo XII fue una época de inigualada capacidad creadora y formadora. El proceso de despertar y desarrollo es mucho más real aquí que en el período que solemos denominar Renacimiento. Esta transformación es como una melodía transportada a una nota más alta y a un ritmo más vivaz o, como el sol que, de pronto, sale entre las nubes. En todo caso, aquí podríamos hablar de un nuevo nacimiento. En el siglo XII se desarrollaron nuevas formas de actividad mental y de vida social, que todavía son columnas de la existencia

(1).- CHARLES HOMER HASKINS: *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge, Massachussets, 1927, Reedicción Cleveland, Ohio, 1969; Id.: *Studies in the History of the Medieval Science* (Harvard Historical Studies XXVII), 1934; Id.: *Studies in Medieval Culture*, 1969.

(2).- HASTINGS RASHDALL: *The Universities of Europa in the Middle Age*, 3 vols., Oxford, 1909.

(3).- JOHAN HUIZINGA: “Abelardo”, en el volumen *Hombres e Ideas. Ensayos de Historia de la cultura*, p. 107-169, Buenos Aires, 1966.



moderna”. “Creo que nunca como en el siglo XII tantos y tan variados elementos culturales fueron creados y formados en una sola época”.<sup>(3)</sup>

Esta es la época de Bolonia, la gran universidad jurídica que irradia el Medioevo, cuyo origen y cuyo desarrollo ha sido entrañablemente estudiado por ilustres historiadores, cuyos libros son todo un joyel en nuestra bibliografía; y los cito entrañablemente, empezando por el muy apreciado libro del gran jurista de Frankfurt **FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY**: *Historia del Derecho Romano en el Medioevo* (*Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, 1815-1831. Existe una traducción italiana, muy buena, de Emmanuele Bollatti, 1854-1857).

**SAVIGNY** nació en Frankfurt (la tierra de Goethe) el 21 de febrero de 1779 y murió en Berlín el 25 de octubre de 1865. Su familia era de origen francés y provenía de Lorena, de donde había emigrado hacia Prusia cincuenta años antes del nacimiento del gran maestro, a quien ahora evoco en estas breves líneas. La obra de Savigny constituye la resurrección del Derecho Romano medieval por un espíritu neo-clásico. “Su actitud espiritual —dice **PAUL KOSCHAKER** en su áureo libro— se inspira en el clasicismo y su temperamento repudia todo lo que signifique violencia o exageración”.<sup>(4)</sup> El virtuosismo clásico de Savigny ha sido remarcado también por **FRANZ WIEACKER** en su hermoso libro de *Historia del Derecho*, en el que compara el estilo y el temperamento clásico de Savigny con la música clásica que va desde Glück hasta Mozart y con la poesía de Goethe y Schiller y del círculo cultural de Weimar.<sup>(5)</sup>

Por nuestra parte, decimos que la *Historia del Derecho Romano en el Medioevo* de Savigny es la piedra miliar, el punto de partida obligado de toda investigación medievalística.

El espíritu neoclásico de Savigny, al concentrarse en el Derecho Romano con la visión y los métodos de la “jurisprudencia elegante” han sido relievados también por **CARLOS AUGUSTO CANNATA** y **ANTONIO GAMBARO** en un bello *capolavoro* de la escuela historiográfica italiana.<sup>(6)</sup>

En suma, érase un “jurista ideal” y un “teórico perfecto” cuya característica principal fue el ver a lo grande, como dice **RICCARDO ORESTANO** en su hermosa *Introduzione allo studio del Diritto Romano*.<sup>(7)</sup>

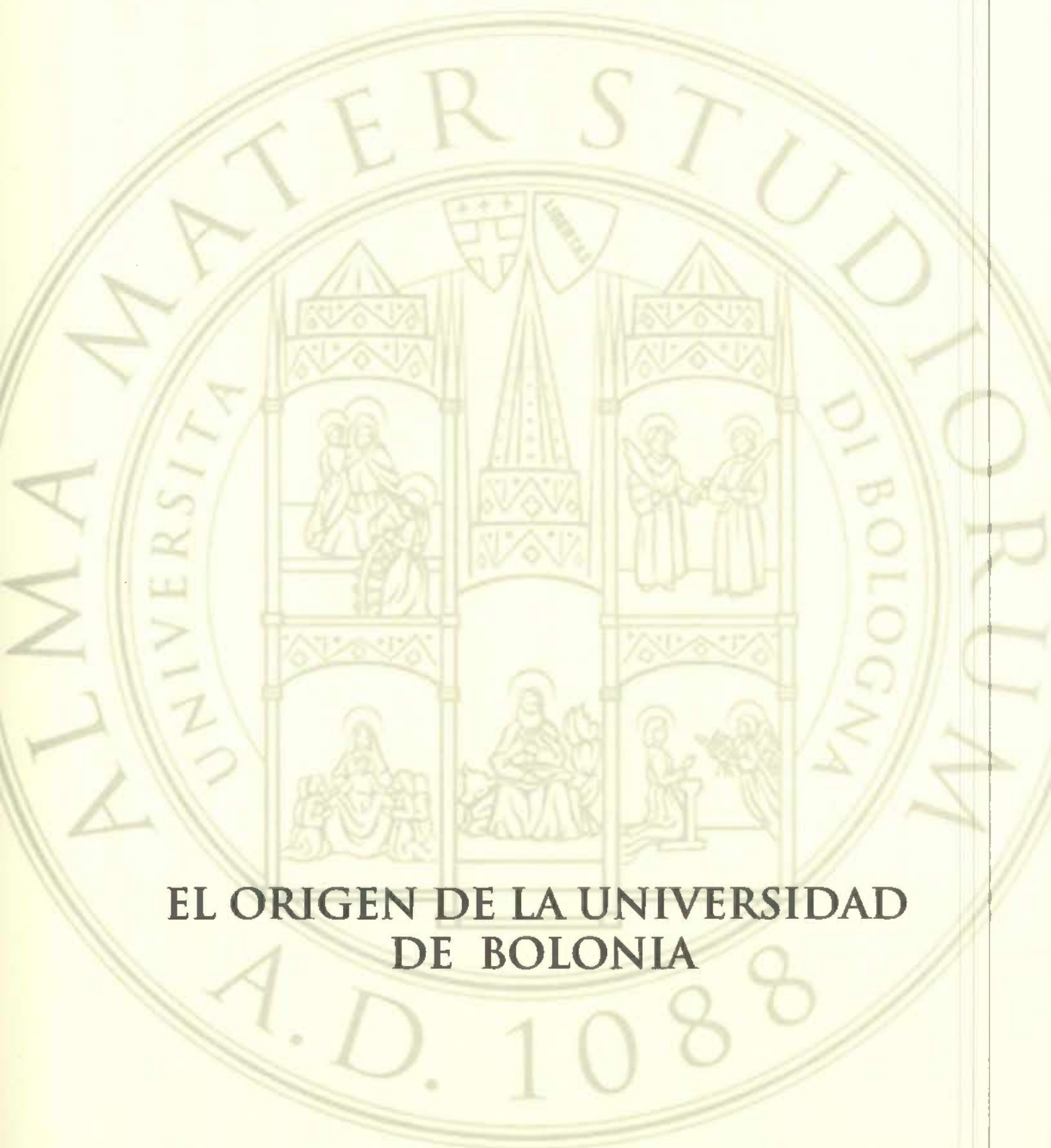
<sup>(3)</sup>.- **PAUL KOSCHAKER**: Europa y el Derecho Romano, p. 301, in fine, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1999.

<sup>(4)</sup>.- **FRANZ WIEACKER**: Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, p. 393, 394, 395, 396, 397 y passim, Editorial Aguilar, Madrid, 1999.

<sup>(5)</sup>.- **CARLO AUGUSTO CANNATA** y **ANTONIO GAMBARO**: Lineamenti di storia della Giurisprudenza Europea. Del medio evo all'epoca Contemporanea, p. 309, 4ª Ed., G. Giappichelli editore, Turín, 1999.

<sup>(7)</sup>.- **RICCARDO ORESTANO**: Introduzione allo studio del Diritto Romano, p. 344, 345, Società editrice Il Mulino, Bolonia, 1997.

# CAPÍTULO LXVII



## EL ORIGEN DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA



## CAPÍTULO LXVII

### EL ORIGEN DE LA UNIVERSIDAD DE BOLOGNA

Estudiamos con fervor los orígenes de nuestra *alma mater studiorum* porque los Glosadores de Bologna fueron “los fundadores de la ciencia jurídica moderna” (Erich Genzmer) o porque con la Escuela de Bologna no solo se origina la ciencia jurídica occidental sino, también, la doctrina contemporánea del Derecho y del proceso; de donde resulta, pues, que los Glosadores son los patriarcas de nuestros estudios. Este capítulo se contrae, pues, a una historia de nuestros patriarcas, de nuestros ancestros y de nuestra génesis.

Pues bien, la Universidad de Bologna, *alma mater studiorum*, se convirtió desde el siglo XI, gracias a este renacimiento espiritual del que damos cuenta, en la meca de los peregrinos intelectuales que venían desde toda Europa porque deseaban estudiar Derecho, convirtiéndose así en los paladines de la verdad y de la justicia. *Ultramontani*: los peregrinos que venían allende los Alpes. *Citramontani*: los que venían de aquende, de cerca. *Ultramontani* y *citramontani* integraban la *Universitas Scholarium* en la que se funda la legendaria y mítica tradición universitaria del *Studium Bononiensium*.<sup>(8)</sup>

Ahora bien, como dice Savigny en su luminosa e inmortal obra, “la palabra Universidad” no designa propiamente a la escuela considerada como tal sino, en su verdadero y primitivo significado, designa: a).- la corporación que dio origen a esa escuela. Así, por ejemplo, en Bologna, la expresión más usada era *Universitas Scholarium*; b).- En París, a su vez, se utilizaba, la expresión *Universitas Magistrorum*; c).- Nadie aún pensaba en el significado que mucho más tarde con esta palabra se designaba a una “universalidad de las ciencias”. La escuela propiamente dicha llamábase *Schola*; d).- Después del siglo XIII se empezó a emplear la expresión *Studium*; más tarde, la denominación especial y honorífica de las escuelas supremas fue aquella de *Studium generale*. Y también esta expresión estaba referida a la universalidad de las ciencias; e).- La expresión *Studium generale* podía ser aplicada también a una sola Facultad.<sup>(9)</sup>

Siguiendo una vez más a Savigny, que es la fuente máxima de toda investigación historiográfica, “Según una antiquísima opinión, la Universidad de Bologna habría sido fundada por el Emperador Teodosio, allá por el año 433”.<sup>(10)</sup> Párrafos más adelante, Savigny vuelve a someter a controversia esta opinión. El ilustre maestro de la Escuela Histórica sostiene que Azón habría fundamentado esta hipótesis al sostener que Bologna, como Constantinopla, debería haber sido fundada por un Emperador, esto es, por Teodosio.<sup>(11)</sup> “No diversamente se pronuncian Accursio y Odofredo quienes en sus glosas a la Constitución *Omnem*, parágrafo 7, citan al Emperador Teodosio y, además, a San Ambrosio”. Tal es también la opinión de Bartolo para quien, en ausencia de prueba documental, la historia de la titulación se inspira en la costumbre y hasta en una supuesta fundación atribuida a un privilegio del Emperador Lotario”.<sup>(12)</sup>

(8).- CALCATERRA: *Alma mater studiorum (L'università di Bologna nella storia della cultura e della civiltà)*, Bologna, 1998.

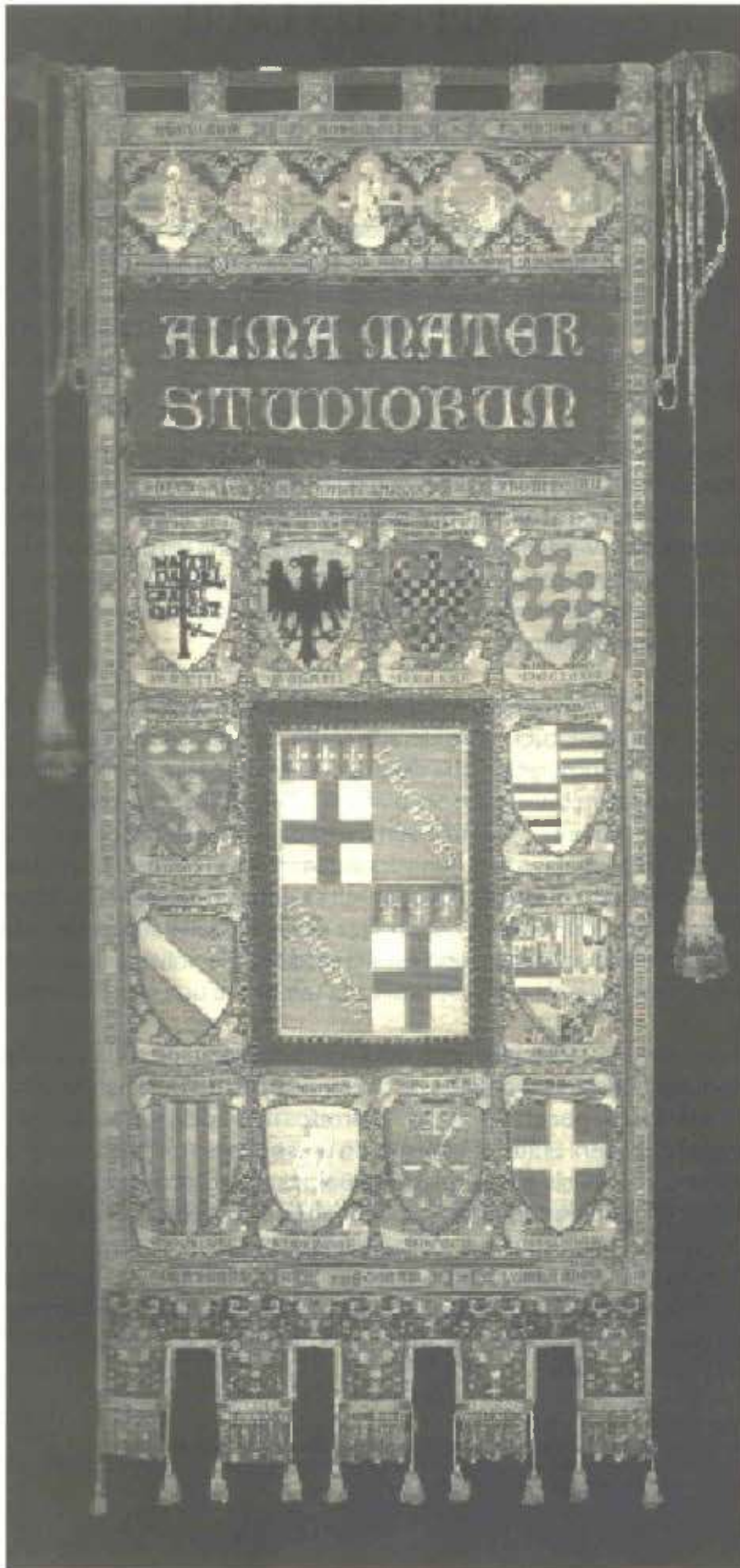
(9).- F. C. DE SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, Volumen I, capítulo vigésimo primo, Conclusiones, p. 100, Prima versione dal tedesco por Emmanuelle Bollati. Reimpresión por Multigráfica Editrice, Roma, 1971.

(10).- SAVIGNY: Ob. cit., p. 101, par. 10.

(11).- *Ibid.*, p. 101.

(12).- *Ibid.*, ob. y loc. cit.





No hay, pues, fecha cierta ni prueba documental cierta, sobre los orígenes de la Universidad de Bolonia. Lo que hay es un claroscuro y hasta un escepticismo sobre los orígenes que han dado lugar a la leyenda. Aunque, como he dicho anteriormente, las tinieblas de la Edad Media no son sino las de nuestra ignorancia. Pero esta duda y este escepticismo se ilumina y se trasciende gracias a la fe y a lo que llamo una “reinvindicación de la fuerza creadora del espíritu” que nos permite elevamos de la duda o de lo que Pirrón y los escépticos griegos llamaban la *epojé* o suspensión del juicio hacia el descubrimiento noético-fenomenológico de la esencia del alma medieval y que está en los mismos orígenes de la Universidad de Bolonia, influjo magnético de la penumbra gótica sobre la Historiografía y sobre la iluminación de la fe y el alma medieval.

Así, pues, este descubrimiento gracias a las fuerzas creadoras del espíritu nos muestra el hontanar de donde emerge la historia, oteando en el mágico y difuminado ambiente medieval.

Creemos que esta atracción historiográfica obedece a un innegable influjo magnético de aquella época encantada sobre nuestros espíritus y nuestros corazones, cuyo ritmo discurre en una dialéctica de la duración entre aquel ambiente y este, nuestro espacio-tiempo neomedieval.

Creo haber descubierto la esencia del ritmo historiológico por el cual la Edad Media nos atrae con su hipnótico embrujo. La música de Miklos Rózsa y, especialmente, su brillante “*Spellbound Concerto*” nos lo dice cuando a través del “theremin” nos simboliza el encantamiento del hechizado o embrujado. Por eso es que, a través de la interpretación musical de Miklos Rózsa, hago una interpretación historiológica del Medioevo, cuyo mundo es toda una fantasmagoría de autores y de libros como fueron los juristas preirnerianos, a la cabeza de los cuales cito a PEPONE y al anónimo autor de las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*; y de la no menos célebre obra afin: la *Summa Codicis Trecensis* —así denominada por el manuscrito de la biblioteca de Troyes, que la conserva, conjuntamente con las *Quaestiones*—, obra de notable valor por su orden, concisión, claridad y dominio de todas las partes del *Corpus Iuris* y que se inspira en la sistemática y doctrinas del Código de Justiniano —del cual es un compendio—, y que también es obra de un autor anónimo, aunque Kantorowicz la atribuyó a Rogerio, el discípulo de Bulgaro. No podría dejar de referirme también a otras dos obras de la literatura romanística del período preirneriano: las *Exceptiones Petri* y el *Brachylogus Iuris Civilis*, obra de otro anónimo autor, aunque ha sido atribuida por Naber al maestro Pepone, por Fitting a Irnerio y por Kantorowicz a Piacentino.

Así, pues, designo con el nombre de aquelarre historiográfico a la época en que se escribieron estas obras de la literatura preirneriana cuyos anónimos autores yacen en la fantasmagoría de la penumbra gótica, en la cual están sumergidas las raíces de la escuela de Bolonia. Es una época de penumbra y de aurora y este período es a la vez tumba y cuna en la que va a nacer, con el *studium*, el Derecho fáustico de Occidente.

El primer hecho histórico cierto sobre los orígenes de la Universidad de Bolonia se remonta al privilegio del Emperador Federico Barbarroja I, en la dieta de Roncaglia en el mes de noviembre de 1158 y que se conoce con el nombre de la *Constitución Habita*, conocida también con el nombre de la *Auténtica Habita*.



Fue llamada por los Glosadores *Authentica* porque Irnerio y sus discípulos consideraron genuino al texto de esta célebre Constitución, dentro de ciertas privilegiadas *Novelas* o nuevas Constituciones como la *Habita*. Recordemos que la colección de *Novelas* denominadas *Authenticum* o *Liber authenticorum* era una colección de 134 novelas manejadas por Irnerio y la Escuela de Bolonia, en la convicción de que ellas constituían el texto oficial o auténtico de las mismas frente a las falsificaciones hechas en otras constituciones. Recordemos que las constituciones habían sido codificadas en el *Código de Justiniano* y las posteriores a esta codificación recibieron el nombre de novelas. La primera compilación de estas se efectuó en el *Epítome Juliani*, que fue la compilación de Juliano, profesor en Constantinopla, del cual tomó su nombre. Pero había más constituciones y la tarea de Irnerio consistió en compilar las auténticas en el llamado *Liber authenticorum*, y este fue un aporte fundamental de la metodología irneriana proseguida por sus discípulos.

*Habita*, porque así empieza la palabra inicial de esta célebre constitución promulgada por el Emperador Federico Barbarroja en 1158.

El contexto histórico que dio origen a esta celebre constitución se remonta a noviembre de 1158, cuando el Emperador Federico —que estaba agradecido a los profesores de Bolonia, porque “los cuatro doctores” (Bulgaro, Martín, Jacobo y Ugo) lo habían defendido, poco ha, en la Dieta de Roncaglia— les concedió una audiencia, en la que intervinieron profesores y estudiantes, audiencia en la cual escuchó con profunda atención y amabilidad a unos y otros y, reaccionando contra las perversas costumbres de la ciudad de Bolonia, que iban en detrimento de los escolares y estudiantes, les concedió función jurisdiccional a los maestros de la Universidad de Bolonia sobre sus propios estudiantes, función jurisdiccional privilegiada frente a las autoridades comunales de Bolonia; lo que suponía, además, estar exceptuados de todo tributo, de toda represalia, y de todo otro gravamen, función jurisdiccional encargada a los maestros y al rector de la Universidad de Bolonia, completando así la independencia de la *Universitas* frente a la autoridad comunal, exaltando así al Derecho Romano, como un Derecho proveniente de Dios.<sup>(13)</sup>

El texto de la nueva constitución conocida con el nombre de la auténtica *Habita* está inscrito como apéndice al Título XIII del libro IV del Código de Justiniano y dice así: Nueva Constitución de Federico:

(13).- ANTONIO MARONGIU: “A proposito dell’authentica ‘Habita’”, en *Atti del convegno internazionale di studi accursiani*, Bolonia, 21.<sup>a</sup> Ottobre 1980, tomo I, p. 10.<sup>100</sup>, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1981. Véase además: WALTER ULLMANN: “The medieval interpretation of Frederick I’s authentic ‘Habita’”, en *L’Europa e il Diritto Romano—Studi in memoria di Paul Koschake*, tomo I, p. 10.<sup>101</sup>, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1981; FRANCESCO CALASSO: *Medio Evo del Diritto*, p. 10.<sup>102</sup>, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1981.

“HABITA quidem super hoc Diligente episcoporum....” “Habiéndose hecho sobre esta materia minucioso examen por los Obispos, ...por todos los Jueces... les concedemos a todos los escolares, que viajan a causa de sus estudios y principalmente a los profesores de las leyes este beneficio de nuestra piedad, que vayan a los lugares en que se hacen los estudios, así ellos como sus mensajeros, y habiten con seguridad en los mismos. Porque consideramos digno que defendamos de toda injuria con especial afecto a aquellos con cuya ciencia se ilumina todo el mundo... Porque ¿quién no se compadecerá de los que habiéndose desterrado por su amor a la ciencia, y habiéndose convertido de ricos en pobres, se aniquilan a sí mismos, exponen su vida a muchos peligros y, lo que se ha de considerar cosa grave, con frecuencia soportan sin causa injurias corporales de hombres muy viles?... Mandamos, pues, por esta ley general y perpetuamente valedera, que en lo sucesivo no haya nadie tan audaz que se atreva a inferir injuria alguna a los escolares, y que tampoco se les cause ningún daño por causa de delito o de deuda de otro de la misma provincia, lo que hemos oído que por perversa costumbre se ha hecho algunas veces; debiendo saber los infractores de esta sacra constitución, y también los mismos gobernadores de las localidades, que hubieren descuidado castigar esto, que a todos ellos se les ha de exigir en el cuádruplo la restitución de las cosas quitadas y, quedándoles impuesta de derecho la nota de infamia, sean privados para siempre de su dignidad. Mas si alguien les hubiere querido promover litigio sobre algún negocio, demándelos, habiéndoseles dado a los escolares la elección sobre este particular, ante su señor o maestro, o ante el obispo de la misma ciudad, a los cuales les hemos dado esta jurisdicción. Pero el que hubiere intentado llevarlos a otro juez, aunque hubiere sido por justísima causa, decaiga de tal empeño. Y mandamos que esta ley sea insertada entre las constituciones imperiales, a saber, en el título ‘Ne filius pro padre’... Dada en Roncaglia, en el mes de noviembre del año del Señor 1158”.



Valioso precedente historiográfico, que debió haber sido tenido en cuenta por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

Y así como el campus Universitario de San Marcos fue llevado del antiguo Convictorio de San Carlos a la vieja Casona inmortal de los recuerdos en el Parque Universitario y, de allí, a la Calle Tigre y, luego, al Convento de Santo Domingo, para arribar finalmente a su actual campus; también hay una leyenda que sostiene que el antiguo *studium* fue llevado de la Escuela de Roma a la Escuela de Ravenna y de allí a su sede final.

Es una tradición recogida por el glosador **ODOFREDO**, según la cual la escuela imperial de Roma tuvo que refugiarse en Ravenna, por motivo de la guerra, de donde habría finalmente emigrado a su actual sede. Se trata de un paso famoso que se lee en el comentario al *Digesto* de Odofredo. La referencia la extractamos de un maravilloso estudio de **NINO TAMASSIA** intitulado Odofredo y dice así: “Odofredo, repitiendo la tradición escolástica, demuestra la legitimidad del *studium* boloñés: Roma es la primera sede de la enseñanza jurídica, luego, Ravenna; la segunda Roma hereda el estudio imperial que, emigrando a otra ciudad regia devino al fin en Bolonia...”. “Carlo Magno habría dejado a Ravenna en su testamento y, después de su muerte, ciudad y estudio habrían caído en la ruina... Carlo Magno reúne en su gran personalidad a todos los emperadores que lo antecedieron y lo sucedieron. Cae el imperio y cae la escuela, la cual habiendo emigrado a través de las ciudades imperiales, debía necesariamente resurgir en otra ciudad imperial, que sería Bolonia. Así la lógica de la leyenda se explica y está a salvo”.<sup>(14)</sup>

Así se explica también la continuidad de los estudios de Derecho, primero en Roma, la Ciudad Imperial; luego, en la escuela de Ravenna, en la cual se tradujeron al latín las tradiciones y conocimientos del Derecho clásico heleno-romano y de la cultura occidental supérstite en la Italia altomedieval, inmediatamente posterior a la decadencia y barbarización de Roma; luego, la Escuela de Bolonia, *alma mater studiorum*, núcleo y cuna del pensamiento jurídico mundial y de las mejores tradiciones universitarias de todos los tiempos, en cuya sede florecieron los Glosadores, cuyos antecesores o precursores fueron los patriarcas de la fase legendaria: los ignotos *dómines* Geminiano, Lambertus y el maestro Pepone.

---

(14).- **NINO TAMASSIA**: “ODOFREDO. Studio storico-giuridico”, en *Scritti di Storia Giuridica*, pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, vol. II, p. 707, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua, 1982.



CAPÍTULO LXVIII

¿QUIÉN FUE PEPONE?



## CAPÍTULO LXVIII

### ¿QUIÉN FUE PEPONE?

La Historiografía no ha llegado a desvanecer aún ni la luz espectral ni la penumbra con la que se evoca siempre a este personaje de leyenda... Seguramente fue un gran profesor y un gran maestro que, empero, no dejó obra escrita, aunque pudieran atribuírsele algunas de esas obras de la literatura preimeriana cuyos anónimos autores yacen en la fantasmagoría del aquelarre historiográfico.

De la ciencia preimeriana solo cabe hablar de un personaje legendario; un mítico profesor a quien se le denominaba Pepo o Pepone, *magister in artibus* quien, al parecer, empezó a enseñar por cuenta suya, *per sua auctoritate*, aunque no dejó obra escrita; solo una vaga referencia de sus clases o lecciones legendarias, difuminadas en la penumbra lejana de la aurora o del amanecer en la Escuela de Bolonia. La luz surgió con Imerio, quien fue un *lucerna iuris*, según Odofredo, pue, Imerio, fue *il primus illuminator scientiae nostra*.

Pero antes de Imerio, el maestro Pepone debe ser considerado no solo como el iniciador *per auctoritate sua*, sino como el primer gran maestro de la Universidad de Bolonia. Se ha llegado a sostener incluso que *Imerio fue simplemente un continuador de Pepone*. Este es la tesis del teólogo inglés del siglo XII **RALPH NIGER** (o, en su versión latina, **RADULFO NIGRO**), citado por **GIORGIO CENCETTI** en su *brillante Studium fuit Bononie (Note sulla storia dell'università di Bolonia nel primo mezzo secolo della sua esistenza)*,<sup>(\*)</sup> para quien “Pepone puede ser legítimamente considerado, si no el primer iniciador cierto, el primer gran maestro de la escuela jurídica boloñesa. Su enseñanza, que se desarrolló entre el 1070 y el 1100 *circa*, fue ofuscada por su inmediato sucesor Imerio y por esto en la época de Odofredo podía ser solamente un vago recuerdo, nada más que un *nullius nominis*, y su fama continuaba todavía a cien años de distancia, en la tradición escolástica recogida por **RALPH NIGER**. Es un reconocimiento que es justo hacer; como es justo reconocer que junto a él existieron otros tantos predecesores que también fueron grandes profesores legendarios como Geminiano, Lambertus, etc.

Esta es la fase que denomino el período fundacional o patriarcal o fase legendaria de la Universidad de Bolonia y que los maestros italianos denominan la fase preimeriana.

Entre los grandes medievalistas alemanes que han estudiado este tema debo citar, en primer lugar, a **SAVIGNY** quien, en su fundamental *Historia del Derecho Romano en el Medioevo* (vol. 2, p. 17), dijo: “Antes de Imerio solo tenemos un indicio seguro de una instrucción legal, que se la debemos a Odofredo, el cual da cuenta de que un cierto Pepo o Pepone había empezado a leer jurisprudencia” ... “De las mismas palabras de Odofredo es verosímil que este Pepo no haya escrito ninguna obra; lo que está expresamente afirmado en una glosa inédita de Azón”.

(\*).- **GIORGIO CENCETTI**: “*Studium fuit Bononie*” (*Note sulla storia dell'università di Bolonia nel primo mezzo secolo della sua esistenza*) en *Lo Studio di Bolonia aspetti momenti e problemi* (1988), p. 4, Alma Mater Studiorum Saecularia Nona, editrice Bolonia, 1990.



Han ampliado el argumento **JULIUS VON FICKER**, profesor en la Universidad de Innsbruck (nacido en Paderborn en 1826, muerto en Innsbruck en 1902), quien sostuvo esta tesis en su *Forschungen zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens* (Investigación sobre la Historia del Derecho del Reino de Italia, 1868-74). Debo citar, asimismo, a **HERMANN FITTING**, profesor en Basilea y en Halle (nacido en el Palatinado en 1831 y muerto en 1919), insigne profesor de Derecho Romano y de Derecho Procesal Civil, quien empezó a sostener la tesis de la gran importancia de Pepone desde “los comienzos de la Escuela de Bolonia”, como es de verse en sus notables estudios *Die anfänge der Rechtsschule zu Bologna* (Los comienzos de la escuela de Bolonia, 1888).; tesis desarrollada sobre todo en su estudio: “Pepo zu Bologna. Reste einer Handschrift des Justinianischen Codex mit voraccursischen Glossen” (“Pepo de Bolonia. Restos de un manuscrito del Código de Justiniano con glosas pre-accursianas”), publicado en 1902 en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*.

Entre los grandes medievalistas alemanes debo citar a **HERMANN KANTOROWICZ**, quien no solo fue un extraordinario investigador del Derecho Medieval sino, también, un gran penalista. Además, fue un notable filósofo del Derecho y caudillo del Movimiento del Derecho Libre o Escuela del *Freirecht*, escribiendo bajo el seudónimo de “Gnaeus Flavius” su fundamental obra de 1906, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (*La lucha por la ciencia del Derecho*), en la que atribuye al intérprete, sobre todo al juez, una función creatriz en la aplicación del Derecho. Este estudio del maestro Kantorowicz está traducido al castellano bajo el título de “La lucha por la ciencia del Derecho”, editado en el libro conjunto de Savigny, Kirschmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La ciencia del Derecho* (1949). El gran maestro nació en Poznan el 18 de noviembre de 1877 y murió en la Universidad de Cambridge (Inglaterra), cuando dictaba una de sus brillantes clases, el 12 de noviembre de 1940. Profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Friburgo de Baviera y, luego, en la Universidad de Kiel, fue expulsado de su cátedra al advenimiento del nazismo, por lo que se refugió en Inglaterra, en las universidades de Cambridge y de Oxford, en donde dictó el curso de Historia General del Derecho. Producto de sus clases y de sus investigaciones en Inglaterra fue su libro *Studies in the Glossators of the Roman Law* (1938). Pero, además de este áureo libro del gran profesor alemán muerto en Cambrigde, debo mencionar otro estudio fundamental de **KANTOROWICZ** escrito conjuntamente con **B. SMALLEY**: “An english theologian’s view of Roman Law: Pepo, Imerius, Ralph Niger”, publicado póstumamente en *Medieval and Renaissance Studies I* (1941 {1943}) y reeditado en *Rechtshistorische Schriften* (1970).

En este hermoso estudio, Kantorowicz, citando en la pág. 250 al teólogo inglés del siglo XII **RALPH NIGER**, considera a Pepone como el iniciador del renacimiento del Derecho Romano y dice textualmente: “con el maestro Pepone surgió la aurora que dio inicio al renacimiento del Derecho Civil y que, luego, propagó el maestro Warnerio” (“*cum a magistro Pepone velut aurora surgente iuris civilis renasceret initium et postmodum, propagante magistro Warnerio, iuris disciplina religioso scemate traheretur ad curiam Romanam et in aliquibus partibus terrarum expanderetur in multa veneratione et munditia, ceperunt leges esse in honore simul et desiderio*”).

Inspirándose en este célebre paso de **RALPH NIGER** ha dicho **CENCETTI**, por su parte, que: “Aquí, como se ve, la distancia entre Pepone e Irnerio —grande entre los Glosadores, inconmensurable entre algunos de los autores recientes—, se recorta e incluso se invierte: la idea de **RALPH NIGER** es la de que Irnerio fue simplemente un prosecutor, un continuador, de Pepone”<sup>(\*)</sup>.

(\*).- **GIORGIO CENCETTI**: “*Studium fuit Bononie*” (Note sulla storia dell’università di Bologna nel primo mezzo secolo della sua esistenza) en *Lo Studio di Bologna. Aspetti, momenti e problemi* (1999, 2000), p. 7, Alma Mater Studiorum Saecularia Nona, editrice Bologna, 1999.

En la historiografía italiana debo citar a **ARRIGO SOLMI**, profesor en Camerino, Cagliari, luego en Siena, Parma, Pavía y Roma, Ministro de Justicia, nacido en 1873 y muerto en 1944, autor de múltiples obras entre las que subrayo su *Manuale di storia del Diritto italiano* (1908) y, sobre todo, su estudio “Il rinascimento della scienza giuridica e l’origine delle università nel medio evo” (Prolusión al curso de Historia del Derecho Italiano leída el 2 de diciembre de 1899 en la Real Universidad de Módena), en la cual sostuvo que ya en el año 1090 Pepone era un maestro famoso y Obispo de Toscana y lo contaban entre los más grandes juristas de su tiempo, como la gloria más fúlgida de Bolonia. El fue quien puso fin a las discordias que todavía se agitaban para definir las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

Nos dice **SOLMI** que, por sus brillantes intervenciones en el placito de Marturi de 1076 (opinión decisiva en ciertos casos) en un juicio famoso, fue llamado no solo un gran *legis doctor* sino un *Clarum Bononiensium Lumen*.

Al año siguiente, la tesis de Solmi fue desenvuelta por **AUGUSTO GAUDENZI**, profesor en Bolonia (nacido en 1858 en Bolonia y muerto allí mismo en 1916) quien, en su estudio *Appunti per serv. alla storia della Università di Bolonia* (p. 163-170), así como en otro notable estudio, “Lo studio di Bolonia nei primi due secoli della sua esistenza”, en el *Anuario dell’Università di Bolonia* (1901, appendice V, p. 115 y ss. del extracto), realizó la figura de Pepone denominándolo *chiaro lume dei Bolognesi* y localizó en la Catedral la sede del primer estudio de Bolonia en los primeros dos siglos de su existencia. Asimismo, debo citar a **UGO GUALAZZINI**, profesor en la Universidad de Parma (nacido en Cremona en 1905), quien escribió un interesante estudio sobre este tema intitulado *Ricerche sulle scuole preuniversitarie nel Medioevo* (1943); tema que fue ampliado en otro estudio intitulado “L’origine dello ‘Studium’ bolognese nelle più antiche vicende della ‘licentia docendi’”, publicado en *Dissertationes historicae de Universitate studiorum bononiensi* (p. 98 y ss.).

Aún he de citar a **PIER SILVERIO LEICHT**, otro gran clásico de la Escuela Historiográfica italiana (nacido en Venecia el 25 de junio de 1874, muerto en Roma el 3 de febrero de 1956), profesor de Historia del Derecho en Bolonia y, finalmente, en Roma, agudo investigador del Derecho preimeriano en su obra *Il Diritto privato preimeriano* (1933). *Scritti varii di storia del Diritto italiano* (3 vols.: vol. I, 1943, vol. II, 1948, vol. III, 1949); el desarrollo sistematizado de sus investigaciones corre en su *Storia del Diritto italiano. Le fonti. Lezioni con appendice di documenti* (1956); así como en su otro libro *Storia del Diritto italiano. Il Diritto pubblico. Ristampa inalterata della terza edizione rinnovata con un appendice di documenti per le esercitazioni* (1966).

Nos dice el profesor **LEICHT** que “Pepone era llamado por el Obispo de Siena *Clarum Bononiensium Lumen* y que este elogio sobrevino en el placito de Marturi de 1076 (opinión decisiva en ciertos casos) llevado a cabo en Siena en 1076 en el cual fue considerado un *gran legis doctor*”. El desarrollo del juicio en el cual se cita al *Digesto*, indica la presencia de un jurista experto en el Derecho Romano, como lo era Pepo de Bolonia. La influencia predominante del *legis doctor* es tanto más probable como que en otro placito llevado a cabo en el mismo lugar y en el mismo mes, ante la Marquesa Beatriz, el demandante llamado Sigizone di Florencia se desistió de sus pretensiones, con formas procedimentales longobardas, a las que Pepone lo habría inducido tras una argumentación pandectista inspirada en el *Digesto*. “Esto demuestra, nos dice el profesor Leicht, cuán importante fue la influencia ejercitada por el jurista boloñés en el juicio de Marturi y cómo precisamente por ello se le cita como el inspirador de los estudios romanísticos”.<sup>(17)</sup>



En opinión del maestro **FRANCESCO CALASSO** (nacido en Lecce el 19 de julio de 1904, muerto en Roma el 10 de febrero de 1965):<sup>(18)</sup> “Advertimos que el desdibujamiento de Pepone a Imerio a expensas del primero... reproduce un antiguo fenómeno de concentración heroica de un determinado personaje dentro de un proceso histórico... Pepone gozaba de fama en aquel tiempo. Pero nada más sabemos de él. La patente de mediocridad que le atribuye crudamente Odofredo puede únicamente darnos a suponer esto: que habiendo surgido en el horizonte un hombre de genio, la potente personalidad de este oscureció rápidamente el mérito de quien, con anterioridad, habría recorrido ya la misma estrada”. “Mas he aquí una singularidad: que la misma rareza de noticias que deja en el misterio la figura de Pepone, domina también la misma personalidad de Imerio”.<sup>(19)</sup>

Otro ilustre maestro, el profesor de Nápoles **BRUNO PARADISI** (nacido en 1909), nos ha hecho ver, al tratar de los orígenes de la Universidad de Bolonia en las p. 93-95 de su *Storia del Diritto italiano* que “no solamente Pepone e Imerio enseñaron por su propia iniciativa... Se advierte que en la historia del pensamiento escolástico francés también Abelardo había estudiado y enseñado sin ningún maestro, esto es, sin desenvolver sus doctrinas de uno u otro, sin una *licentia docendi*...”.<sup>(20)</sup> Y añade: “el estudio de Bolonia no había comenzado con Imerio y ni siquiera con el legendario Pepone, sino que tenía una larga historia precedente; tal es la tesis de Fitting...”.

Y, luego, **BRUNO PARADISI** nos transporta así a los *studiums* precedentes de Ravenna y de Roma que constituyen la doctrina que se conoce con el nombre de *traslatione studio*, paralela a la doctrina de la *traslatio imperii*, según la cual el *studium* habría “*mutato la sua sede per seguire l'impero*”.<sup>(21)</sup>

Y es que la tradición romanista, además de comprender el Derecho Bizantino, se desarrolló también en Occidente en la Escuela de Ravenna, en la cual se tradujeron al latín las tradiciones del Derecho Clásico y de la cultura occidental supérstite en la Italia altomedieval, inmediatamente posterior a la decadencia y barbarización de Roma. La Escuela de Ravenna es, pues, anterior a la Escuela de Bolonia; pero esta, en sus orígenes, tuvo una fase legendaria.

La escuela de Bolonia, *alma mater studiorum*, núcleo y cuna del pensamiento jurídico mundial y de las mejores tradiciones universitarias de todos los tiempos, en cuya sede florecieron los Glosadores, desde el ignoto *dóminus* Pepone o, mejor aun, desde los legendarios maestros Geminiano y Lambertus, hasta el *dóminus* Imerio, quien es ante la historia un “maestro simbólico”, un *lucerna iuris* y el *primus illuminator scientiae nostram*, según refiere en su evocación Odofredo, historiografiado por **NINO TAMASSIA** pasando, luego, por los cuatro grandes discípulos y continuadores del maestro Imerio: Bulgaro, Martino, Ugo y Jacobo y sus métodos, hasta llegar a la *Glosa Magna* de Acursio y, luego, proseguir con los Post-Glosadores o Comentaristas: Cino da Pistoia, Bártolo de Saxoferrato, Baldo de Ubaldis, Paulo de Castro, Mascardo, etc.

En la Escuela de Bolonia hubo, en sus orígenes, un personaje legendario; el mítico profesor Pepo o Pepone, *magister in artibus* quien, al parecer, no dejó obra escrita; solo una vaga referencia de sus clases o lecciones legendarias, difuminadas en la penumbra lejana de la aurora o del amanecer en la Escuela de Bolonia, quien es considerado por la historiografía como un *Clarum Bononiensum Lumen*. Me remito así al estudio de PIERO FIORELLI intitulado “*Clarum Bononiensum Lumen*”, publicado en el volumen *Per Francesco Calasso Studi degli allievi* (1978).

Al maestro Pepone, se le ha atribuído una obra notable de la que voy a dar cuenta en esta breve referencia al Derecho preirmeriano. *Aludo al Brachylogus iuris civilis*.

---

(<sup>17</sup>).- PIER SILVERIO LEICHT: Storia del diritto italiano. Le fonti. Lezioni con appendice di documenti, p. <sup>100</sup>, IV edizione Riveduta ed accresciuta in collaborazione col prof. C.G. Mor Giuffrè, <sup>1988</sup>.

(<sup>18</sup>).- El maestro CALASSO, profesor en Roma, fue quien nos cautivó hace ya tantos años con sus apasionantes estudios de historiografía medieval: Medio Evo del Diritto, I. Le Fonti, Giuffrè. Milán, <sup>1988</sup>; Introduzione al Diritto comune. Milán, Giuffrè, <sup>1991</sup>; Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale, Milán, Giuffrè, <sup>1993</sup>. I Glossatori e la teoria della sovranità, Florencia, <sup>1990</sup>; "L'eredità de Bartolo", en Bartolo di Sassoferrato. Studi e Documenti per il VI centenario, t. I, p. <sup>121</sup>, Milán, Giuffrè, <sup>1988</sup>; "Bartollismo" en la Enciclopedia del Diritto, vol. V, p. <sup>71</sup>, Milán, Giuffrè, <sup>1990</sup>; "Criteri e primi risultati di una palingenesia della Glossa di Accursio", en Atti del Convegno di studi accursiani, vol. II, p. <sup>100-109</sup>, Milán, Giuffrè, <sup>1980</sup>. il negozio giuridico, Milán, <sup>1987</sup>; Lezioni di storia del Diritto italiano. Seconda edizione. Milán, <sup>1989</sup>. L'unità giuridica dell'Europa. Premessa di Piero Fiorelli. Soveria Mannelli, <sup>1980</sup>. "Storicità del Diritto. Milán, <sup>1988</sup>, etc.

(<sup>19</sup>).- FRANCESCO CALASSO: Medio Evo del Diritto, p. <sup>100-109</sup>, Milán, Giuffrè, <sup>1981</sup>.

(<sup>20</sup>).- BRUNO PARADISI: Storia del Diritto italiano, p. <sup>70</sup>, Liguori Editore, Nápoles, <sup>1988</sup>.

(<sup>21</sup>).- BRUNO PARADISI: Storia del Diritto italiano, p. <sup>102-103</sup>.





The background of the cover features a faded, sepia-toned image of an open book at the top and a classical statue of a man in a toga on the left. The right side of the cover is dominated by a large, stylized, and somewhat illegible text block that appears to be a title page or a page from an old manuscript.

# CAPÍTULO LXIX

EL BRACHYLOGUS IURIS CIVILIS



## CAPÍTULO LXIX

### EL BRACHYLOGUS IURIS CIVILIS

El *Brachylogus iuris civilis* era un tratado elemental de Derecho Romano que constituye el texto más importante del pensamiento jurídico preirmeriano.

No hay unanimidad entre los historiadores del Derecho en torno a quién haya sido el anónimo autor de este texto, de suerte que algunos profesores como Ficker y, luego, Solmi, lo ubican entre las obras propias de la escuela de Ravenna, en tanto que otros, sostienen que su autoría debe atribuírsele a Pepone. Tal es la tesis del historiador holandés Naber, quien planteó esta hipótesis fundándose en la similitud estilística que existía entre el *placito* de Marturi de 1076 (opinión decisiva en ciertos casos) y ciertos pasos del *Brachylogus*, infiriéndose, por tanto, que el autor fuese Pepone, el más antiguo maestro de Bolonia que se recuerda, anterior a Irnerio.

La denominación de *Brachylogus* data del siglo XVI, dada por su primer editor a un compendio de Derecho Civil Romano, de carácter sistemático, dividido en cuatro libros siguiendo el orden de las Instituciones de Justiniano, de suerte que el primer libro trata de las personas y de la familia, el libro segundo trata de las cosas, de los derechos reales y de las sucesiones, el libro tercero trata de las obligaciones, de los contratos y de los delitos y el libro cuarto trata del proceso y de las acciones.

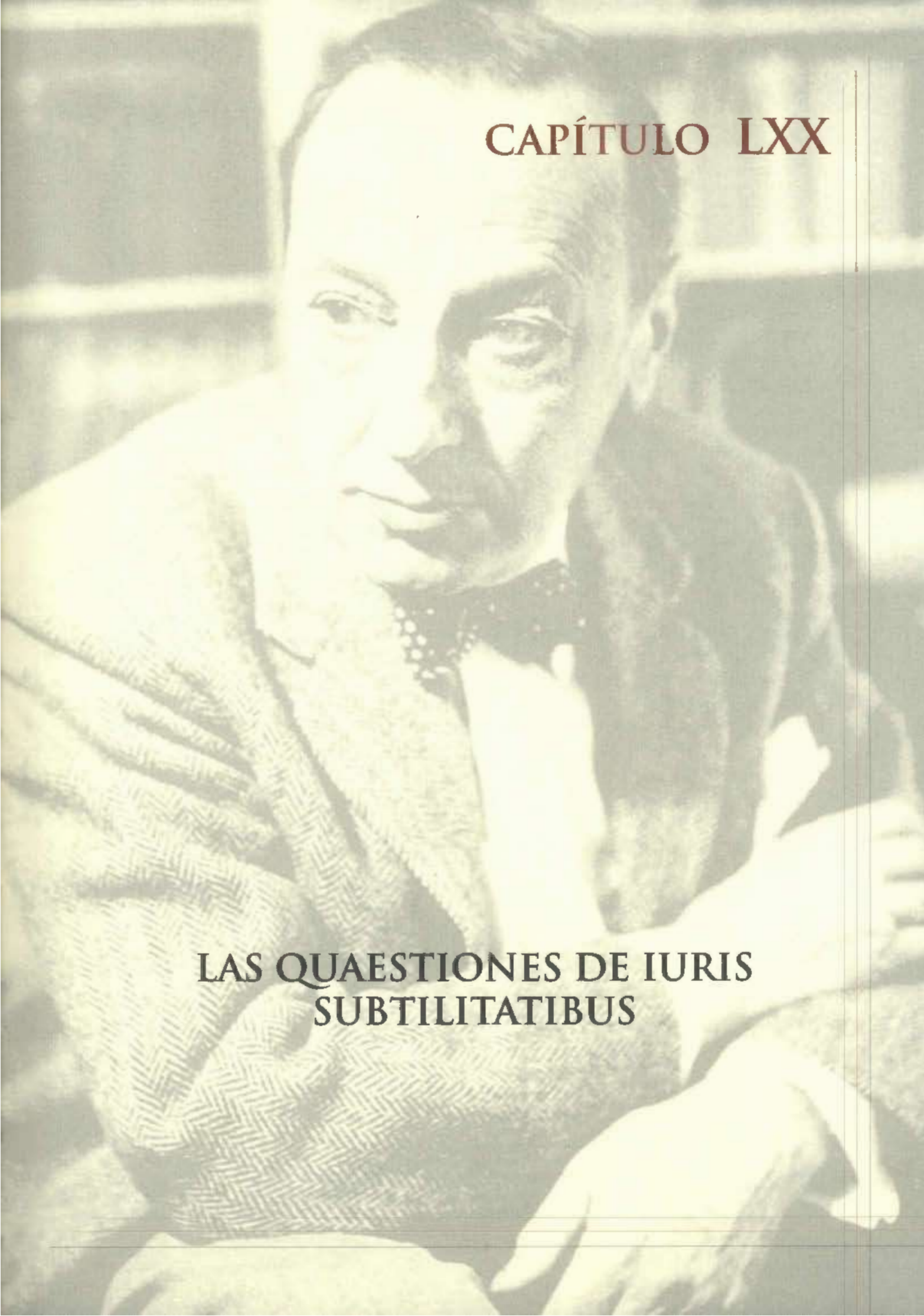
La sistemática del *Brachylogus* plantea una tetralogía que difiere de la tricotomía de Gayo y de las *Institutas* de Justiniano, con una nota original y es la de que entre sus fuentes está la *Lex Romana Visigothorum* y diversos pasos de las *Sentencias* de Paulo, así como de un capítulo de Ludovico Pío provenientes del *Liber Papiensis* el que, como hemos visto anteriormente, formaba parte del Derecho Longobardo.

El *Brachylogus* ostenta una serie de notables méritos que deben exaltarse y que, a juicio del profesor Guido Astuti, son “la exposición clara, ordenada, concisa y precisa, rica de definiciones y de distinciones; el autor no es un simple transcriptor de las fuentes, que utiliza y elabora con una notable seguridad e independencia, con una formulación original de los conceptos jurídicos”. “Se trata evidentemente de un manual destinado a la Escuela”. “Su simplicidad y su claridad explican el larguísimo favor del cual el *Brachylogus* continuó siendo objeto en la Escuela enriquecido por una serie de glosas: lo encontramos usado en Francia y, especialmente, en Alemania todavía durante el siglo XVII”.<sup>(22)</sup>

(22).- GUIDO ASTUTI: *Lezioni di Storia del Diritto Italiano Le Fonti etá Romano-Barbarica*, p. 299, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua, 1981.







CAPÍTULO LXX

LAS QUAESTIONES DE IURIS  
SUBTILITATIBUS



## CAPÍTULO LXX

### LAS QUAESTIONES DE IURIS SUBTILITATIBUS

Las *Quaestiones de iuris subtilitatibus* constituyeron “el texto jurídico más interesante del siglo XII”, según la opinión de D’Ablaing, su descubridor. Según el profesor Hermann Fitting, cuya investigación es decisiva en este tema, “es uno de los más grandes textos jurídicos de todo el Medioevo y la fuente más notable de la Historia General del Derecho de aquel tiempo”. Según el maestro Calasso, es “la obra de más alta importancia científica de la escuela de los Glosadores”<sup>(23)</sup> y, también, según Calasso, “la obra más enigmática que la Escuela de los Glosadores haya producido”.<sup>(24)</sup> Según la profesora **GINEVRA ZANETTI**, “Todo revela la mano de un gran maestro, sea por el diseño y el fin, sea por la sustancia y el método, sea por el conocimiento de las fuentes”.<sup>(25)</sup>

La obra fue atribuida por Fitting a Irnerio en un célebre estudio publicado en Berlín en 1894, que llevaba por título *Die Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*. Esta imputación suscitó una viva controversia en toda Europa que “asumió las proporciones de la célebre cuestión homérica e inspiró una vasta literatura sobre el tema”.<sup>(26)</sup>

Otro notable maestro, cuya evocación fulgura siempre en nuestras clases de Filosofía del Derecho, de Derecho Procesal e Historia General del Derecho, el profesor **HERMANN KANTOROWICZ**, atribuyó las *Quaestiones* a Placentinus, notable sumista, fundándose en una serie de testimonios sobre la interpretación y el estilo de esa otra gran obra de Placentino intitulada *Libellus de actionum varietatibus*: “‘Le style cést l’homme’, and the style of the *Quaestiones* is that of Placentinus. We have already considered the similarity of the references in the *Quaestiones* to those in the earliest works of Placentinus; but there are other and more important points. The author speaks through the mouth of a supernatural *iuris* interpres who obviously stands for *jurisprudencia*; and Placentinus introduces *Jurisprudencia* as speaking not only in his *Libellus* but also in his poetical *Sermo de Legibus*”.<sup>(27)</sup>

“Quienquiera haya sido el autor de las *Quaestiones*, dice **GINEVRA ZANETTI**, la obra es un notable producto de la literatura jurídica italiana surgida como una bellísima flor en una primavera todavía incipiente, un presagio de estaciones más espléndidas”.<sup>(28)</sup>

(23).- FRANCESCO CALASSO: Medio Evo del Diritto, p. 101.

(24).- CALASSO, ob. y loc. cit.

(25).- GINEVRA ZANETTI: “*Quaestiones de iuris subtilitatibus*” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV (Prod-Ref), p. 691, U.T.E.T., Turín, 1997.

(26).- Ibíd., ob. y loc. cit.

(27).- HERMANN KANTOROWICZ: “The *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a work of Placentinus” en el volumen *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the twelfth century*, p. 100, edited and explained by Hermann Kantorowicz with the collaboration of William Warwick Buckland. Reimpreso por Scientia Verlag Aalen, 1999. Este brillante estudio debe concordarse con otro de KANTOROWICZ: “The Poetical *Sermo* of a Medieval Jurist. Placentinus and his “*Sermo de Legibus*” (editado por primera vez en el *Journal of the Warburg Institute*, II, 1909; reeditado en *Rechtshistorische Schriften*, p. 111-146, bajo el cuidado de los profesores HELMUT COING y G. IMMEL, Karlsruhe, 1999).

(28).- GINEVRA ZANETTI: “*Quaestiones de iuris subtilitatibus*” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, p. 691, U.T.E.T., Turín, 1997.



“El autor, culto en los estudios clásicos y dotado de un vivaz talento artístico, es también, un filósofo de concepciones geniales. Pero, sobre todo, es un jurista de primer nivel y un notable espíritu de gran educador, cuya mente estaba iluminada por altos ideales”. “El autor tiene la idea genial de recoger los pasos aparentemente antinómicos de las leyes justinianas para intentar la conciliación, componiendo así un trabajo paralelo a la literatura bizantina, lo que constituye un reencuentro con la literatura romanística de Occidente”. “Sobre todo, él pone en evidencia la unidad lógica y la armonía de todo el *Corpus Iuris*. Poniendo las *Quaestiones* ante un auditor y las soluciones ante un intérprete, actúa en vivaz forma de diálogo, con gran sentido del arte, no inferior a su gran instinto jurídico”. “La personalidad del autor se revela notable en el bellísimo Prólogo que se inicia con una alegoría de la Justicia inspirada por Ulpiano en el Exordio del *Digesto*”.<sup>(29)</sup>

Pero ha sido el maestro **FRANCESCO CALASSO** en su notable obra *Medio Evo del Diritto* quien ha sintetizado el aporte de las *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus* haciéndonos ver que dicho aporte se contrae al axioma o principio de la *reductio ad unum*, que informa el sistema jurídico, teológico y filosófico del pensamiento medieval y que se enuncia como el *unum ius del unum imperium*.<sup>(30)</sup> “*Unum ius* como contrapuesto al complejo de los *iura propria* de cada pueblo y que representa el *Ius Commune*; es decir, aquella unidad según el principio profundizado en la filosofía tomista como *Omnis multitudo derivatur ab uno*”<sup>(31)</sup> y que en el Derecho Medieval recibe la expresión clásica de “Derecho común”, que es todo un “concepto dogmático”, “una categoría lógica y abstracta” “y que designa, en el sistema, un determinado complejo de normas”.<sup>(32)</sup>

“Precisar el concepto de Derecho común, ha dicho el maestro Calasso en otro de sus libros, no importa únicamente una definición de orden lógico, sino un fenómeno grandioso que está al centro de la historia jurídica de Europa”.<sup>(33)</sup>

El profesor **GIUSEPPE ERMINI**, rector y gran maestro de la Universidad de Perugia, ha dicho que el *unum ius del unum imperium* debe entenderse en el sentido de que el Derecho Romano era la *lex omnium generalis* de validez universal frente a los derechos locales, en tanto que el *unum imperium* significaba que Roma era, como decían las *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*, *la rerum summa, mundi principatus, singulare in omnes gentes imperium*, porque en Roma reside, no hay duda, la autoridad y la potestad de emanar *legitima et spiritualis praecepta*;<sup>(34)</sup> y, en otro estudio notable, dijo el ilustre profesor de Perugia que “la idea de la *reductio ad unum* que anima al imperio en el esfuerzo de reunir bajo una única y alta dirección política los numerosos fragmentos de la época feudal y el Papado está íntimamente ligada con el resurgir del derecho imperial romano como derecho vivo y por todo el imperio común al constituirse un Derecho Canónico único en todo el orbe católico igualmente común; tal es el concepto de un *Ius commune*”.<sup>(35)</sup> En otro magistral estudio, el ilustre profesor y rector de Perugia nos ha sintetizado el tema: “La expresión *Ius commune*, en el largo período histórico que corre entre el siglo XIII y las codificaciones del Ochocientos se pueden denominar como la época del Derecho común”.<sup>(36)</sup>

(29).- GINEVRA ZANETTI, ob. cit., p. 617.

(30).- FRANCESCO CALASSO: *Medio Evo del Diritto*, p. 108-111, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1966.

(31).- FRANCESCO CALASSO: *Medio Evo del Diritto*, p. 108.

(32).- FRANCESCO CALASSO: *Medio Evo del Diritto*, p. 108.

(33).- FRANCESCO CALASSO: “Il Concetto di Diritto comune”, en *Introduzione al Diritto comune*, p. 11 y ss., Milán, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1961.

(34).- GIUSEPPE ERMINI: *Corso di Diritto comune*, Capítulo I: “L’ unum ius del unum imperium”, p. 19, Milán, Dott. A. Giuffrè, editore, 1960.

(35).- GIUSEPPE ERMINI: “Ius commune e utrumque ius”, en *Scritti di Diritto comune*, p. 1 y 4, Padua, C.E.D.A.M., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970.

(36).- GIUSEPPE ERMINI: “Diritto comune” en sus *Scritti di Diritto comune*, cit., p. 170.

Pues bien, a esta época pertenece también la lucha entre los güelfos y los gibelinos, o sea entre los que seguían al Papa y los que seguían al Rey; enfrentamiento este, que embargó a todo Occidente, entre los siglos XII, XIII y XIV. Los güelfos estaban a favor del Papa y los gibelinos seguían al Emperador y negaban, en principio, los poderes del Papa en cuestiones temporales. Estas cuestiones inquietaban por igual a juristas y a teólogos.

La tesis de los güelfos era la de que el Señor había transmitido al apóstol Pedro el dominio sobre toda la Iglesia y sobre todo el mundo. La tesis de los gibelinos, sustentada por los juristas imperiales, sostenía que todo poder temporal viene de Dios y reside en el Emperador. Por tanto, la autoridad del Papa procede del Rey y depende de él para su ejercicio.

En conclusión, las *Quaestiones* constituyen una fuente de estudio importantísima para comprender en toda su magnitud la época auroral de la Universidad de Bolonia y su interpretación del Derecho Procesal y la Justicia.

Un párrafo inmortal de las *Quaestiones* es el que trata sobre el *Unum ius del unum imperium*. Este paso famoso de las *Quaestiones* lo dice todo en el breve giro de sus pocas frases, que determinó e inspiró el triunfo de una teoría unificada del Derecho en la Escuela de Bolonia.

El sistema de las *Quaestiones* se estructura en 38 títulos, inspirados en los primeros cuatro libros del Código de Justiniano, de cuya sistemática, el legendario y misterioso autor siguió, rigurosamente, su orden sistemático.

La obra concluye con el título referido a *de obligationibus et actionibus* (IV, 10), y *de probationibus* (IV, 13), la misma que se interrumpe, bruscamente.

Esta obra notable empieza con una introducción alegórica sobre la justicia que precede al sistema de las *Quaestiones*.



## CAPÍTULO LXXI

IRNERIO Y LA INICIACIÓN DE LA  
CIENCIA MEDIEVAL DEL DERECHO

*Alonso Tarradellas*





## CAPÍTULO LXXI

# IRNERIO Y LA INICIACIÓN DE LA CIENCIA MEDIEVAL DEL DERECHO

La luz surgió con Irnerio, quien fue un lucerna iuris, según el dictum de Odofredo (el primer historiador de la Escuela, nacido en Bolonia en los primeros años del siglo XIII, muerto el 3 de diciembre de 1265), quien dijo también de Irnerio que fue “*il primus illuminator scientiae nostra*”, “*il primus cui fecit glossas in libris nostris et primun formularium*”.<sup>(1)</sup>

La Ciencia del Derecho se inicia, pues, con Irnerio y prosigue con sus discípulos: los Glosadores. La Escuela de Bolonia se convirtió desde el siglo XI, gracias a este renacimiento espiritual del que damos cuenta, en la meca de los peregrinos intelectuales que venían desde toda Europa para estudiar Derecho, convirtiéndose así en los paladines de la verdad y de la justicia.

El prestigio de los juristas de Bolonia se extendió por toda Europa al enlazar la teoría jurisprudencial con la Retórica aplicada a un modelo jurídico; más aún, a un texto equiparable a la Biblia: el *Digesto* y, en general, todo el *Corpus Iuris Civilis* era visto por los Glosadores “con la reverencia estupefacta de quien se acerca a un libro caído del cielo”.<sup>(2)</sup>

Los textos justinianos aparecieron a la devota investigación de Irnerio y sus discípulos como el condensado de toda la *legalis sapientia*, era toda una revelación y una sublime inspiración del Espíritu Santo, como la que fluía de la Biblia para inspirar a los teólogos, a los Santos y a los Padres de la Iglesia o como la que fluía de la *Metafísica* y del *Organum* de Aristóteles para inspirar a los comentaristas del estagirita.

Por ello, ante los ojos de los juristas de Bolonia, el *Corpus Iuris* fue la autoridad por excelencia; era la *sanctio sancta*, como lo fue y lo es la Suma teológica de Santo Tomás de Aquino para toda reflexión teológica o, como dijo LUCA DA PENNE, “un conjunto de principios y de definiciones en las que el Espíritu Santo habló y se manifestó en la ley romana”;<sup>(3)</sup> o, como decimos nosotros inspirándonos en la Introducción a la Epístola a los Hebreos y en la Encíclica *Dominum et vivificantem* de JUAN PABLO II, Dios nos habla por medio del Espíritu Santo; de la misma manera, siguiendo esta sublime inspiración, bien se podría concluir que el *Corpus Iuris Civilis* estuvo en cierta forma bajo la santa inspiración, como lo ha insinuado BIONDO BIONDI en “El Derecho Romano cristiano”.<sup>(4)</sup>

(1)- NINO TAMASSIA: “Odofredo. Studio storico giuridico”, en *Scritti di storia giuridica*, volume secondo, p. 277-280, Cedam, Padua, 1967.

(2)- ADRIANO CAVANNA: *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, p. 18, Giuffrè editore, Milán, 1982.

(3)- Confrontar FRANCESCO CALASSO: “Il Diritto comune come fatto spirituale” en el volumen *Introduzione al Diritto comune*, p. 102, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1983; ADRIANO CAVANNA: *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, p. 18, Giuffrè editore, Milán, 1982; RICARDO ORESTANO: *Introduzione allo studio del Diritto Romano*, p. 102, Società editrice il Mulino, Bolonia, 1982; véase ahora en la traducción española del profesor MANUEL ABELLAN VELASCO: *Introducción al estudio del Derecho Romano*, p. 102, Madrid, 1987.

(4)- Cfr. BIONDO BIONDI: “El Derecho Romano cristiano”, p. 286-287, en el volumen *Arte y ciencia del Derecho*, prólogo por Juan Iglesias y traducción y estudio preliminar por Angel Latorre, ediciones Ariel, Barcelona, 1980.



# CAPÍTULO LXXII

LA LEYENDA DE IRNERIO





## CAPÍTULO LXXII

### LA LEYENDA DE IRNERIO

La figura de Irnerio es, como la de Pepone, producto de la leyenda.

El carácter legendario de Irnerio lo ha desarrollado **GIORGIO CENCETTI** en su estudio “Il pensiero medioevale e lo studio di Bologna” que forma parte de su libro *Lo studio di Bologna, aspetti momenti e problemi* (1989) y **ENRICO SPAGNESI** en su libro *Wernerius Bononiensis Iudex. La figura storica d’Irnerio* (1970).

Mas, la figura legendaria de Irnerio empezó a desarrollarse desde la época de sus discípulos: Bulgaro, Martín, Jacobo y Ugo, los *quattuor doctores*, ensalzados en la Edad Media como *lilia juris* y a quienes la leyenda los evoca inclinados sobre el lecho de muerte del maestro inquiriendo sobre cuál de ellos sería el sucesor en la cátedra y en la jefatura de la escuela. La esotérica y lapidaria respuesta del *lucerna juris* fue la siguiente:

*Bulgarus os áureum,  
Martinus copia legum  
mens legum est Ugo,  
Jacobus id quod ego.*

“Et sic —concluye la leyenda— *dictus JACOBUS fuit doctor*”.<sup>(1)</sup> Y Jacobo (muerto en 1178) fue el sucesor de IRNERIO.

Esta leyenda proviene de **OTTO MORENA**, un contemporáneo de los *quattuor doctores*, autor de una crónica que fue recogida por **LUDOVICO ANTONIO MURATORI** (1672-1750), un notable erudito italiano, sacerdote jesuita, el padre de la Historiografía Medieval italiana, en el tomo 6, p. 1015, de su *Antiquitates Italiae Medii Aevi* (1732-1743). Esta cita la recojo, a su vez de **SAVIGNY: Storia del Diritto Romano nel Medio Evo**, vol. II, p. 48 (1972).

El carácter legendario de esta sucesión en la cátedra y en la jefatura de la escuela de Bologna la puso en evidencia **NINO TAMASSIA** al comparar la muerte de Aristóteles con la muerte de Irnerio.<sup>(2)</sup> La muerte de Aristóteles, circundado también por sus discípulos tiene, asimismo, un carácter legendario, según la tradición que refiere **AULO GELLIO** en sus *Noches aticas* (Libro XIII, cap. 5), en la que los discípulos **TEOFRASTO** y **EUDEMO** le inquieren la misma pregunta al maestro moribundo. Aristóteles responde simbólicamente con una metáfora poética proponiendo a aquel de sus discípulos que se pareciera al vino de **LESBOS**. Y así fue designado **TEOFRASTO** quien, por su suavidad, se asemejaba al vino de **LESBOS**. “*Is erat e Lesbo Theophrastus, suavitate homo insigni linguae pariter atque vitae. Itaque non diu post, Aristotele vita defuncto, ad Theophrastum omnes concesserunt*”.<sup>(3)</sup>

(1).- Cfr. **NINO TAMASSIA**, “Note per la storia del Diritto Romano nel Medio Evo. Un Antico Proemio de’Libri giuridici in Oriente e in Occidente. La leggenda d’Irnerio”, en el volumen segundo, p. 118, de sus *Scritti di storia giuridica*, Cedam, Padua, 1961.

(2).- **NINO TAMASSIA**, ob. cit., p. 118.

(3).- **AULO GELLIO**: *Noches aticas*, libro XIII, cap. 5, citado por **NINO TAMASSIA** en ob. y loc. cit.

“Confrontando ambas tradiciones, dice **NINO TAMASSIA**, se puede llegar a la convicción de que lo que se atribuye a Irnerio era lo mismo que se dijo de Aristóteles, cual una repetición de la misma leyenda. Los discípulos circundan al maestro moribundo y le inquietan sobre su sucesor: el maestro lo designa metafóricamente comparándolo con la suavidad del vino. Y nos preguntamos: ¿no estamos ante la traslación de la leyenda aristotélica a la figura de Irnerio? La causa de la confusión de Aristóteles con Irnerio no es difícil encontrarla. Filosofía y Derecho se confunden y están estrictamente unidos en los ordenamientos escolásticos del Medioevo. La tradición filosófica podía, pues, pasar de un campo a otro con mucha facilidad. La personalidad de Irnerio en la historia del renacimiento del Derecho Romano podía muy bien transplantarse, asemejándola a la del más grande de los filósofos, ante el cual se inclinaba la ciencia medieval. Si Irnerio fue llamado *lucerna iuris, illuminator scienza nostra*, bien ameritaba, que la leyenda le atribuyera los mismos méritos que los de Aristóteles”.<sup>(\*)</sup>

Así, pues, la figura de Irnerio está envuelta en la leyenda. Son poquísimos los documentos que hablan de él. Es uno de aquellos personajes de biografía huraña, críptica o escondida entre las brumas de la leyenda y el misterio. Su verdadero nombre fue Guarnerius o Warnerio, y habría nacido entre el 1055 y el 1060. Los documentos que hablan de Irnerio hablan de él como un *causidicus*, es decir, como abogado en el proceso de Cornacervina del 28 de junio de 1112; luego, en el proceso de Baviana de mayo de 1113 seguido por la condesa Matilde de Toscana; luego, en el proceso de Padua del 18 de marzo de 1116 aparece como *iudex*, como en el proceso de Reggio Emilia del 8 de abril de 1116, en el de Governolo del 6 de mayo de 1116 y, en el caso del Monasterio de San Benedetto di Polirone de fines de 1125, entre otros casos que cita **ENRICO SPAGNESI** en su libro *Wernerius Bononiensis Iudex. La figura storica d'Irnerio*.

La condesa Matilde de Canossa influyó decisivamente en la vida de Irnerio y, al parecer, fue quien lo instigó y le pidió que asumiera la docencia en el estudio de Bolonia. Ello se explica porque, defensora de los intereses del Papa Gregorio VII quería, a través de su influencia, establecer un centro de estudios de Derecho Romano para formar una escuela que, en contraposición a la Escuela Imperial de Ravenna, formara juristas defensores del Papado. Y ya existía un *studium* de Derecho Romano en Bolonia prestigiado por las clases del maestro Pepone que se hizo famoso en un juicio insigne llevado ante la corte de Beatriz, duquesa de Toscana, en 1076, en el cual se citaba el *Digesto* y las doctrinas de los jurisconsultos clásicos. Esta vez, se pensó en concederle la *licentia docendi* a Guarnerius, profesor de Retórica en el ya célebre *studium*. Es así como Guarnerius comenzó a leer el derecho en el *studium bononiensis*. Y sus clases, iniciadas a fines del siglo XI, allá por el 1088, fueron todo un suceso que atrajo estudiantes *citra montani* y *ultra montani*. Y el estilo de esta docencia tuvo siete características que determinaron su metodología.

(\*)- **NINO TAMASSIA**, ob. cit., p. 196,199.

# CAPÍTULO LXXIII



LA METODOLOGÍA DE IRNERIO





## CAPÍTULO LXXIII

### LA METODOLOGÍA DE IRNERIO

- 1.- La cuestión de las “fuentes” del Derecho y las Constituciones “auténticas” según Irnerio; 2.- La glosa como género literario predominante en la Escuela a partir de Irnerio; 3.- la *Summa* como segundo género literario propio de esta escuela y, en general, de toda la escolástica; 4.- el Exordio como preámbulo, prolegómeno o introducción a la materia tratada; 5.- las distinciones y las analogías; 6.- la “brocárdica” o conjunto de máximas, aforismos, axiomas, sentencias, adagios o refranes que sintetizaban concisamente en breve frase todo un profundo y largo pensamiento jurídico; 7.- las controversias, polémicas o *quaestiones*.

#### 1.-LA CUESTIÓN DE LAS “FUENTES” DEL DERECHO Y LAS CONSTITUCIONES “AUTÉNTICAS” SEGÚN IRNERIO

La cuestión de las fuentes del Derecho ya había sido abordada por PAPINIANO, acaso el más grande de todos los jurisconsultos romanos, quien no obstante fue asesinado por los esbirros del emperador Caracalla en el año 212 por haberse resistido a absolver como jurista la conducta fratricida del tirano. La enumeración papiniana de las fuentes del Derecho fue recepcionada en el *Digesto* I, 1,7: “Derecho es, pues, el que dimana de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos. A su vez, el Derecho Pretoriano es el que, por razón de utilidad pública, introdujeron los pretores, para ayudar o suplir o corregir el Derecho; el cual se llama también Honorario, habiéndose denominado así por el honor de los pretores”.

¿Cuáles fueron las fuentes para Irnerio? ¿Cuáles los libros de autoridad que él manejó? ¿Cuáles los libros utilizados para la lectura? Ante todo, digamos que los libros eran raros, dificultad inherente a la misma época y al ambiente. Sin embargo, Irnerio pudo tener a su disposición los textos del *Corpus iuris* gracias a la ayuda económica que le proporcionó la condesa Matilde, que le permitió conseguir los textos para leer los libros venerandos. La lectura era lo que caracterizó por antonomasia a la metodología escolástica. En base a la lectura, el profesor brindaba comentarios cuya forma escrita dio lugar a la glosa. Como dice GIUSEPPE SALVIOLI, “Bastó la noticia rápidamente difundida de que en Bolonia se leían y se comentaban los libros de Justiniano para atraer miríadas de clérigos y de goliardos vagantes”.<sup>(1)</sup>

¿Quiénes eran los goliardos? Eran los intelectuales de la Edad Media. JACQUES LE GOFF, uno de los mayores especialistas en la Edad Media Occidental y director de estudios de la *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* de París ha dicho en un maravilloso libro, *Los intelectuales en la Edad Media*, que “Todo se combina para ocultarnos su figura. El anonimato que los cubre en su mayor parte, las leyendas que propagaron sus enemigos y los historiadores,

(1).- GIUSEPPE SALVIOLI: *Storia del Diritto italiano*, 4ª ed. revisada, p. 71, UTE, Turin, 19

desorientados por falsas apariencias y enceguecidos por los prejuicios, los entremezclaron con los vagabundos, bribones, juglares y bufones. Eran los bohemios pero también los que algo querían estudiar, mirados a veces con temor y con desprecio, pues eran los perturbadores del orden y, por lo tanto, gente peligrosa. Otros, en cambio, ven en los goliardos una especie de *intelligentzia* urbana y también un grupo que encarnaba todas las formas de oposición declarada al feudalismo. ¿Dónde está la verdad? Ignoramos el origen del término mismo de goliardos y una vez apartadas las etimologías fantasiosas que lo hacen derivar de Goliat, encarnación del diablo, enemigo de Dios, o de Gula para hacer de sus discípulos unos glotones o unos comilones, nos quedamos solo con algunos detalles biográficos de algunos goliardos, colecciones de poemas —*Carmina burana*— y los textos contemporáneos que los condenan o denigran.”<sup>(2)</sup>

Dice Le Goff que: “No hay duda de que los goliardos constituyeron un tipo contra el cual se enderezaba con complacencia la crítica de la sociedad establecida. De origen urbano, campesino o hasta noble, los goliardos son ante todo vagabundos, representantes típicos de una época en que la expansión demográfica, el desarrollo del comercio y la construcción de las ciudades rompen las estructuras feudales, arrojan a los caminos y reúnen en sus cruces, que son las ciudades, a marginados, a audaces, a desdichados. Los goliardos son el producto de esa movilidad social característica del siglo XII. El primer escándalo para los espíritus tradicionales es el hecho de que esas gentes escapan a las estructuras establecidas. La Alta Edad Media se había esforzado para hacer que cada cual ocupara su lugar, desempeñara su tarea, permaneciera en su orden, en su estado. Los goliardos son evadidos. Evadidos sin recursos forman en las escuelas urbanas esas bandas de estudiantes pobres que viven de varios expedientes, hacen las veces de domésticos de sus condiscípulos ricos y viven de la mendicidad, pues, como dice Evrard el Alemán: “Si París es un paraíso para los ricos, para los pobres es una ciénaga ávida de presas”, y lamenta la *parisiana fames*, el hambre de los estudiantes parisienses pobres. Para ganarse la vida a veces esos estudiantes se convierten en juglares o bufones; de ahí sin duda el nombre que se les da a menudo. Pero pensemos que también el término *joculator*, juglar, es en aquella época el epíteto con que se designa a todos aquellos que se consideran peligrosos, aquellos a quienes se quiere separar de la sociedad. Un *joculator* es, pues, un indeseable, un rebelde... Esos estudiantes pobres que no tienen domicilio fijo, que no gozan de ninguna prebenda ni beneficio se lanzan a la aventura intelectual, siguen al maestro que les gusta y van de ciudad en ciudad para difundir sus enseñanzas. Forman el cuerpo de esos estudiantes vagabundos tan característicos también de ese siglo XII. Contribuyen a darle su porte aventurero, espontáneo y vivo, audaz. Pero esos estudiantes no forman una clase. De diverso origen, tienen ambiciones diferentes. Evidentemente se decidieron por el estudio antes que por la guerra. Pero sus hermanos sin duda fueron a engrosar los ejércitos, las tropas de las Cruzadas, merodean a lo largo de las rutas de Europa y Asia y llegan hasta Constantinopla para saquearla”.<sup>(3)</sup>

(2).- JACQUES LE GOFF: Los intelectuales en la Edad Media, p. 39, Gedisa editorial, Barcelona, 1999. Título del original francés: Les intellectuels au Moyen Age, Éditions du Seuil, París, 1985.

(3).- JACQUES LE GOFF: ob. cit., p. 40.

Así que los goliardos fueron los intelectuales de la Edad Media; aventureros y estudiantes, se sintieron atraídos por el magnetismo que siempre fluye de las Universidades: así, la Universidad de París atraía a los amantes de la Filosofía y de la Teología; la Universidad de Bolonia a los estudiosos del Derecho; y la Universidad de Salerno a los estudiantes de Medicina; como más tarde lo fueron, en España, la Universidad de Salamanca y en América, la Universidad de San Marcos. Así se explica, a través de su matiz *goliardesco*, la bohemia entre los estudiantes universitarios de todos los tiempos.

Por su parte, el profesor **MANLIO BELLOMO**, en un notable libro, que es un joyel en la medievalística de nuestros días, *La Europa del Derecho común*, ha dicho a propósito de esta vocación aventurera y estudiantil que “Los jóvenes abandonaban la casa paterna y ‘los besos maternos’ y se hacían ‘peregrinos por amor a la ciencia’. Se encontraban en el camino los que venían de Sicilia y los que habían dejado las islas británicas juntándose con viandantes ocasionales y con expertos y cautos mercaderes. En el encuentro nacía un hábito de vida común y de solidaridad y en la discusión se confrontaban usos y costumbres, mientras se armonizaban hablas ‘vulgares’ diferentes a través del vehículo lexical y gramatical de una lengua latina viva, sencilla y dúctil y mientras se alimentaban las razones de una unidad cultural que en la ciudad encontraba ya la sede tópica por excelencia”.<sup>(4)</sup>

Debemos, pues, a Irnerio el magnetismo que atrajo a muchedumbres de goliardos, de intelectuales, de estudiantes que venían a escuchar sus lecturas y sus comentarios de los *libri legales*, como llamaban las fuentes de la época a los textos del *Corpus iuris*. Irnerio, a diferencia de Pepone, dice **MANLIO BELLOMO**, no se contentó con poseer una copia del Codex y de las Instituciones. Animado por la condesa Matilde, poderosa feudataria de Toscana y, tal vez, no solo con palabras, sino con ayuda económica, renovó los libros de las leyes, y reconstruyendo el orden en el que habían sido compilados por el emperador Justiniano, añadió algunas palabras y los dividió”.<sup>(5)</sup>

Surgió así la técnica de la interpretación *secundum legem, per similia similorum*, restrictiva, extensiva, en suma, la hermenéutica, y en base a la lectura, la glosa. Pero, la casuística excedía en mucho a las previsiones del legislador, problema eterno que se da en toda época y en todo espacio-tiempo jurídico. Para resolverlo surgió la creación jurisprudencial o pretoriana del Derecho la que, según Papiniano, se da “para ayudar, suplir o corregir el Derecho Civil” (*Digesto*, I, 1, 7, párrafo 1).

Y es que, como ha dicho el profesor Manlio Bellomo, había “casos no previstos expresamente ni regulados por los *libri legales*” ... “nuevas *quaestiones ex facto emergentes*: y dado que estos casos estaban necesitados de una norma que los regulase, se recogían de los *libri legales* todos los motivos y los pretextos plausibles para que, mediante argumentaciones lógicamente correctas, se pudiera alcanzar el resultado de una *solutio* razonable y satisfactoria... Recoger en los *libri legales* motivos y pretextos plausibles significa evocar uno o varios textos existentes en el *Corpus iuris civilis* y, luego, razonar dialécticamente sobre estos textos, extendiendo su contenido normativo más allá de la previsión originaria relacionada con el caso textual. Tal extensión se realiza con argumentaciones *a maiori, a fortiori, a simili*, etc.”.<sup>(6)</sup>

(4). **MANLIO BELLOMO**: *La Europa del Derecho Común*, p. 127, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, marzo de 1996.

(5). **MANLIO BELLOMO**: *La Europa del Derecho Común*, p. 6, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, marzo de 1996.

(6). **MANLIO BELLOMO**: *ob. cit.*, p. 127-128.



Así lo ha entrevistado también el profesor **VINCENZO PIANO MORTARI** en sus brillantes libros y estudios: *Cultura medievale e principio sistemático nella dottrina esegetica accursiana*; así como en otro brillante estudio “L’argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali”, que constituye el capítulo segundo de un hermoso libro: *Dogmatica e interpretazione. I Giuristi medievali* (1976). Con esta perspectiva, también deben leerse los otros libros de PIANO MORTARI: *Gli inizi del diritto moderno in Europa* (1979); *Itinera iuris. Studi di storia giuridica dell’età moderna* (1991).

El tema también lo ha tratado Piano Mortari en su estudio “Analogía (Premessa storica)”, que corre en las p. 344-348 del volumen II de la Enciclopedia del Diritto (1958).

Así también, **ENNIO CORTESE**, en *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (1962), empieza narrándonos una famosa leyenda del studium de Bolonia en la que Bulgaro y Martino polemizaron, como era su costumbre, en torno a la interpretación de una norma del Código, en la que salieron a relucir argumentos inspirados en principios ético-religiosos, matizados con perfiles personales en la argumentación dirigida a convencer al auditorio sobre el valor del juramento.

La supremacía de la *ratio aequitatis* sobre la *ratio stricti iuris* determinó el triunfo de la interpretación extensiva, como nos lo hace ver, también, otro insigne medievalista: el profesor **HERMANN KANTOROWICZ**, en uno de sus hermosos estudios: “The poetical sermo of a medieval jurist. Placentinus and his Sermo de Legibus” (1938; reeditado en *Rechtshistorische Schriften*, 1970).

La interpretación en las lecturas, en las clases, en las glosas y en las Summas de Irnerio y sus discípulos se convirtió, pues, en el élan vital de la técnica de los maestros de Bolonia hasta llegar a la magna glosa de Accursio, cuyo *apparatus glosarum* marcó el zenit de este género literario, hasta su posterior decadencia que determinó, incluso, la crítica cáustica de los humanistas. Pero, mal grado, las opiniones en contra de Rabelais, Guillaume Budé, Alciato, Cujas, Doneau, Duaren y de los otros maestros de la escuela culta, hay que reconocer en los glosadores su extraordinario dominio y conocimiento a fondo del *Corpus iuris civilis*, su gran técnica interpretativa en el manejo de las fuentes y la restauración de los *libri legales*.

Con la depuración de las Auténticas y también del Código de Justiniano —que estaba reducido a un epítome o a paráfrasis vulgares en el Alto Medioevo— y, sobre todo, con el redescubrimiento del *Digesto*, se dio inicio a una nueva era del pensamiento jurídico y político que fue, como dice el profesor **BRUNO PARADISI**, “una de las más fecundas y rica de consecuencias y que brilló en Bolonia con luces fulgidísimas, con lo que llegó a ser una verdadera ciencia, nuestra ciencia del Derecho Civil”.

Una vez más comparo a Pepone e Irnerio y cito a Bruno Paradisi: “el carácter intelectual de aquellos primeros maestros y de sus discípulos y continuadores estaba determinado por una devoción y admiración sin límites por la compilación justiniana. No obstante que la crítica había sondeado en demasía al pensamiento de Bolonia, nosotros nos quedamos siempre atónitos frente a su dedicación por el estudio de las fuentes, consecuencia de una fulguración, de una gran iluminación frente a los textos descubiertos de Justiniano. La certeza de que en aquellos *libri legales* estuviese contenida la esencia de un mundo que, como aquel mundo clásico, fue el modelo jamás igualado de una civilidad extraordinaria, de una vida que se creía perfecta y feliz, animó a los juristas de Bolonia a una energía maravillosa y fascinante. Su

trabajo fue analítico, de un análisis humilde, tenaz, obstinado e inagotable, testimonio de un ideal al cual habían formulado sus votos con espíritu sacerdotal”(7).

Por su parte, dice el profesor MANLIO BELLOMO que “Imerio fue el primero que tuvo el coraje de recomponer los *libri legales* y de restaurarlos. Por consiguiente, a diferencia de Peppone, no se contentó con poseer una copia del *Codex* y de las *Institutiones*, sino que él renovó los libros de las leyes y los reconstruyó”.(8)

Y añade que: “La restauración de la compilación justiniana llevada a cabo por Imerio no fue un trabajo de erudito aislado del mundo. Tuvo sus motivaciones profundas, que aseguraron al resultado una vitalidad extraordinaria. Los textos escritos de nuevo y distribuidos en los cinco volúmenes comenzaron a ser copiados repetida e incesantemente y numerosos talleres de artesanos y de mercaderes del libro, trabajan a pleno ritmo y con técnicas cada vez más articuladas y refinadas para producir en gran cantidad los ejemplares que el mercado demanda. Y es un mercado abundante: tanto que aún hoy día las bibliotecas europeas y norteamericanas guardan alrededor de 2 000 ejemplares (en copia completa o en fragmentos que han sobrevivido) de las diversas partes de los *libri legales*. Cada libro (= *Codex*), de robusto pergamino elaborado y preparado para la escritura, consta de unos de 200 folios: ¡han sido necesarias, por tanto, unas cien ovejas para los materiales de base indispensables para producir un solo libro! El libro, es, pues, una mercancía muy costosa: por el pergamino, por la misma elaboración, por la escritura confiada a hábiles amanuenses, a veces por las decoraciones y las miniaturas que lo adornan o por la encuadernación. Es un patrimonio que hay que custodiar y utilizar con inteligencia, para obtener sus frutos, como de cualquier patrimonio”.(9)

¿Y cuales fueron las fuentes materiales para la lectura de los *libri legales*? En primer lugar, las *Institutas* de Justiniano, por su claridad, por su simplicidad, por su carácter eternamente pedagógico de introducción al estudio del Derecho.

Ahora bien, debemos a una célebre *Novellae* de Justiniano conocida con el nombre de *Pragmatica Sanción Pro petitione Vigili*, del año 554, la aplicación en Italia de toda la legislación de Justiniano y su vigencia desde el Alto Medioevo.

A partir del 554 rigió, pues, en Italia el *Corpus iuris*.

Empieza así dicha *Novela*:

“A petición de Vigilio, venerable obispo de la antigua Roma, hemos considerado que se debían dar ciertas disposiciones...” ... “XI.- De que las leyes de los emperadores se extiendan a las provincias de las mismas”.

“Queremos que tengan observancia las leyes insertas en nuestros códigos que ya hace tiempo enviamos en forma de edictos a Italia”.... “Y se extienda también a todas partes la autoridad de nuestras leyes”.

(7). BRUNO PARADISI: “Il Diritto e lo spirito nel Medio Evo”, separata de Concetto, storia, miti e immagini del Medio Evo, a cargo de Vittore Branca, p. 102-109, editorial Sansoni, Florencia, 1977.

(8). MANLIO BELLOMO: ob. cit., p. 49.

(9). MANLIO BELLOMO: ob. cit. p. 79.

Debemos a un insigne maestro, el profesor de la Universidad de Padua quien antes enseñó en Cagliari y luego en Módena, **CARLO GUIDO MOR**, nacido en Milán el 30 de Diciembre de 1903 y muerto en Friul el 14 de Octubre de 1990, una notable investigación sobre la suerte de las fuentes jurídicas romanas de Justiniano a Irnerio: *“Appunti sulla storia delle fonti giuridiche romane da Giustiniano a Irnerio”*, Milano, 1937.

Otra notable investigación de **CARLO GUIDO MOR** sobre este tema se titula: *“Il Digesto nell’età preirneriana e la formazione della Vulgata”*, publicada en el libro de autores varios *“Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana”*, Pavia, 1934, pag. 559 a 697, estudio reeditado en *“Scritti giuridici preirneriani”*, 2 vols., Milano 1935-38, y reimpresso en Torino, 1980. La tesis central de este estudio es la de que en el período del “Derecho Vulgar Italiano”, situado entre los siglos VII al X, el Digesto fue poco leído y estudiado debido al fenómeno de la influencia del Derecho Germánico durante la “Edad Longobarda” y, citando a Besta, nos dice que el poco uso del Digesto en la edad pre-irneriana se debió al “ingombrante” o voluminoso o aparatoso, peso y extensión del Digesto que “espantaba” a los juristas medioevales.<sup>(11)</sup> Asimismo, nos dice que la llamada “Vulgata” o versión vulgar del Digesto atribuida a Irnerio y sus discípulos tiene su punto de partida en una compilación intitulada “Lex Romana” en la que se habrían utilizado como fuentes los cuatro libros de las “Instituciones”, los primeros ocho libros del “Codex” y una cincuentena de las “Novelas” extraídas del “Epitome Juliani”. La literatura romanística del período pre-irneriano tiene como fuentes: las “Exceptiones Petri”, el “Brachylogus”, las “Quaestiones de iuris subtilitatibus” y la “Summa Codicis Trecensis”.

Las “Exceptiones Petri” nos dice otro insigne maestro, el profesor **Francesco Calasso**, *“han representado un verdadero enigma, sea por su patria-, según algunos, de origen provenzal, y según otros, como Carlo Guido Mor, de origen italiano -; sea por su época de nacimiento -que para algunos es posterior al surgimiento de la escuela de Bolonia, aunque, para otros, habría sido anterior”* <sup>(12)</sup>. Esta obra resulta de la fusión de trabajos más antiguos que fueron: el “Libro de Ashburnham” y el “Libro de Tubinga”. El “Libro de Ashburnham”, llamado así por **Conrat**, - que lo descubrió en Londres en un manuscrito de la biblioteca de Lord Ashburnham -, consta de 120 capítulos que reproducen material extractado del Digesto, del Código y de las Instituciones. El libro de Tubinga fue llamado así por el historiador **Stintzing**, quien lo identificó como obra autónoma en un manuscrito de la Biblioteca de Tubinga, texto de 133 capítulos que reproducen material justiniano procedente del Digesto, del Codex y de las Institutas. Según el profesor Calasso *“de la fusión de estas dos obras nacieron las “Exceptiones legum romanorum Petri”* <sup>(13)</sup>.

Según el profesor Mor estas obras constituyen *“una forma epitomada”* elaborada en los siglos VII-VIII en un esfuerzo por sintetizar el Digesto, el Código y las Institutas. *“Esta hipótesis puede parecer por ahora “troppo azzardata, troppo piantata sull’arena, una forma epitomata, un verdadero y propio Epitome Pandectarum”* <sup>(14)</sup>.

En su estudio sobre las “Exceptiones Petri”, publicado en el “Novísimo Digesto Italiano”, volumen VI, pag. 1083, UTET, Torino, 1960, nos dice el profesor Mor que *“la importancia de este texto, constituye, indudablemente uno de los pilares de la historia del renacimiento romanístico en Europa y desde hace mas de un siglo se discute sobre su patria de origen. De la solución de este*

<sup>(11)</sup>- **CARLO GUIDO MOR**: “Il Digesto nell’età preirneriana e la formazione della “vulgata”, cit., pag. 561.

<sup>(12)</sup>- **FRANCESCO CALASSO**: “Medio Evo del Diritto”, pag. 39, Ed. Giuffrè, Milano, 1964.

<sup>(13)</sup>- **CALASSO**, ob. cit., pag. 390-399.

<sup>(14)</sup>- **CARLO GUIDO MOR**, ob. cit., pag. 677.



problema puede resolverse la cuestión cronológica. El origen francés ha sido sostenido por Max Conrat y Hermann Kantorowicz, con lo cual su origen hay que atribuirlo a la mitad del siglo XII; en tanto que el origen italiano de este texto fue planteado por Hermann Fitting y la historiografía italiana, con la cual se arriba a la segunda mitad del siglo XI, lo que justificaría el conocimiento más antiguo y directo del Digesto. El problema se complica más aún si se considera como una totalidad unitaria las "Exceptiones Petri" y sus fuentes: el "Libro de Tubinga" y el "Libro de Ashburnham". Se habría aceptado así, como un axioma, que todas estas obras habrían nacido en un mismo lugar y en un mismo lapso de tiempo".

"Pero hay un error de impostación que ha constreñido a los estudiosos a hacer acrobacias que solo el estudio minucioso y directo de los manuscritos puede resolver".

"Que la obra, así como la conocemos y ha llegado hasta nosotros, - sea o no de un incógnito e inidentificable "Magíster Petri" -, es un producto francés, está fuera de duda: la primera cita segura de la obra nos lleva a ubicarnos en la Francia Meridional. Así también en base a los textos transcritos de su segunda edición (en torno al 1123-25) o, acaso antes, por lo que podemos argüir que las Exceptiones Petri ya estaban formadas hacia el 1120 en la zona provenzal situada entre Barcelona y Toulouse".

"El título indica con exactitud el significado de la obra: "Excepciones Legum Romanorum", esto es, extraídas de las leyes romanas".

"El Libro Primero comprende 65 capítulos y se inicia con textos sobre las Sucesiones. Luego siguen algunos textos relativos al Derecho Matrimonial. El Segundo Libro trata del Derecho de las Obligaciones y de algunos contratos reales. El Libro Tercero trata del Derecho Penal".

"La obra no es una exposición sistemática del Derecho Romano, como si lo fue el Brachylogus; representa una zona de fricción entre la tradición consuetudinaria de inspiración canonística y germanística y las nuevas ideas que los juristas estaban resumiendo".

"Las Excepciones, y sus fuentes tuvieron una larga difusión en Francia, tanto en el Septentrión, cuanto en el Mediodía. Todos los manuscritos son franceses y todos proceden de la segunda mitad del siglo XII hasta la primera del siglo XIII. Y las glosas al Libro de Tubinga, luego incorporadas al texto de las Exceptiones Petri, consagraron la historia y la fortuna de sus fuentes" <sup>(15)</sup>.

Según el profesor Mor habría que tener en cuenta una fuente más: el Libro de Graz (así denominado por un manuscrito del siglo XII, conservado en la biblioteca de la Universidad de Graz), libro de notable interés, derivado del libro de Tubinga y que el compilador de las Exceptiones Petri habría usado en la formación del célebre texto al que nos referimos.

Según el profesor Kantorowicz ("Les origines françaises des Exceptiones Petri", 1937) el libro de Tubinga que contenía el Prólogo y la Dedicatoria del ignoto Magíster Petrus a un tal Odilone de Valence, debe ser considerado no tanto una de las fuentes de las Exceptiones Petri, cuanto una primera edición de este legendario texto<sup>(16)</sup>.

<sup>(15)</sup>- CARLO GUIDO MOR: "Exceptiones Petri", en Novissimo Digesto Italiano, vol. VI, pag. <sup>1089</sup> in fine y <sup>1090</sup>, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Turin, <sup>1960</sup>.

<sup>(16)</sup>- Citado por GUIDO ASTUTI: "Lezioni di storia del Diritto Italiano. Le fonti. Età romano-barbarica", pag. <sup>386</sup>, Cedam, Padova, <sup>1952</sup>.



Pero hay más; el profesor Mor nos ilustró además, con otros dos notables estudios: “I giuridici della contessa Matilde e la rinascita del Diritto Romano” publicado en los *Studi in memoria de Benvenuto Donati* (1954), y otro más: “Le fonti giuridiche medievali” en el volumen *Le fonti giuridiche medievali* (Congresso Internazionale di studi sulle fonti) (1954). Y aún hay más: “Per la storia dei libri giustiniani nell’età preirneriana”, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e Storia del Diritto*, I (1951).

Esta exquisitez historiográfica no podía ser pasada por alto por otros ilustres maestros. Son tantos los que hemos sentido esta atracción historiográfica, que temo ofenderlos si no los cito a todos. Así, el maestro **ERICH GENZMER**, gran medievalista y gran romanista, profesor en Berlín, en Königsberg, en Frankfurt y en Hamburgo, nacido en Marienwerder el 22 de julio de 1893 y muerto en 1970. Discípulo y continuador de la escuela de **EMIL SECKEL** en la Universidad de Hamburgo. Erich Genzmer es toda una autoridad en esta materia con sus estudios “Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren”, publicado en las *Actas del Congreso de Derecho Romano* llevadas a cabo en Bolonia, en 1933. Además, debemos citar su Prolusión sobre los glosadores: “I glossatori”, de 1937; su conferencia de Trieste en 1954 sobre “Il Diritto romano come fattore della civiltà europea”; su conferencia de 1958 en Bolonia sobre “Rapporto fra storia del diritto e dogmatica giuridica secondo la nuova coscienza del tempo” e “Infiltrazione del Diritto Romano nell’Europa occidentale e centrale dal secolo XII in poi”; sus “*Quaestiones de Pillio*”, 1935; “*Distinctiones glosatorum*”, de 1935; “*Summula de testibus*”, de 1939; su “*De regulis iuris de Azón*”, de 1957; su trabajo “*Kritische Studien zur Medievalistik*”, de 1941; y su estudio “*Zur Lebensgeschichte des Accursius*”, de 1945. Acaso su obra más notable es el legado que nos ha dejado, que es el conjunto de diversos estudios publicados por varios investigadores: el *Ius Romanum Medii Aevi*, a cargo de él, auspiciado por la Société d’histoire des droits de l’antiquité y editado por la Giuffrè de Milán. La Universidad de Bolonia confirió a Genzmer la láurea en Jurisprudencia honoris causa, emérito de la Universidad de Hamburgo el día lunes 21 de octubre de 1963, en cuya oportunidad, al agradecer al rector tal distinción, dijo que “él lo entendía como un homenaje a la escuela de historiadores alemanes del Derecho quienes, después de Savigny y de Emil Seckel, han contribuido al desarrollo de una Historia europea del Derecho”.

Así también, quisiera evocar, por ejemplo, a **GIAN GUALBERTO ARCHI**, profesor en Perugia, Padua, Pavía y Florencia (nacido en Faenza en 1908) en su *Studi sulle fonti nel tardo Impero romano. Teodosio II e Giustiniano* (1987); “Giustiniano e l’insegnamento del Diritto” en *L’imperatore Giustiniano, storia e mito* (1978); y aún quisiera evocar a un gran amigo mío, un gran profesor, un hombre notable, **GUILLERMO FLORIS MARGADANT**, a quien conocí personalmente en la Universidad Autónoma de México, cuando diserté en 1997 sobre la Teoría Pluridimensional del Derecho. Guillermo Floris Margadant fue un brillante profesor de Historia del Derecho, con quien sentíamos una gran empatía, acaso por haber nacido el mismo día, aun cuando me llevaba 12 años. **GUILLERMO FLORIS MARGADANT** nació en La Haya el 12 de febrero de 1924 y murió el 2 de marzo de 2002. Al evocarlo, debo hacer cumplida referencia a sus libros fundamentales: *Introducción a la historia del Derecho mexicano*; *El Derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*; *Panorama de la Historia Universal del Derecho*; *El Derecho japonés actual*; *La segunda vida del Derecho Romano*; *El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*; *Los sistemas jurídicos contemporáneos: antecedentes y panorama actual*; *Derecho Romano*, etc.

Así también, debemos evocar al profesor **ADRIANO CAVANNA**, quien nació en Alejandría el 6 de agosto de 1938 y murió en Milán el 6 de enero de 2002. Fue un notable profesor de Historia del Derecho en la Universidad Estatal de Milán de 1972 a 1974, luego en Padua y, desde 1980, en la Universidad del Sacro Cuore de Milán, en donde enseñó hasta el día de su muerte. Tengo a la vista su hermoso libro titulado *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (1982). En la página 112, nos dice el profesor Cavanna que: “Como es sabido, la partición del *Corpus iuris* tal cual fue utilizada por los glosadores y tal como se conservó hasta la Edad Moderna en las ediciones glosadas no respetó la original partición justiniana, así como no concuerda plenamente con la compilación de Justiniano en cuanto al contenido”.

“El *Corpus iuris* medieval se subdividió en cinco volúmenes. Los primeros tres recepcionaron el contenido del *Digesto* según esta repartición:

- 1) *Digestum vetus* (del primer libro al título II del libro 24°);
- 2) *Digestum Infortiatum* (desde el título III del libro 24°, hasta el libro 38°);
- 3) *Digestum novum* (los últimos 12 libros)”.

“El *Digestum Infortiatum*, a su vez, se subdividió de este modo: una primera sección llegaba hasta el fragmento 82, *Digesto* 35, 2; una segunda sección comenzaba con las palabras *Tres Partes* de este fragmento y llega hasta el libro 38°, incorporándose autónomamente en el *infortiatum* con el apelativo de *Tres Partes*”.

“¿Cuáles fueron los motivos que explicarían esta singular tripartición del *Digesto*? He aquí un problema cuya solución definitiva constituye aún el **puzzle de la historiografía del Derecho común** y que ya los glosadores de las generaciones menos recientes no supieron resolver. Probablemente la tradición consolidada en la primera mitad del siglo XIII, según la cual la extraña tripartición (o cuatripartición) de las *Pandectas* no habría hecho más que reflejar las fases de su descubrimiento, lo que constituye todavía la base más sólida. Según esta tradición se habría exhumado primero el *Digestum Vetus* y el *Digestum Novum* (los que antes del siglo XII eran los únicos citados); en un segundo momento habría reaparecido la parte intermedia recogida en el *Infortiatum*; Iñerrio mismo reencontrándola (y aquí empieza nuevamente la leyenda de Iñerrio), regocijándose con este importantísimo descubrimiento habría pronunciado la célebre frase: *‘ius nostrum infortiatum est’*”.

“En cuanto a los últimos dos volúmenes del *Corpus iuris*, el cuarto contiene el Código, del cual se acogieron solamente los primeros nueve libros a los que se denominaba específicamente el *Codex*; el grupo de los libros 10-12, a su vez estaban escritos en el quinto volumen con el autónomo apelativo de *tres libri*. Esta disgregación del *Codex* no hacía más que reflejar una tradición de la cultura jurídica altomedieval, según la cual el Código circulaba mutilado de los últimos tres libros, que disciplinaban materias fiscales y administrativas, menos interesantes.”

“El quinto y último volumen (llamado *Volumen Parvum*) comprendía: 1). los cuatro libros de las *Instituciones*; 2). los tres libros finales del *Codex*; 3). las novelas comprendidas en la colección llamada *Authenticum* (las novelas fueron conocidas en el Alto Medioevo a través del *Epítome Iuliani*). De las 134 novelas del *Authenticum*, los Glosadores solo acogieron 97, descartando las restantes como irrelevantes”.



“Tal era la estructura del *Corpus Iuris* en la fase originaria de la escuela de los Glosadores. Empero a comienzos del siglo XIII el *Volumen Parvum* se integró con algunas Constituciones de los emperadores romano-germánicos, más el tratado de Constanza y, en fin, con el llamado *Libri Feudorum*, que era una importante colección privada de costumbres feudales de origen germánico correspondientes a la mitad del siglo XII.”

“Esta inserción en el *Corpus Iuris* del Derecho Feudal (en un primer momento ignorado por los Glosadores, por ser extraño al Derecho Justiniano) transformó los *Libri Feudorum* en fuente del Derecho común. La materia feudal, por otra parte, conservó importancia general hasta bien entrada la Edad Media”.

“No es raro encontrar, inserta en las ediciones glosadas del *Corpus Iuris* correspondientes a las épocas del Cinquecento y del Seicento, también, la llamada *Lombarda* con las glosas elaboradas por **CARLO DI TOCCO**, un jurista del siglo XIII.”<sup>(17)</sup>.

Por su parte, nos dice la profesora **ADRIANA CAMPITELLI** en su libro *Europeenses. Presupposti storici e genesi del Diritto comune*: “*Las Institutiones*, por sus dotes de simplicidad y de claridad, fueron utilizadas y conocidas en el Alto Medioevo, sea en las escuelas de Gramática y de Retórica, donde se enseñaban los primeros elementos de Derecho que luego se desarrollaron en las escuelas de los prácticos, sea como texto útil para la práctica forense, sea en la actividad jurisdiccional en la que constituía fuente de interpretación segura. De esta difusión es testimonio la amplia tradición manuscrita proveniente de aquellos siglos”.

“El Código no se observaba íntegramente. Los últimos *tres libri* que se referían al Derecho público se entresacaron de los primeros nueve libros. También la tradición de los primeros nueve libros del Código fue reducida o abreviada en los textos epitomados. En la práctica también se eliminaron las *Constitutiones* en lengua griega. El *Epitome Codicis* que se formó en el Alto Medioevo devino en uso hasta casi el siglo XII, así como también el *Epitome Aucta*, debido a la fatiga de ignotos compiladores”.

“Las *Novellae Constitutiones* o *Novellae*, más simplemente, fueron conocidas y difundidas según una colección privada, el *Epitome Juliani*, que contenía cerca de 122 novelas. La colección conocida bajo el nombre de *Authenticum*, que comprendía cerca de 134 novelas, fue compuesta probablemente en Italia en el siglo VI y fue utilizada en las cartas de San Gregorio Magno y en el *Edicto de Rotari*, para, luego, reaparecer en la tradición de las obras que encabezó Irnerio”.

“El *Digesto* devino citado en el año 603 en una carta de San Gregorio Magno. Después de esta fecha no hay noticias de citas directas hasta el siglo XI en el *placito* o proceso de Marturi del 1076”.

<sup>(17)</sup>.- **ADRIANO CAVANNA**: *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, p. 712-716; Giuffrè editore, Milán, 1981.

“Pero en los últimos decenios del siglo X y los primeros años del siglo sucesivo, el cuadro general de la historia se animó, ofreciendo aspectos nuevos, no solo de vida, y de organización social, sino también de una más completa exigencia del conocimiento y de las fuentes de estudio. Y como las nuevas realidades políticas y económicas vinieron a modificar los perfiles de las precedentes estructuras, así también el saber se abrió a una serie de nuevas experiencias destinadas a dar grandes frutos en los siglos sucesivos. Las escuelas asumieron nuevas dimensiones y la ciudad vino a sustituir al monasterio como centro de irradiación de la cultura y del estudio”.

“Del impulso de las escuelas de artes liberales y particularmente de la renovación de la filosofía, también el Derecho encontró las vías de un renacimiento”.

“La aparición de estos nuevos intereses para los estudios jurídicos corrió paralelamente con el fenómeno de una más completa y conciente exigencia de interpretar correctamente la realidad jurídica que latía en la praxis y en la necesidad de dar nombres más técnicos y exactos a las nuevas instancias emergentes del uso. Aparecieron así las primeras evidencias de este renacimiento en los documentos, en los negocios, en las colecciones de costumbres”.

“Se privilegiaba así a la *lex romana*, ello determinó así un renovado interés para la aproximación directa con las fuentes normativas. Se recompuso el lenguaje jurídico. Las fases graduales de esta concientización jurídica se advirtieron en los documentos compuestos a fines del siglo XI que, se decía, estaban redactados por los *legis doctores* o *legis docti*. En este reflorecer de una cultura jurídica de inspiración romana se acentuaba el significado de quien argumentaba y su título”.

“En este cuadro va inscrita la figura de Pepone, o Pepo, quien según el recuerdo de Odofredo comenzó a *legere in legibus*”.

“La narración odofrediana precisa que a aquel cierto *dominus Pepo*, si bien fue el primero a *legere in legibus* autónomamente y por su cuenta, todavía esta su *scientia* no le reportó mucha fama, pero aún cuando esté en negativo estas primeras trazas de una investigación cultural, encontramos otro personaje que se inscribe en el discurso de Odofredo con más precisos contornos: Irnerio estaba empeñado en Bolonia en la enseñanza de las artes liberales y encontró entre sus manos los *libri legales* (deportados a esta ciudad, y comenzó, como Pepone, a estudiar las leyes sobre textos más articulados y completos y en la pasión del estudio jurídico trasladó la enseñanza de las artes, que hasta entonces lo habían atraído, y comenzó a enseñar las leyes. Y este estudio consagró su fama: ‘*et fuit primus illuminator scientiae nostrae. Ecco l’ars iuris è trasformata in scientia iuris*’ e Irnerio, empezó a ‘glosar’ las normas romanas, iluminándolas con su palabra y con su pensamiento. Por eso, Odofredo lo llamó *lucerna iuris*”.<sup>(18)</sup>

Así, pues, a falta de glosas de Pepone, Irnerio, con sus lecturas y sus glosas, bien puede ser llamado el fundador de la Escuela de los Glosadores de Bolonia que, como dice Adriana Campitelli, “eclipsó a todas las otras y los textos de sus interpretaciones, recompuestos tras sus manos, iluminaron a las glosas. Por eso fueron llamados glosadores los sucesivos maestros que desarrollaron la tradición irneriana aplicada a este método y continuadora de esta técnica”.<sup>(19)</sup>

<sup>(18)</sup>.- ADRIANA CAMPITELLI: *Europeenses. Presupposti storici e genesi del Diritto comune*, p. 125-126, Cacucci editore, Bari, 1998.

<sup>(19)</sup>.- ADRIANA CAMPITELLI: *ob.y loc. cit.*



“El gradual redescubrimiento del *Digesto* y la redacción completa de las *Novellae*, según el texto del llamado *Authenticum*, hizo posible el renacimiento de los estudios de Derecho. Toda Europa estuvo pronta a acoger los principios generales, las abstracciones y el método científico que la nueva ciencia proponía y que la nueva sociedad solicitaba. La renovada cultura jurídica no podía olvidar la espiritualidad y la fuerza moral del cristianismo, ni las innovaciones introducidas en la praxis negocial, mercantil, ni la tradición jurídica germánica infiltrada en los usos y en las costumbres de los territorios, ni las estructuras feudales. Comprender los antiguos textos transmitidos fortunosamente y recompuestos por vías misteriosas suponía asimilar una forma más antigua de aquel lenguaje jurídico que era todavía familiar. Hacer resurgir la *lex romana* significaba recomponer aquella tradición que se transformaba sin morir y que se adaptaba sin perder sus propias connotaciones”.

“Se recompuso así armoniosamente un *corpus* de normas. En los años del magisterio irmeriano la herencia de Justiniano se remodela. Así los *libri legali* de la sapiencia jurídica medieval vinieron articulados en la Escuela de Bolonia en 5 volúmenes: los primeros tres contenían el *Digesto*, repartidos según este orden: en el primer volumen el *Digestum vetus*, del libro I al libro XXIV, hasta el título 2 incluso; en el II volumen el *Digestum infortatium* del libro XXIV, título III, al XXXVIII, título 17; en el tercer volumen, el *Digestum Novum*, del libro XXXVIII, título 18, al libro L”.

“Debe notarse que la subdivisión en tres partes de los 50 libros del *Digesto* reflejaba los tiempos en los cuales el íntegro *corpus* de la obra había sido descubierto y recompuesto. Antes el *Vetus*, luego el *Novum* y, en fin, el *Infortiatum*, que según la tradición, venía a completar la recepción de las primeras dos divisiones, *Vetus* y *Novum*, y que, en los primeros tiempos, a su vez, estaba subdividido interiormente en dos partes”.

“En el cuarto volumen venían colocados los primeros nueve libros del *Código* de Justiniano como había sido transmitido por la tradición altomedieval”.

“En el quinto volumen, llamado *Volumen Parvum*, se recogían los cuatro libros de las instituciones, los últimos tres libros del *Código* (*tres libri*) y las *Novellae Constituciones*, seleccionadas según el *Authenticum* y distribuidas en nuevas *Collationes*”.

“En el curso del siglo XIII en una décima *Collatio* se agregaron los *Libri Feudorum* y algunas *Constituciones* de los Emperadores romano-germánicos de la época y el texto del Tratado de la Paz de Constanza”.

“Los textos citados, en el orden descrito constituyeron integralmente el *Corpus iuris civilis*. Más la *legalis sapientia*, según el Hostiense, incluía entre los *libri legales*, también el texto de la *Lombarda*, que era la colección sistémica de las normas edictales longobardas y del *Capitulare Italicum* que vino compuesto a fines del siglo XI y que había sido excluido de la primera sistematización de las fuentes”.

“Sobre estas fuentes se cimentó la primera interpretación de la Escuela. La exégesis textual fue la primera aproximación para comprender y recomponer el texto reordenado. Fueron llamadas “glosas” las aclaraciones literales y *lecturae* las lecciones que los maestros daban a sus discípulos siempre más numerosos, provenientes de todas las tierras de Europa”.<sup>(20)</sup>

<sup>(20)</sup>.- ADRIANA CAMPITELLI: ob. cit., p. 106, 107.

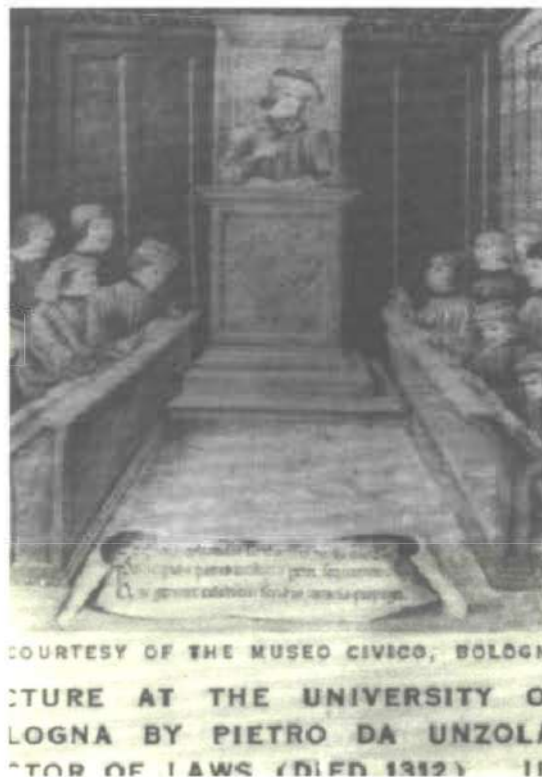
“La imponente fatiga exegética no se limitaba a la mera clarificación del texto. Los glosadores, en su obra interpretativa, reportaban también pasos paralelos o contrastantes, utilizando todo el material del *Corpus iuris* y buscando resolver las contradicciones. Ni su obra podía confinarse o limitarse al análisis, porque a través de las *Summae*, de las *Quaestiones* y de las *distinctiones*, en manera diversa, superaron los límites de una investigación que podía aparecer a primera vista fragmentaria”.<sup>(21)</sup>

He aquí, pues, la obra de la Escuela de los Glosadores.

Pero ella solo se explica a partir de su gran caposcuola. Como dice **MANLIO BELLOMO**, “Come accade spesso per i ‘fondatori’, Irnerio è un personaggio leggendario”<sup>(22)</sup>. Y añade: “Per la sua opera d’interprete e di teorico del Diritto, più che per l’attività pratica, Irnerio è entrato nella leggenda”.<sup>(23)</sup>

Así que “personaje legendario”, jefe de escuela, *lucerna juris*, Irnerio fue no solo el *primus illuminator scientiae nostra* y también, según el *dictum* de Odofredo, *il primus cui fecit glossas in libris nostris*, sino que por su extraordinario dominio de las fuentes y por su autoridad en el manejo de los *libri legalis* y por su depuración de las *Novellae*, llamadas a partir de él y sus discípulos, Auténticas, devino, según el decir de **PIETRO DA UNZOLA**, en el máximo intérprete de las Auténticas: “*Dominum quoque Guernerium subtilissimum iuris professorem et Authenticarum interpretationem*”.

Aquí vemos a Pietro da Unzola, un procesalista muerto en 1312, dando una de sus clases en el *studium* de Bolonia:



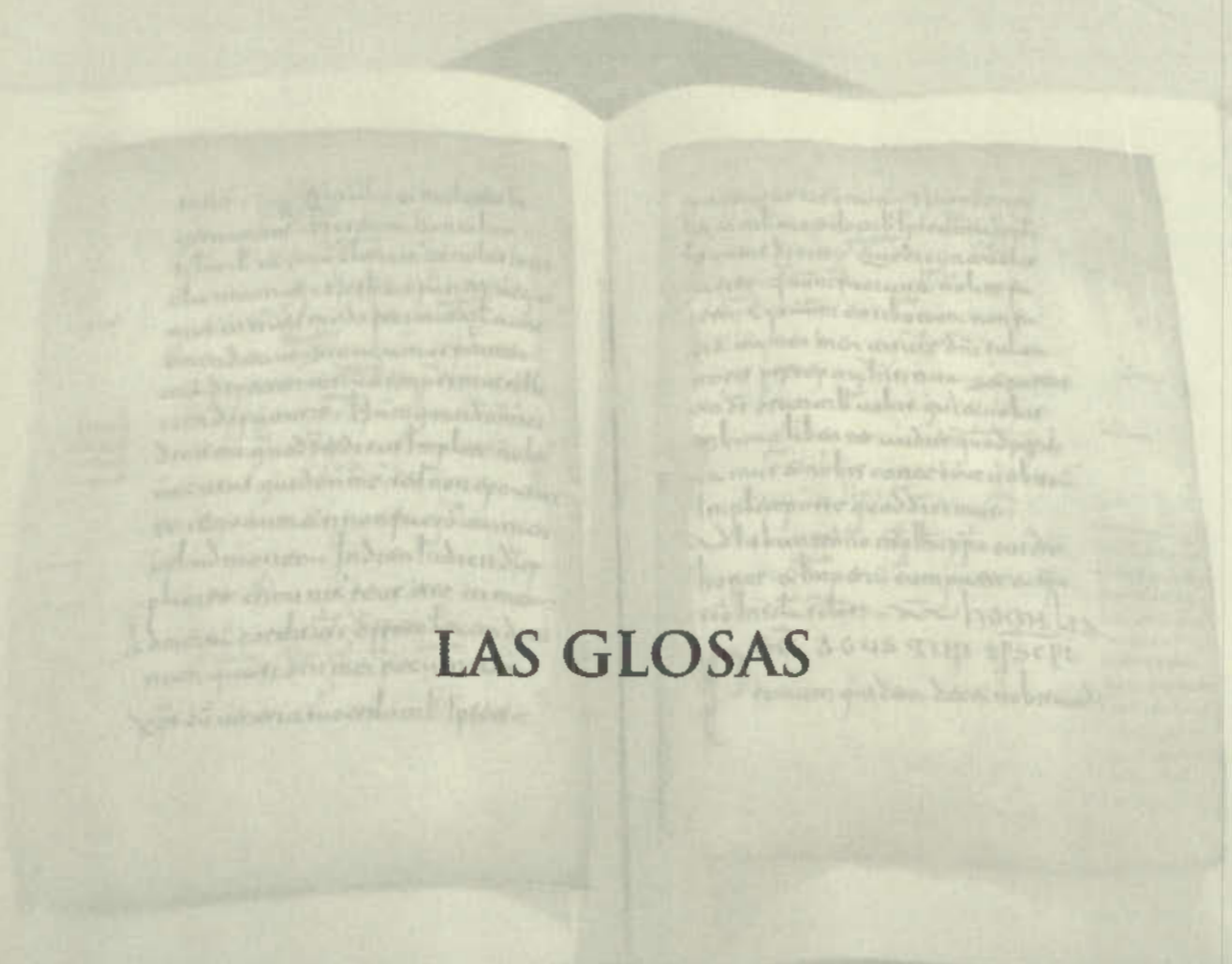
<sup>(21)</sup>- **ADRIANA CAMPITELLI**: ob. cit., p. 127.

<sup>(22)</sup>- **MANLIO BELLOMO**: *Società e Istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell’età moderna*, p. 260, Editrice Giannotta - Catania, Il cigno Galileo Galilei edizioni di arte e scienza, Roma, 1991.

<sup>(23)</sup>- **MANLIO BELLOMO**: ob. y loc. cit.



# CAPÍTULO LXXIV



## LAS GLOSAS





## CAPÍTULO LXXIV

### LAS GLOSAS

La glosa constituyó el método que caracterizó, por antonomasia, a la Escuela de Bolonia. Con la voz latina *glosa* se designa la anotación marginal o interlineal a un texto mediante la cual se explica o se interpreta una palabra singular o un paso más o menos oscuro de un determinado texto del *Corpus iuris civilis* de Justiniano.<sup>(1)</sup>

El empleo de este método dio lugar a que se designara con el nombre de Glosadores a los maestros de la Escuela de Derecho que floreció en Bolonia en los siglos XII y XIII. Se atribuye a Irnerio y luego a todos sus discípulos y continuadores el empleo de este método para interpretar los textos justinianeos, comenzando por el *Digesto*. Ya en las glosas de Irnerio se puede advertir la consagración de este método, que alcanzaría su máximo esplendor en la *Glossa Magna* de Accursio, que fue “el texto jurídico medieval más conocido, usado y difundido en Italia y en Europa durante muchos siglos: basta pensar en su extraordinaria autoridad en la teoría y en la práctica del Derecho desde la época de Accursio hasta la época de las modernas codificaciones. Todo estudioso de la Historia del Derecho, todo romanista y todo civilista lo debía citar y consultar, mal grado la *docta ignorantia* de la moderna Historiografía Jurídica sobre la glosa accursiana.”<sup>(2)</sup>

Las glosas de Irnerio al *Corpus iuris* se reconocen por el empleo de la sigla G (de Guarnerius), o bien Y (de Irnerius). En cambio, nos explica Savigny, “no puede aplicarse a Irnerio la sigla W (de Warnerio), que es propia de Wilhelm o Guillermo de Cabriano”.<sup>(3)</sup> “Tampoco puede aplicarse a Irnerio la sigla Yr.”, ya que esta sigla estaba referida a Enrico di Baila: *Placentinus .....dixit de domino Henrico di Baila, cuius glossae inveniuntur signatae per Yr.*<sup>(4)</sup>

Añade el maestro de Frankfurt que “es increíble cuántos errores se hayan derivado de haber destrozado y distorsionado esta palabra”.<sup>(5)</sup>

Así, pues, con las glosas de Irnerio se da inicio a la metodología con la que los maestros de la Escuela de Bolonia plantearon sus interpretaciones del *Digesto*. Así, con la letra B se designaba a Bulgaro, con la letra M o *Ma.* a Martino, con la letra *la* o *lac* a Iacopus, con la letra U o *Ug.* a Ugo, etc.

<sup>(1)</sup>. DOTT. ANTONIO MASI: “Glossa”, en *Novissimo Digesto Italiano*, volumen VII, p. 111-112 y Prof. GUIDO ROSSI: *Glossatori*, vol. VII, p. 116-117, Unione Tipografica Editrice Torinese, Turín, 1981.


<sup>(2)</sup>. GUIDO ASTUTI: “La Glossa Accursiana”, en *Atti del Convegno Internazionale di studi accursiani*, Bolonia, 1-2 de Octubre, 1981, volumen II, p. 29, Dott A. Giuffrè editore, Milan, 1984.

<sup>(3)</sup>. SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, vol. II, p. 11, prima versione dal tedesco por Emmanuele Bollati, Multigrafica Editrice, Roma, 1971.

<sup>(4)</sup>. *Ibid.*, ob. y loc. cit.

<sup>(5)</sup>. *Ibid.*, ob., cit., p. 11 in fine y 4.

Como dice **HERMANN KANTOROWICZ** en su áureo libro *Studies in the glossators of the Roman Law* cap. II, “Imerius and the earliest Introduction to the Law Books”: “Aún cuando no hay evidencia cierta de que Imerio haya escrito nada más durante su larga vida (¿1055?-¿1130?) sus glosas no son nada atractivas para el lector promedio o superficial” ... “Casi todas ellas son puramente técnicas y demuestran un amplio conocimiento del Derecho justiniano y, sobre todo, de las partes más difíciles del Digesto. Innumerables referencias *ad similia* y a contrario sensu demuestran un profundo conocimiento de la interpretación jurídica y están anotadas en el margen para conectar fragmentos explicados con todas las demás partes de las fuentes (excepto el *Tres Libri*). El estilo de las glosas es siempre conciso, a veces lacónico y el razonamiento es, normalmente, bastante sutil. Pocas glosas son de carácter gramatical, dialéctico, histórico o filosófico; pero, aún así, no se pretende que estén dirigidas a principiantes o diletantes. Por otra parte, es recién, en la actualidad, que algunas glosas imerianas han sido editadas; la gran mayoría —varios miles— siguen escondidas en el Manuscrito londinense o Manuscrito de Londres (*The Royal MS II. B. XIV of the British Museum*)”.<sup>(6)(6 bis)</sup>

“Solo para un puñado de especialistas fue conocido el gran Imerio. Ni siquiera las glosas editadas son siempre de fiar. Muchas entre las *Glossen des Imerius* publicadas por Pescatore están firmadas con una grafía como ésta , lo que más adelante fue reconocido como la sigla de Jacobo, mientras que la verdadera sigla de Imerio es la Y o la G. En estas circunstancias no se puede cuestionar que Imerio haya jugado un rol similar al de Alberto Durero, a quien las galerías italianas le atribuían cada uno de los viejos lienzos y retratos sin firmar, lo cual parecería traicionar su origen alemán. No menos de diez escritos anónimos del siglo XII fueron erróneamente atribuidos a Imerio en el curso del siglo XIX. No menos de cinco de estas diez obras apócrifas —y las dos legítimas que han sido mencionadas— están parcial o completamente contenidas en nuestro asombroso *Royal Manuscrito de Londres*; y esto, junto con la gran confusión reinante en la literatura sobre este tema, justifica lo que sigue. Para empezar, Imerio fue considerado un posible autor de dos obras de la escuela francesa post-Imeriana: el *Brachylogus* y el *Epitome Exactis Regibus*.

“Savigny, Böecking y Bethmann-Hollweg le atribuyeron la primera y Müther la segunda. Hacemos mención de estos olvidados *obiter dicta* de cuatro eminentes juristas, solo por cuestiones de complemento, pero las siguientes atribuciones fueron propuestas muy seriamente. El *Liber Divinarum Sententiarum*, una obra teológica proveniente de un teólogo desconocido, fue atribuida a Imerio por Gaudenzi y Martín Grabmann, debido a que la rúbrica del único manuscrito dice: ‘*Quae Guarnerius iuris peritissimus ex dictis Augustini aliorumque doctorum excerpit*’. Lamentablemente, ellos no cayeron en la cuenta de que *iuris peritissimus* era, tan solo, una glosa interlineal. El tratado sobre las acciones, al analizar las cosas pecuniarias *Qui de re pecuniaria*, estaba contenido en los parágrafos 1 al 30 del llamado *Compendium iuris*, atribuido a Imerio por su editor Fitting —quien formalmente declaró que esta pertenecía a la época justiniana—. Recien ahora se ha podido establecer que se trata de una compilación boloñesa post-imeriana. La atribución de Fitting se basó principalmente en la concordancia del *Compendio* con unos pocos fragmentos de la *Summa Codicis Trecensis* que él atribuyó erróneamente a Imerio”.<sup>(7)</sup>

<sup>60</sup>. **HERMANN KANTOROWICZ**: *Studies in the glossators of the Roman Law*, p. 39, cap. II, “Imerius and the earliest Introduction to the Law Books”. ‘. *The Writings of Imerius*”, reimpression de la edición de Cambridge, Londres, 1969, por Scientia Verlag Aalen, 1969. Con adiciones y correcciones por Peter Weimar.

<sup>60 bis</sup>.- El Manuscrito londinense o Manuscrito de Londres (*The Royal MS II. B. XIV of the British Museum*) fue estudiado por primera vez con ojos de jurista por Hermann Kantorowicz, quien nos lo describe en el capítulo I de sus *Studies*. Y allí nos da cuenta de su contenido: 1.- *Rogerus: Summa Codicis Trecensis*; 2.- *Imerius: Exordium Institutionum*; 3.- *Master G.: Notes A*; 4.- *Federico I: Tres Constituciones, A.D. 1165*; 5.- *Rogerus: Enodationes questionum*; 6.- *Rogerus: De praescriptionibus*; 7.- *Bulgarus: Ordo iudiciorum*; 8.- *Bulgarus: De iuris et facti ignorantia*; 9.- *Martinus: De iure dotium*; 10.- *Rogerus: De praescriptionibus (continuación)*; 11.- *Rogerus: Quaestiones super Institutos*; 12.- *Bulgarus: Materia Institutionum*; 13.- *Bulgarus: Materia Codicis*; 14.- *Imerius: Materia Codicis*... Siguen otros títulos, algunos de autores anónimos y otros correspondientes a Bulgaro, Hugo, Martinus, Placentinus, Guillermo de Cabriano y Arnulphus que suman, en total, 39 títulos, en 148 folios.

<sup>67</sup>. **HERMANN KANTOROWICZ**: *Studies in the glossators of the Roman Law*, p. 39, capitulo II, “Imerius and the earliest Introduction to the Law Books”. ‘. *The Writings of Imerius*”, reimpression de la edición de Cambridge, Londres, 1969, por Scientia Verlag Aalen, 1969. Con adiciones y correcciones por Peter Weimar.



“Su segundo argumento fue una conocida glosa de un anónimo manuscrito de Erlangen, que ha sido aceptado como si Guarnerio hubiese escrito un tratado de las acciones, y no meramente una glosa: *Primo tractavit de natura actionum G.* Pero ¿por qué esto no debía referirse a una glosa en forma de distinción? Irnerio escribió muchas glosas de este tipo, por ejemplo: sobre las ‘condiciones’ o acciones personales en materia de inquilinato y arrendamiento, sobre las acciones posesorias, y la ‘sustitución’. Por otro lado, sus discípulos y los continuadores de estos escribieron cinco distinciones sobre acciones, las cuales están parcialmente vinculadas las unas con las otras y pueden remontarse a distinciones irnerianas. Las obras más conocidas que Fitting le atribuye a Irnerio son las famosas *Quaestiones de iuris subtilitatibus* y la igualmente famosa *Summa Codicis Trecensis*, las cuales editó en 1894 como obras de Irnerio. Ambas atribuciones han sido aceptadas por casi todos los italianos, por la mayoría de los franceses y alemanes y por muchos académicos; pero las razones esgrimidas fueron completamente refutadas por Besta y, recientemente, por Meijers, en cuanto a la *Summa*; por Neumeyer en cuanto a las *Quaestiones* y por Patetta y Pescatore en cuanto a las dos obras. Ambas fueron escritas en tiempos post-irnerianos, aproximadamente alrededor de la mitad del siglo XII. La *Summa Codicis Trecensis* no es más que la primera redacción de la *Summa Codicis* de Rogerius, mientras que las *Quaestiones de iuris subtilitatibus* es, probablemente, una obra de Placentinus”.

“Debemos regresar al problema de las copias desconocidas de los dos escritos y de algunas de sus fuentes contenidas en nuestro *Manuscrito de Londres*. Pero debemos mencionar, también, que aquí Irnerio, lejos de ser el autor de las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, parece ni siquiera haber escrito *quaestiones* en el usual sentido de *quaestiones disputatae*; al menos, todas las evidencias que han sido producidas para esta afirmación nos demuestran también que giran en torno a viejas y nuevas confusiones entre Irnerio y muchos juristas como Pillio, Henricus de Bayla y Bandinus (o Bernardo Dorna). Otras dos obras han sido atribuidas a Irnerio por Fitting, solamente en el campo en el que se conectan de una manera u otra con la *Summa* o las *Quaestiones*: *La Summa legis longobardorum*, editada en 1870 por Anschütz y el *Tractatus de aequitate*, editado por Fitting junto con las *Quaestiones* en 1894. Aquí también, los más competentes entre los críticos de Fitting han mostrado que los dos escritos no tienen nada que ver con el gran romanista. La *Summa* es una mal escrita presentación de los elementos del Derecho Longobardo por un jurista desconocido; el método es el de la escuela de Pavía y no existen citas de Derecho Romano. El *Tractatus de aequitate* es un extracto de la *Summa Codicis Trecensis* y pertenece a la inortodoxa escuela de Martino. Ambas puede que hayan sido escritas en el tercer cuarto del siglo XII”.<sup>(8)</sup>

“Por último, dos escritos anónimos despertaron la atención de **G. B. PALMIERI**, el discípulo de Gaudenzi: el *Formularium Tabellionum* y la *Summa Institutionum Vindobonensis*”.

“Palmieri las editó no menos de tres veces y afirmó que se trataba de obras de Irnerius, incluso en los títulos de las ediciones”.

“Muy pocos estudiosos han aceptado estas suposiciones arbitrarias”.<sup>(9)</sup>

<sup>(8)</sup> - HERMANN KANTOROWICZ: *Studies in the glossators of the Roman Law*, p. 35, edición citada.

<sup>(9)</sup> - *Ibid.*, p. 35.







CAPÍTULO LXXV

LAS SUMMAS



## CAPÍTULO LXXV

### LAS SUMMAS

El segundo gran género literario de Bolonia estuvo constituido por las *Summas* las que, en la metodología escolástica, florecieron tanto en la Universidad de París con la inmortal *Summa Teológica* de Santo Tomás de Aquino, cuanto en la Universidad de Bolonia, de las que paso a dar cuenta, no sin antes dejar establecido que la concatenación de Glosas daba lugar a las llamadas *Cadenas*, ejemplo: la *Cadena del anónimo*, entretejida y eslabonada mediante una serie de conceptos interpretativos elaborados por las escuelas de Constantinopla y la Escuela de Beirut, cuyos juristas comentaron al *Digesto* allá por el siglo XI. Estos comentarios o paráfrasis del *Digesto* fueron obra de comentaristas anónimos cuyos textos, agrupados en forma de *Cadenas*, pasaron a la Historia del Derecho con el nombre de *Cadena del anónimo* y dieron lugar a que, en 1913, un ilustre romanista alemán, el profesor Hans Peters, publicara un notable estudio titulado “Los comentarios al *Digesto* romano-oriental y los orígenes del *Digesto Justiniano*”, en el cual se demostró que en las acotaciones o escolios puestos a las *Basílicas* (sistematización sintética de todo el *Corpus iuris civilis* dividida en 60 libros siguiendo el orden del *Codex*), se contenía toda una compilación de glosas al *Digesto* redactadas hacia el año 600, las que, a su vez, se inspiraban en una obra anterior debida a los profesores de la Universidad de Beirut, obra redactada para la enseñanza de las doctrinas de los grandes jurisconsultos clásicos romanos, cuyos textos ya se estaban perdiendo, como lo ha demostrado brillantemente el profesor **FRANZ WIEACKER** en su notable libro *Textstufen Klassischer Juristen* (1960), en el que sostiene que la desaparición normal de los textos clásicos por el transcurso del tiempo determinó su renovación, por lo menos dos veces antes de que la comisión compiladora presidida por Triboniano redactara el *Digesto*. En ese interregno surgieron las *Interpolaciones prejustinianas*. Esta notable investigación de Wieacker fue desenvuelta y desarrollada por **ERNST SCHÖNBAUER** en su estudio “Die Ergebnisse der Textstufenforschung und ihre Methode” (“Los resultados de las estratificaciones textuales y su método”), publicado en la revista *IVRA* (1961) y por el profesor **MAX KASER** (1906-1997), quien nos dice en su notable *Historia del Derecho Romano* que “la investigación de las estratificaciones textuales pretende descubrir las vicisitudes a través de las cuales habrían pasado los textos de los juristas y de las Constituciones hasta la compilación justiniana. Las fases que resultan de este desarrollo habrían sido cinco: 1) el original clásico; 2) la reelaboración proto-postclásica; 3) la vulgarización del cuarto siglo; 4) la enunciación teórica de las escuelas romano-orientales; 5) la adaptación final en la compilación justiniana (Véase Max Kaser: *Storia del Diritto Romano*, p. 290, 1991)



Hubo, pues, un pre-Digesto. Esta hipótesis del pre-Digesto permite establecer que antes del Digesto Justiniano los profesores de la Escuela de Beirut ya manejaban un texto previo que facilitó posteriormente la compilación del Digesto por Triboniano y sus 16 redactores. Así, pues, la sistematización de las Cadenas dio lugar a los Florilegios y así tenemos, por ejemplo, las célebres Flores del Derecho del maestro Jácome Ruiz, llamado Jacobo “el de las leyes”, autor de la célebre tercera Partida en el Libro de las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio del año 1254, aporte fundamental del pensamiento jurídico español al medioevo del Derecho y que, según Adriano Cavanna, “pueden ser consideradas como las Pandectas Castellanas” o “como la razón escrita junto al Corpus iuris”.<sup>(1)</sup>

A su vez, los Florilegios y las Cadenas se desarrollaron a través del género de las Sentencias, entre las cuales brilló con luz propia el famoso Liber Sententiarum del maestro Pedro Lombardo, insigne teólogo y filósofo italiano nacido en Novara (cerca del Piamonte) entre 1090 y 1095 y que murió en París el 21 ó 22 de julio de 1160. La obra del magister sententiarum se caracterizó por la habilidad en la organización y selección de la doctrina, que solo sería superada años más tarde, en 1267, con la obra inmortal del Doctor Angelico.

Las Summas constituyeron, pues, un género superior y más evolucionado que el género de las Sentencias. No eran un mero compendio, como algunos historiadores han supuesto.<sup>(2)</sup>

Constituyeron una verdadera obra sistemática en la cual se desarrollaba dialécticamente toda la argumentación y la exposición sistemática de un grandioso tema filosófico, teológico o jurídico.

La iniciación de este género literario en el Alto Medioevo está constituida por una serie de obras de autores anónimos, entre los cuales merece destacarse la Summa Perusina, así denominada porque se conserva en un códice de la biblioteca capitular de Perugia y que constituye un desarrollo de los primeros ocho libros del Código de Justiniano y que en su texto originario debió haber comprendido también el desarrollo íntegro del libro IX del célebre Codex Repetita Praelectionis.

En la Escuela de Bolonia, la más antigua entre las Summas que desarrollaron toda una argumentación analítica del Código de Justiniano fue la Summa Codicis Trecensis, así llamada por el manuscrito de la biblioteca de Troyes que la contiene y que fue atribuida por el profesor HERMANN FITTING al mismo Irnerio: Summa Codicis des Irnerius, Berlín, 1894.

La obra citada brilla por su claridad, orden y concisión y revela un conocimiento amplio y seguro de todas las partes del Corpus iuris. Empero, esta misma brillantez de la obra ha dado motivo a que la moderna Historiografía la atribuya a una época posterior, mas no muy lejana, a los mismos tiempos de Irnerio. El profesor MEIJERS<sup>(3)</sup> la atribuye a Martino o a alguno de sus discípulos, fundándose en la *aequitas martiniana*, que sirve de inspiración a la escuela de Martino.<sup>(4)</sup>

(1).- Véase ADRIANO CAVANNA: Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, p. 401, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1902; Véase, además, FRANCESCO CALASSO: Medio Evo del Diritto, p. 446, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1904.

(2).- Así, por ejemplo, el profesor MEIJERS sostiene que “una Summa es un resumen sistemático de una materia destinada a la enseñanza”. “Una Summa puede ser más o menos extensa”. Y los Glosadores hablaban de una pequeña Summa, de una Summula”. Véase E. M. MEIJERS: “Sommies. Lectures et commentaires (1100 a 1150)”, en Etudes d’histoire du Droit, vol. III, p. 211, Universitaire pers Leiden, Leyden, 1909.

(3).- EDUARD MAURITZ MEIJERS: (1860-1939), profesor en la Universidad de Leyden, fue un notable civilista, romanista y medievalista. En 1907, por encargo de la reina Guillermina de Holanda empezó a redactar el proyecto de Código Civil que sus discípulos culminaron en el Código Civil holandés de 1909.

(4).- E. M. MEIJERS: ob. cit., p. 202.

De los discípulos de Imerio, quien desarrolló con brillantez el género literario de las *Summas* fue Bulgaro, el primero en la enumeración de aquella frase legendaria atribuida a Imerio en su tránsito a la muerte, y según la cual Bulgaro era “os áureum”, era de oro o como el oro, y esta circunstancia lo sindicaba como el más antiguo y, acaso como el más viejo, entre todos los discípulos del maestro legendario.

Bulgaro habría nacido probablemente en torno al año 1100 y murió en enero del año 1166. De aquí resulta que su actividad docente en la Escuela de Bolonia se habría desarrollado entre el 1115 y el 1165. Tal es la opinión del profesor Bruno Paradisi,<sup>(3)</sup> para quien Bulgaro fue autor no solamente de un gran número de glosas sino que fue el primer compilador de un *apparatus glossarum* escrito sobre el título *De regulis iuris* del *Digesto*. Pero el aporte fundamental de Bulgaro fue el género de la *Summa*, antecedente del *Tractatus*, una forma autónoma y ágil de composición.

A Bulgaro se le atribuyen cuatro grandes *Summulae*: la *Summula de iudiciis*, más correctamente llamada *De ordine iudiciorum*, que fue una obra de Introducción al Derecho Procesal y al Derecho Romano, en general, con la cual inició su profesorado en Bolonia en torno al año 1115; la *Summula de stipulationibus*, la *Summula de dolo* y la *Summula de iuris et facti ignorantia*. Estas tres últimas *summulas* fueron descubiertas por Kantorowicz en el famoso *Manuscrito de Londres* del que nos da cuenta en su áureo libro, por nosotros tantas veces citado, publicado en 1938 y reeditado en 1969.

Dice al respecto Kantorowicz, en la p. 42 de sus *Studies in the Glossators of the Roman Law*:

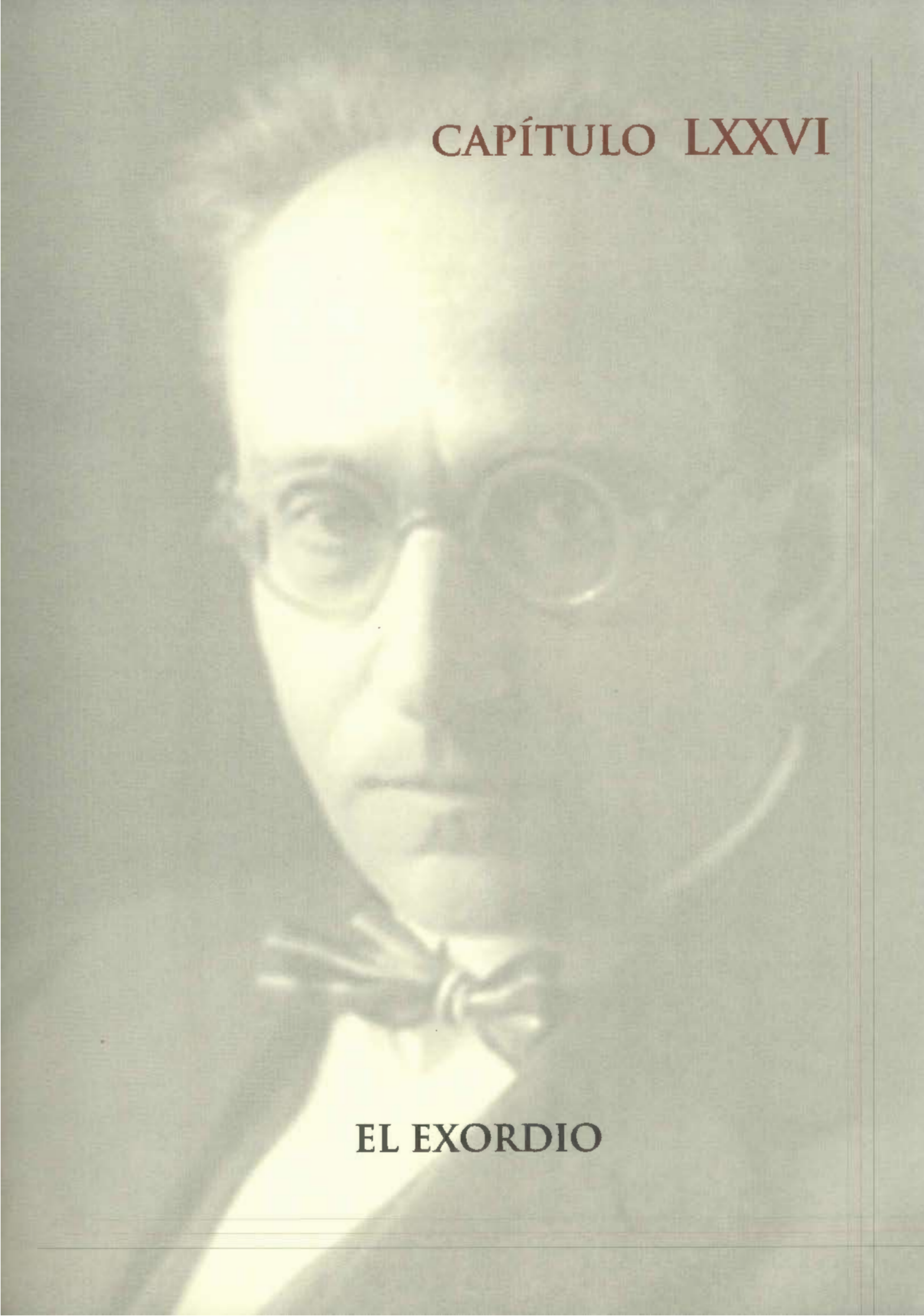
“La *Materia Codicis de Bulgarus*.- Ninguno de los escritores sobre Bulgarus, el os aureum de Bolonia, menciona una obra de este tipo. No hay duda de que tenemos una obra desconocida de Bulgarus ante nosotros, que escribió como un joven profesor allá por 1125. No hay razones para dudar de la autenticidad del texto y de su composición. Este texto es fácil de leer, pero está viciado por muchos errores del escribano. La composición es perfectamente clara y sistemática. La obra es digna de un eminente pensador”.

Una segunda *Summa Codicis* fue escrita por **ROGERIO**, discípulo de Bulgaro, y una tercera fue escrita por **PLACENTINO** en la segunda mitad del siglo XII. Una cuarta *Summa* fue de **GIOVANNI BASSIANO**, discípulo de Bulgaro y maestro del eximio Azón. Esta *Summa* se conoce con el nombre de *Summa de Ordine iudiciorum* y se conserva en la biblioteca de la Universidad de Padua con el nombre de *Ioannis Cremonensis de ordine iudiciorum* y ha sido magistralmente estudiada por el profesor Nino Tamassia en su estudio titulado “*De ordine iudiciorum. Opera inedita di Giovanni Bassiano*”, que corre en el volumen segundo de sus *Scritti di storia giuridica* (1967).

(3).- BRUNO PARADISI: *Storia del Diritto italiano*, p. 111, in fine, Liguori editore, Nápoles, 1964.







CAPÍTULO LXXVI

EL EXORDIO





## CAPÍTULO LXXVI

### EL EXORDIO

El exordio era una introducción, un prolegómeno que precedía a la tratación de una materia jurídica. *Prolegómeno*, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es “Tratado que se pone al principio de una obra o escrito para establecer los fundamentos generales de la materia que se ha de tratar después”. *Exordio*, según el mismo diccionario, es “1. Principio, introducción, preámbulo de una obra literaria; especialmente la primera parte del discurso oratorio, la cual tiene por objeto excitar la atención y preparar el ánimo de los oyentes. 2. Preámbulo de un razonamiento; 3. Orígen y principio de una cosa.

En la escuela de Bolonia, el exordio constituyó todo un género literario, un *modus tractandi* en el que se lucieron Bulgaro, Martinus, Rogerius, Azón y Placentinus, cuya *Materia Institutionum, Juris arti professionisque*, está contenida en todos los manuscritos de su *Summa Institutionum*, la cual ahora puede ser rastreada, según nos da cuenta Hermann Kantorowicz en las p. 53, 54 y ss. de sus *Studies in the Glossators of the Roman Law*.

---



An aerial, sepia-toned photograph of a city, likely Madrid, Spain, showing a dense urban landscape with numerous buildings and a prominent church spire on the left. The city is set against a backdrop of rolling hills and mountains under a clear sky.

# CAPÍTULO LXXVII

## LAS DISTINCIONES Y ANALOGÍAS





## CAPÍTULO LXXVII

### LAS DISTINCIONES Y ANALOGÍAS

Producto del pensamiento retórico que sirvió históricamente de iniciación al pensamiento de Bolonia, y que constituía todo un análisis del Derecho examinado; ya que, como dice el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Distinción es la “diferencia en virtud de la cual una cosa no es otra, o no es semejante a otra. En las antiguas escuelas universitarias, declaración de una proposición que tiene dos sentidos”; en tanto que Analogía es “relación de semejanza entre cosas distintas”; pero también es “método por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella”.

El jurista Matteo Cribaldi Mofa (+ 1564) esquematizó en un célebre dístico este método analítico de las distinciones y de las analogías, que dio lugar al llamado *mos italicus iura docendi*:

*“Praemitto, scindo, summo, casumque figuro,  
perlego, do causas, connoto et obiicio”.*

El profesor **ADRIANO CAVANNA** (1938-2002) explicaba este dístico refiriéndolo a la articulación de varias operaciones lógicas y a su virtuosismo cerebral. El profesor planteaba una serie de nociones y de consideraciones introductorias a propósito de un paso normativo, relacionándolo con una cierta directriz y delimitando, así, el ámbito de su tratación (*praemitto*); luego dividía lógicamente el texto en tantas partes estructurales que debían ser analizadas separadamente (*scindo*); luego lo recomponía en su unidad mostrando su configuración compleja, que la excesiva fragmentación podría hacer perder de vista (*summo*); luego ejemplificaba una o más adecuaciones típicas al hecho (*casumque figuro*); luego, volvía a releer el paso en toda su integridad (*perlego*); explicaba las razones y los fines de la ley recurriendo al típico esquema dialéctico de las cuatro causas aristotélicas: causa eficiente, causa material, causa formal y causa final (*do causas*) señalando todas las posibles deducciones a las que el texto da lugar, incluida la *regulae iuris*, los pasos paralelos y la formulación del principio general que lo inspira (*connoto*); y en base a esta deducción formula finalmente una serie de tesis con sus respectivas antítesis, esto es, las opiniones contrarias y objeciones (*obiicio*); dando lugar así a la discusión de un verdadero castillo de excepciones, de distinciones, de analogías y de cuestiones controvertidas.<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup>. ADRIANO CAVANNA: *Storia del Diritto moderno en Europa*, p. 192<sup>ss</sup>, ed. cit.



# CAPÍTULO LXXVIII

LA BROCARDICA





## CAPÍTULO LXXVIII

### LA BROCARDICA

Con esta expresión se designa el conjunto de máximas, aforismos, axiomas, sentencias, adagios o refranes que sintetizaban concisamente en breve frase todo un profundo y largo pensamiento jurídico.

En la escuela de Bolonia, estas máximas llegaron a su punto culminante cuando se citaba el pensamiento del eximio Azón:

#### **“Chi non ha Azzo non vada a Palazzo”**

O cuando se citaba a Bartolo:

*“Nemo bonis jurista  
nisi sit bartolista”*

O cuando, en general, se hablaba de la glosa:

*“Chi non gnossit Glossa  
non gnossit iura”*

O cuando se hablaba de la ignorancia del Derecho:

*“Ignorantia iuris non excusat”*

O cuando se hablaba de la ignorancia del hecho:

*“Ignorantia facti non iuris excusat”*

O cuando entonces, y aún ahora, se discute sobre quién es mejor poseedor:

*“In pari causa, melior est conditio possidentis”*

O cuando se establece que, a igual razón, igual derecho:

*“Ubi eadem est ratio, eadem iuris dispositio esse debet”*

O cuando se establece a quien tutela el Derecho:

*“In vigilantibus, non in dormientibus iura succurrunt”*

O cuando, en vía de interpretación, se incluía a uno para excluir al otro:

*“inclusio unius, exclusio alterius”*

Lo que equivale a decir:

*“qui dicit de uno, negat de altero”*

O bien, cuando en vía de interpretación extensiva se argüía:

*“a fortiori”*

Lo que equivale a argumentar :

*“de minore ad maius”*

O bien, cuando en vía de interpretación restrictiva, se argüía:

*“a maiori ad minus”*

O bien, cuando en vía de interpretación analógica, se argüía:

*“per similia similorum”*

O bien, cuando en vía de interpretación contrafáctica, se argüía:

*“a contrario sensu”*

O bien, cuando la ley no distinguía con precisión:

*“ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*

O, en fin, cuando cesa la razón de ser de una ley, cesa el Derecho:

*“cessante ratione legis, cessat et ipsa lex”*

Sumamente importante es el brocardo según el cual, nadie puede transferir a otro más derechos de los que él mismo tiene:

*“Nemo plus iuris at alium transferre potest quam ipse habet”*

En conclusión, un inmortal brocardo para la interpretación pretoriana de todos los tiempos:

*“de lege ferenda”*

Equivalente al argumento:

“*de iure condendo*”

Que supone un argumento que debería ser, pero que aún no existe *de lege lata*.

El tema lo trató brillantemente **LEOPOLD ZIMMERL** en su brillante libro *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda* (1931). Véase, además, **ENNIO CORTESE**: *La norma giurídica*, vol. II, capítulo 5º: “Riflessi della voluntas legislatoris sulla vita del *Ius Conditum*” y capítulo 6º: “Il momento soggettivo della legge nella fase dell’interpretazione”; Epílogo, especialmente: párrafo 7: “Cenni sulle sfondo filosofico della problematica”, Apéndice I, textos de **ROGERII**; Apéndice II: **PLACENTINI**; Apéndice III: **GIOVANNI BASSIANO**; Apéndice V: **UGOLINO** (1964).

Véase además: **LUIGI LOMBARDI**: *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, (cap. II, p. 79-199, 1975); **VINCENZO PIANO MORTARI**: *Dogmática e interpretazione I Giuristi Medievali* (1976); **GIOVANNI CASSANDRO**: *Lezioni di Diritto comune*, cap. IV: “L’equità nel pensiero dei glossatori”; cap. V: “Diritto scientifico e prassi giurídica” (1981).

El tema también lo trató Silva Vallejo al tratar sobre “las cenicientas del Derecho”, en su estudio “Los Estudios de Derecho Civil en el Perú y el Derecho Jurisprudencial”, publicado en el Libro *Homenaje a Rómulo Lanatta* (1986); reproducido en *La ciencia del Derecho Procesal* (1991).







CAPÍTULO LXXIX

LAS QUAESTIONES



## CAPÍTULO LXXIX

### LAS QUAESTIONES

Las *Quaestiones* o disputaciones constituyeron un género que brilló en toda la época de la escolástica; así, en París, para la discusión de problemas teológicos y filosóficos, como en Bolonia para los casos jurídicos, como en Salerno para las cuestiones de Medicina. La *disputatio* era una polémica en torno a un determinado problema analizado hasta en sus más extremas sutilezas y en la cual se desarrollaban todos los argumentos en pro y en contra.

Las *quaestiones* podían ser de dos clases:

1. Las *quaestiones ordinarias*, que eran las planteadas dentro de la clase por el profesor para analizar y establecer las distinciones y las analogías que emergían de la interpretación de un caso cualquiera o de un texto legal;
2. Las *quaestiones quodlibetales*, que eran aquellas en las cuales los aspirantes a juristas discutían dos veces al año sobre cualquier tema. Y las *quaestiones disputatae* eran el resultado de las disputas ordinarias que los profesores de Derecho tenían en sus cursos sobre un importante problema jurídico.

Las Cuestiones o *Quaestiones* constituyeron, en la metodología escolástica, ejercicios mentales, gimnasia dialéctica, todo un duelo entre espadachines de la argumentación, en que afloraba, frente a la tesis, la antítesis, la réplica y la réplica, habida cuenta de que la verdad era considerada un producto del pensamiento dialéctico.

Las *Quaestiones* constituyeron, en el estudio de la Teología y del Derecho, tanto en la Universidad de París cuanto en la Escuela de Bolonia, no solo un genial arte de la argumentación y de la persuasión retórica, sino el género literario y dialéctico por excelencia en los siglos XII, XIII y XIV. Así, en el Derecho se tienen, por ejemplo, las célebres *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus* de un autor anónimo, pertenecientes a la Escuela de Bolonia y estudiadas brillantemente por la profesora Ginevra Zanetti en un bello *capolavoro*, editado por la editorial La Nuova Italia de Florencia en 1958.

Las *Quaestiones de iuris subtilitatibus* constituyeron “el texto jurídico más interesante del siglo XII”, según la opinión de D’Ablang, su descubridor; según el profesor Hermann Fitting, cuya investigación es decisiva en este tema, “es uno de los más grandes textos jurídicos de todo el Medioevo y la fuente más notable de la Historia General del Derecho de aquel tiempo”. Según el maestro Calasso, es “la obra de más alta importancia científica de la escuela de los Glosadores”<sup>(1)</sup> y, también, según Calasso, “la obra más enigmática que la escuela de los Glosadores haya producido”.<sup>(2)</sup> Según la profesora GINEVRA ZANETTI, “Todo revela la mano

<sup>(1)</sup>- FRANCESCO CALASSO: Medio Evo del Diritto, p. 207.

<sup>(2)</sup>- CALASSO, ob. y loc. cit.

<sup>(3)</sup>- GINEVRA ZANETTI: “Quaestiones de iuris subtilitatibus” en Novissimo Digesto Italiano, vol. XIV (Prod- Ref), p. 411, U.T.E.T., Turín, 1958.



de un gran maestro, sea por el diseño y el fin, sea por la sustancia y el método, sea por el conocimiento de las fuentes”.<sup>(3)</sup>

La obra fue atribuida por Fitting a Irnerio en un célebre estudio publicado en Berlín en 1894, que llevaba por título: “*Die Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*”. Esta imputación suscitó una viva controversia en toda Europa que “asumió las proporciones de la célebre cuestión homérica e inspiró una vasta literatura sobre el tema”.<sup>(4)</sup>

Otro notable maestro, cuya evocación fulgura siempre en nuestras clases de Filosofía del Derecho y de Derecho Procesal e Historia General del Derecho, el profesor **HERMANN KANTOROWICZ**, atribuyó las Quaestiones a Placentinus, notable sumista, fundándose en una serie de testimonios sobre la interpretación y el estilo de esa otra gran obra de Placentino intitulada *Libellus de actionum varietatibus*: “*Le style c’est l’homme’, and the style of the Quaestiones is that of Placentinus. We have already considered the similarity of the references in the Quaestiones to those in the earliest works of Placentinus; but there are other and more important points. The author speaks through the mouth of a supernatural iuris interpres who obviously stands for jurisprudentia; and Placentinus introduces Jurisprudentia as speaking not only in his Libellus but also in his poetical Sermo de Legibus*” (To be edited for the first time in the *Journal of the Warburg Institute*, II, 1938: “The Poetic Sermo of a Medieval Jurist (Placentinus)”).<sup>(5)</sup>

“Quienquiera haya sido el autor de las Quaestiones, dice **GINEVRA ZANETTI**, la obra es un notable producto de la literatura jurídica italiana surgida como una bellísima flor en una primavera todavía incipiente, un presagio de estaciones más espléndidas”.<sup>(6)</sup>

“El autor, culto en los estudios clásicos y dotado de un vivaz talento artístico es, también, un filósofo de concepciones geniales. Pero, sobre todo, es un jurista de primer nivel y un notable espíritu de gran educador, cuya mente está iluminada de altos ideales”. “El autor tiene la idea genial de recoger los pasos aparentemente antinómicos de las leyes justinianas para intentar la conciliación, componiendo así un trabajo paralelo a la literatura bizantina, lo que constituye un reencuentro con la literatura romanística de Occidente”. “Sobre todo él pone en evidencia la unidad lógica y la armonía de todo el *Corpus iuris*. Poniendo las Quaestiones ante un auditor y las soluciones ante un intérprete, actúa en vivaz forma de diálogo, con gran sentido del arte, no inferior a su gran instinto jurídico”. “La personalidad del autor se revela notable en el bellísimo Prólogo que se inicia con una alegoría de la Justicia inspirada por Ulpiano en el *Exordio del Digesto*”.<sup>(7)</sup>

Pero ha sido el maestro **FRANCESCO CALASSO**, en su notable obra *Medio Evo del Diritto*, quien ha sintetizado el aporte de las *Quaestiones de iuris Subtilitatibus* haciéndonos ver que dicho aporte se contrae al axioma o principio de la *reductio ad unum* que informa el sistema jurídico, teológico y filosófico del pensamiento medieval y que se enuncia como el *unum ius del unum imperium*<sup>(8)</sup>.

<sup>(3)</sup>.- *Ibid.*, ob. y loc. cit.

<sup>(4)</sup>.- **HERMANN KANTOROWICZ**: “The Quaestiones de iuris subtilitatibus, a work of Placentinus?” en el volumen *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the twelfth century*, edited and explained by Hermann Kantorowicz with the collaboration of William Warwick Buckland, p. 100. Reimpreso por Scientia Verlag Aalen, 1990.

<sup>(5)</sup>.- **GINEVRA ZANETTI**: “Quaestiones de iuris subtilitatibus” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, p. 693. U.T.E.T., Turín, 1962.

<sup>(6)</sup>.- **GINEVRA ZANETTI**, ob. cit., p. 693.

<sup>(8)</sup>.- **FRANCESCO CALASSO**: *Medio Evo del Diritto*, p. 326, 327, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961.

“*Unum ius* como contrapuesto al complejo de los *iura propria* de cada pueblo y que representa el *ius commune*, es decir, aquella unidad según el principio profundizado en la filosofía tomista como *Omnis multitudo derivatur ab uno*”<sup>(9)</sup> y que en el Derecho Medieval recibe la expresión clásica de “Derecho común”, que es todo un “concepto dogmático”, “una categoría lógica y abstracta” “y que designa, en el sistema, un determinado complejo de normas”.<sup>(10)</sup>

“Precisar el concepto de Derecho común, ha dicho el maestro Calasso en otro de sus libros, no importa únicamente una definición de orden lógico, sino un fenómeno grandioso que está al centro de la historia jurídica de Europa”.<sup>(11)</sup>

El profesor **GIUSEPPE ERMINI**, rector y gran maestro de la Universidad de Perugia, ha dicho que el “*Unum ius del unum imperium* debe entenderse en el sentido de que el Derecho Romano era la *lex omnium generalis* de validez universal frente a los derechos locales, en tanto que el *unum imperium* significaba que Roma era, como decían las *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, la *rerum summa, mundi principatus, singulare in omnes gentes imperium*, porque en Roma reside, no hay duda, la autoridad y la potestad de emanar *legitima et spiritualis praecepta*”<sup>(12)</sup> y en un estudio notable decía el ilustre profesor de Perugia: “la idea de la *reductio ad unum* que anima al imperio en el esfuerzo de reunir bajo una única y alta dirección política los numerosos fragmentos de la época feudal y el Papado está íntimamente ligado con el resurgir del derecho imperial romano como derecho vivo y por todo el imperio común al constituirse un Derecho Canónico único en todo el orbe católico igualmente común; tal es el concepto de un *ius commune*”.<sup>(13)</sup> Y en otro magistral estudio, el ilustre profesor y rector de Perugia nos ha sintetizado el tema: “La expresión *ius commune*, en el largo período histórico que corre entre el siglo XIII y la Codificación del Ochocientos se puede denominar la época del Derecho común”.<sup>(14)</sup>

Pues bien, a esta época pertenece también la lucha entre los güelfos y los gibelinos, o sea entre los que seguían al Papa y los que seguían al Rey, enfrentamiento este que embargó a todo Occidente entre los siglos XII, XIII y XIV. Los güelfos se encontraban de la parte del Papado y los gibelinos, siguiendo al Emperador, negaban por principio los poderes del Papa en cuestiones temporales. Estas cuestiones inquietaban por igual a juristas y a teólogos. La tesis de los güelfos era la de que el Señor había transmitido al apóstol Pedro el dominio sobre toda la Iglesia y sobre todo el mundo. La tesis de los gibelinos, sustentada por los juristas imperiales, sostenía que todo poder temporal viene de Dios y reside en el Emperador. Por tanto, la autoridad del Papa procede del Rey y depende de él para su ejercicio.

<sup>(9)</sup>.- FRANCESCO CALASSO: Medio Evo del Diritto, p. 77.

<sup>(10)</sup>.- FRANCESCO CALASSO: Medio Evo del Diritto, p. 77.

<sup>(11)</sup>.- FRANCESCO CALASSO: “Il Concetto di Diritto Comune”, en Introduzione al Diritto Comune, p. 39 y sigs., Milán, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1931.

<sup>(12)</sup>.- GIUSEPPE ERMINI: Corso di Diritto Comune, Capítulo I: “L’ unum ius del unum Imperium”, p. 18, Milán, Dott. A. Giuffrè, editore, 1932.

<sup>(13)</sup>.- GIUSEPPE ERMINI: “Ius Commune e utrumque ius”, en Scritti di Diritto comune, p. 3 y 4, Padua, C.E.D.A.M., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938.

<sup>(14)</sup>.- GIUSEPPE ERMINI: “Diritto Comune” en sus Scritti di Diritto comune, cit., p. 17.

Si bien las *Quaestiones* tienen históricamente un origen que se remonta a la retórica preirneriana y, concretamente, a las *Quaestiones de Iuris Subtilitatibus*, quien quiera haya sido su anónimo o discutido autor, la Historiografía considera que Bulgaro fue el iniciador de las *Quaestiones disputatae*, como lo sostiene Bruno Paradisi en la p. 320 de su *Storia del Diritto italiano* y Hermann Kantorowicz en la p. 81 de sus *Studies in the Glossators*, en donde sostiene que Bulgarus fue el iniciador de esta metodología con el nombre de *Stemma Bulgaricum*, una colección de *Quaestiones Disputatae*.

Fueron famosas las *dissensiones dominorum* entre Bulgaro y Martino en torno a la equidad.

Las disputas entre Bulgaro y Martino estaban inspiradas en esta polaridad, como nos lo recuerdan Kantorowicz en el capítulo IV, p. 86 y ss. de su célebre obra que citamos y Bruno Paradisi en el capítulo VIII, titulado “Il problema dell’equità nella dottrina bolognese e l’opera di Martino” (p. 339-384).

---



# CAPÍTULO LXXX

The background of the page features a large, faint watermark of the seal of the University of Bologna. The seal is circular and contains the Latin text "MATER STUDII UNIVERSITATIS BOLOGNENSIS" around the top and "A. D. 1088" at the bottom. The central part of the seal depicts a coat of arms with a crown on top, flanked by two figures, and a central figure seated on a throne.

**LOS GRANDES MAESTROS DE LA  
ESCUELA DE BOLONIA**





## CAPÍTULO LXXX

# LOS GRANDES MAESTROS DE LA ESCUELA DE BOLONIA

### I.- LOS QUATTUOR DOCTORES

Bulgaro, Martín, Ugo y Jacobo, llamados alegóricamente *lilia iuris*, fueron los cuatro grandes discípulos de Irnerio, con quienes las luces provenientes del gran maestro iluminado llegaron a su gran esplendor.

1.- **BULGARO** era de oro o como el oro, “*Bulgarus os aureum*”, según aquella frase legendaria atribuida a Irnerio en su tránsito a la muerte; y esta circunstancia lo sindicaba como el más antiguo y, acaso como el más viejo de los cuatro doctores. En mi opinión, fue el más brillante entre todos los discípulos del maestro legendario. Fundamento esta tesis en el *dictum* de Savigny, para quien “como hombre docto y como profesor, Bulgaro gozó siempre de la más grande autoridad y su gloria superó incluso a la de los otros tres doctores; y se le dió el sobrenombre de ‘boca de oro’ (*Boccadoro*), según la usanza en el común modo de llamarlo, reconociéndolo como el ‘San Juan Crisóstomo’ de la Jurisprudencia”.<sup>(1)</sup>

Bulgaro habría nacido probablemente poco después del año 1100 y murió en enero del año 1166. De aquí resulta que su actividad docente en la Escuela de Bolonia se habría desarrollado entre el 1115 y el 1165. Tal es la opinión del profesor BRUNO PARADISI<sup>(2)</sup> para quien Bulgaro fue autor no solamente de un gran número de glosas sino que fue el primer compilador de un *apparatus glossarum* escrito sobre el título “*de regulis iuris*” del *Digesto*. Dice al respecto Kantorowicz en la p. 69 de sus *Studies in the Glossators of the Roman Law*, que “Hasta en este campo sobrepasó a Irnerius al escribir el primer *apparatus glossarum* que contiene una serie de glosas sobre el concepto del Derecho. El *apparatus* de Bulgaro fue escrito al margen del último título del *Digesto* ‘*de regulis iuris*’ y ha sido siempre reconocido como uno de los productos más finos de la Escuela de Bolonia”.

Pero el aporte fundamental de Bulgaro fue el género de las *Summas*, antecedente del *Tractatus*, una forma autónoma y ágil de composición.

A Bulgaro se le atribuyen cuatro grandes *Summulae*: la *Summula de iudiciis*, más correctamente llamada *De ordine iudiciorum*, que fue una obra de Introducción al Derecho Procesal y al Derecho Romano en general, con la cual inició su profesorado en Bolonia en torno al año 1115; la *Summula de Stipulationibus*, la *Summula de Dolo* y la *Summula de iuris et Facti Ignorantia*. Estas tres últimas *Summulas* fueron descubiertas por Kantorowicz en el famoso *Manuscrito de Londres* del que nos da cuenta en su áureo libro, por nosotros tantas veces citado, publicado en 1938 y reeditado en 1969.

<sup>(1)</sup>- SAVIGNY, a su vez, cita a Placentino, a Azón, a Hugolino y a Odofredo, para fundamentar el sobrenombre de “Boccadoro”. Cfr.: *Storia del Diritto Romano*, vol. II, p. 44, cita de pie de página (b); traducción italiana de Bollati, Roma, 1972.

<sup>(2)</sup>- BRUNO PARADISI: *Storia del Diritto Italiano*, p. 77, in fine, Liguori editore, Nápoles, 1967.

Dice al respecto Kantorowicz en la p. 70 de sus *Studies in the Glossators of the Roman Law*, que “El escrito contenido a fojas 51-53 de nuestro *Manuscrito de Londres*, es generalmente citado como el *Tractatus de Iudiciis*. Este título cubre solamente una pequeña porción de la primera parte de un sistema cuidadosamente balanceado. La obra de Bulgarus constituye, de hecho, uno de los llamados *ordines iudiciorum* o manuales sistemáticos de una Teoría General del Proceso en el Derecho Romano-Canónico en el que se trata del Juez, de los árbitros, de los abogados, del actor, del demandado o reo, del testimonio, de la acusación, de la sentencia y de la apelación. La obra constituye una introducción a los secretos del procedimiento y a sus principios con arreglo al Derecho Romano. Esta obra está contenida en el *Manuscrito de Londres*. El texto original en el cual se basa la primigenia edición ha desaparecido y fue utilizada por Wunderlich en el *Manuscrito de París* editada por Wahrmund en 1905 con la adición del primer *Manuscrito del Vaticano*. Esta es la más antigua evidencia de una conexión científica planteada por los Glosadores entre el Derecho Civil y el Derecho Procesal (la Curia)”.<sup>(3)</sup>

“Este tipo de literatura medieval es digna de remarcar tanto en la teoría como en la práctica. Teóricamente, porque, no hay otra cuestión tan importante en todo el *Corpus iuris civilis* que haya sido suficientemente desarrollada e iluminada por los mismos romanos, quienes no habían distinguido suficientemente el Derecho Sustancial del Procesal. Si es que alguna vez los romanos escribieron monografías sobre el procedimiento, como una teoría general, estas, ciertamente, no han llegado, ni a nosotros, ni a los glosadores. La única excepción que puede ser mencionada son algunos escritos sobre la *cognitio* de Callistratus... y el cuarto libro de las *Institutas* de Gaius lo que, empero, no fue recepcionado en el *Digesto*. Así que los Glosadores trabajaron sin el modelo usual. Bulgarus fue el primero en ver y satisfacer esta necesidad y su obra tuvo el éxito que se merecía. Pero la importancia práctica fue grandiosa: ninguna parte del Derecho Romano fue tan superior a las instituciones medievales como el procedimiento civil en su racionalizada etapa final justiniana, y ninguna brindó tanta ayuda al trabajo diario de las cortes laicas y eclesiásticas”.<sup>(4)</sup>

“No hay duda de que el número de los *ordines iudiciorum* era ya extraordinariamente grande a principios de esta época del renacimiento jurídico. Estaban bastante lejos de la práctica, pero la práctica se adaptó a la teoría en el curso del siglo XII. Quizá es por esto que ellas atrajeron la atención de los estudiantes modernos. No menos de doce de los *ordines iudiciorum* del siglo XII han sido editados críticamente (algunos de ellos en repetidas ocasiones): aparte de la de Bulgarus, la de Johannes (ed. Palmieri); la de Otto Papiensis (ed. bajo el nombre de Johannes, de nuevo por Palmieri); Guillelmus de Longo Campo (ed. Caillemer); la de Bencivenne (ed. bajo el nombre de Pillius, por Bergmann y Wahrmund); la de Ricardus Anglicus (ed. Witte y Wahrmund); la de Eilbertus Bremensis (ed. Wahrmund); más aún, los *tractatus* anónimos, como el *Ulpianus* de edendo (ed. Haenel, entre otros); *la Rhetorica eclesiástica* (ed. Wahrmund); *In principio de ordine judiciario* (ed. Kunstmann); el *Tractaturi de iudiciis* (ed. Gross); *Quia iudiciorum* (ed. Schulte). Pero si trataban de Derecho Romano o de Derecho Romano-Canónico, por ser de origen italiano, anglo-normando o alemán, todas estas obras se inspiraban en la más antigua de entre todas ellas por su sistema, doctrina y concepción”.<sup>(5)</sup>

<sup>(3)</sup>- KANTOROWICZ: *Studies in the Glossators of the Roman Law*, p. 70, reimpresión de la edición de Cambridge, Londres, 1966, por Scientia Verlag Aalen, 1966. Con adiciones y correcciones por Peter Weimar.

<sup>(4)</sup>- *Ibid.*, p. 71.

<sup>(5)</sup>- *Ibid.*, p. 71.



Kantorowicz alude así a la obra maestra de Bulgaro que sirvió de punto de partida a todos los tratados posteriores referidos al ordenamiento judicial. Vale la pena dejar constancia de que muchas de estas obras las citaré oportuna y ordenadamente después de citar el género de las *Summas* y especialmente al referirme a la literatura procesal romano-canónica posterior al *Speculum Iudiciale* de Guillermo Durantiis, el gran procesalista del siglo XIII (1236-1296).

**“La Materia Codicis de Bulgarus.”** Dice al respecto Kantorowicz en la p. 42 de sus *Studies in the Glossators of the Roman Law*: “Ninguno de los escritores sobre Bulgarus, el “*os aureum*” de Bolonia, menciona una obra de este tipo. No hay duda de que tenemos una obra desconocida de Bulgarus ante nosotros, que escribió como un joven profesor allá por 1125. No hay razones para dudar de la autenticidad del texto y de su composición. Este texto es fácil de leer pero está viciado por muchos errores del escribano. La composición es perfectamente clara y sistemática. La obra es digna de un eminente pensador”.

Bulgarus creó otro tipo de género literario que nada tenía que ver con la glosa. Eran las *quaestiones disputatae*. Es un decir de Kantorowicz corriente en la página 70 de su obra citada, pero, en mi opinión, este género ya tenía su inspiración en el más vasto género propio de la escolástica, como veremos más adelante. Pero, según Kantorowicz, cuando alude en la p. 81 a los *Stemma Bulgaricum*, una colección de *quaestiones disputatae*, nos dice que “El Manuscrito de Londres contiene otra obra desconocida que nos permite apreciar a Bulgaro como el creador de una nueva especie de literatura jurídica: los *Stemma Bulgaricum*, una colección de *quaestiones disputatae*. Las *quaestiones disputatae* eran reportes de disputas entre los alumnos de los Cuatro Doctores. Dos de ellos, jugaban el rol de ‘actor’ y ‘reus’ respectivamente, litigaban en un proceso judicial ficticio sobre un problema de Derecho ante el maestro, quien presidía sobre la disputa y decidía sobre las demandas. La estructura de estas cuestiones —el número y orden de los elementos— es muy variada y a veces obscura pero también explicable, si es que entendemos el proceso de formación. El maestro formulaba el *casus* y el problema o *quaestio* y ambos se daban a conocer a los estudiantes algunos días antes de que se llevara a cabo la disputa (generalmente una vez a la semana). El ‘reportador’, un discípulo autorizado, copiaba el caso y el problema en un pedazo de pergamino y tomaba mas o menos apuntes correctos, mientras que la disputa (*argumenta*) por sus compañeros, y la solución (*determinatio, definitio*) iba por la cuenta del maestro. Él anotó las referencias a las fuentes, de las que la *argumenta* de ‘actor’ y ‘reus’ consistían principalmente (*allegationes*) en los dos márgenes laterales del *casus* y dibujó la solución, a veces incorrectamente, en unas pocas palabras en la parte de abajo, generalmente, pero no siempre, mencionando el nombre del maestro en tercera persona. Luego él editaba estas notas en borrador más o menos completa y elaboradamente, agregando a veces un *titulus* (por ejemplo ‘*alia quaestio*’) y un exordio (refiriéndose por ejemplo a la escuela de Bulgarus) al comienzo, y remarcas suplementarias o críticas suyas luego de la solución, las cuales pueden ser reconocidas por el uso de la primera persona (por ejemplo ‘*mihi videtur*’). Estas anotaciones —*quaestiones reportatae*, como propongo llamarlas— fueron luego compiladas por el mismo reportero, o por otros, en colecciones de las cuales muchas han llegado a nuestras manos. Se le recuerda al lector que nosotros estamos hablando solo de las más antiguas colecciones de *quaestiones disputatae*, ya que fueron compiladas en los tiempos de los Cuatro Doctores. El artículo mencionado arriba describe cómo este tipo fue gradualmente desplazado por las colecciones del tipo de Pillius, Roffredus y Hugolinus, las cuales ya no eran más *quaestiones reportatae*, sino *redactatae*.



“La gran mayoría de las cuestiones en las colecciones más antiguas eran decididas por el mismo Bulgarus. Él, no Irnerius, quien nunca escribió nada por el estilo, fue el creador de la *quaestio disputata*. Del Derecho Romano este importantísimo tipo de instrucción universitaria y literatura fueron transferidos al Derecho Civil y Procesal, al Derecho Canónico y a la Teología, no viceversa; el *sic et nom* de Abelardo en particular no contribuyó en nada a las cuestiones legales. Los verdaderos modelos de Bulgarus en método y terminología eran las clásicas *quaestiones*, *disputationes* y la *responsa* en el *Digesto*, y ciertas constituciones de Justiniano”.<sup>(6)</sup>

“El grupo Bulgarus, como propongo llamar a las primeras colecciones de *quaestiones disputatae* —dice Kantorowicz—, nos ha llegado en tres colecciones diferentes: Entre ellas, la *Collectio Parisiensis* (P) con 162 *quaestiones* se encuentra conservada en el Manuscrito de París: Bibl. Nat. Lat. 4603 y la *Collectio Gratiapolitana* (G), con 132 *quaestiones* está en Grenoble 391, 2 (antes 626). Muchas de las *quaestiones* son total o parcialmente idénticas. Aparte de Bulgarus, los otros tres Doctores están citados, así como también algunos de los más recientes Glosadores. La *Collectio Gratiapolitana* de Grenoble parece haber sido compilada aproximadamente en 1170, en tanto que la *Collectio Parisiensis* habría sido compilada unos años antes. La primera edición completa (pero llena de errores) de ambas compilaciones fue la hecha por G. B. Palmieri en 1914 en la segunda edición del primer volumen de la *Biblioteca iuridica medii aevi* de Gaudenzi, bajo el título de *Quaestiones dominorum Bononiensium*”.

“La colección más antigua, es la *Stemma Bulgaricum* con sesenta y siete *quaestiones* que corren en tres manuscritos y, de hecho, es en nuestro *Manuscrito de Londres* donde está mejor contenida, en fojas 89 a 103, con una sobreinscripción de la misma mano, *bis Stemma Bulgaricum*”.<sup>(7)</sup>

Pero, además, Bulgaro inventó un nuevo género literario: el *apparatus glossarum*, que era una serie completa de glosas explicativas sobre cada fragmento de un título. Esto lo explicó muy bien el profesor PETER STEIN, de la Universidad de Aberdeen, en el Congreso Internacional de Estudios Accursianos celebrado en Bolonia del 21 al 26 de octubre de 1963. En dicho evento, el profesor Peter Stein disertó sobre el tema “The formation of the gloss *De regulis iuris* and the glossators concept of *regula*”, en donde sostuvo lo siguiente: “antes de producir su *apparatus de regulis iuris*, Bulgaro hizo un estudio piloto sobre alguno de los títulos en textos pioneros que lideraban un trabajo a propuesta de su amigo el Cardenal Aimericus, Canciller del Vaticano. El trabajo se llamaba *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico and as Introductiones Bulgari*, dividido en dos partes: la primera que al parecer tenía una existencia independiente fue editado por Wunderlich en 1841, y forma parte del *Ordo Iudiciorum*, en el cual se plantea el procedimiento de las acciones legales. Este trabajo fue reeditado con la segunda parte por Wahmund en 1925 y está documentado en el manuscrito Vaticano 8100”.<sup>(8)</sup>

<sup>(6)</sup>. KANTOROWICZ, ob., cit., p. 40.

<sup>(7)</sup>. KANTOROWICZ, ob., y loc., cit.

<sup>(8)</sup>. PETER STEIN: “The formation of the gloss *De regulis iuri* and the glossators concept of *regula*”, en *Atti del Convegno Internazionale di studi accursiani*, Bolonia 21-26 ottobre de 1963, vol. II, p. 700, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1964.

## 2.- MARTINO

De apellido Gosia, perteneció a la noble familia de los Gosi en Bolonia, donde nació aproximadamente en el año 1100. Fue, pues, un contemporáneo de Bulgarus, aunque habría nacido poco después y muerto antes que este, en el año 1166, o, acaso antes, según las referencias que nos da Savigny,<sup>(1)</sup> para quien “de las obras de Martino, finalmente, no se conocen sino las glosas, las que se encuentran esparcidas en torno a los siguientes *libri legales*: 1).- *Digestum vetus* (glosas en los manuscritos de París, Bamberg y el Vaticano); 2).- *Infortiatum*, (glosas en los manuscritos de París y Bamberg); 3).- *Digestum Novum* (glosas en los manuscritos de París, Metz y Bamberg); 4).- *Código* (glosas en los manuscritos de París, uno en la antigua biblioteca de Notre Dame, otro en Viena, otro en Munich y tres manuscritos en Bamberg); 5).- *Volumen Parvum* (glosas a las Novelas en los manuscritos de París, Viena y Munich; glosas a los Tres Libri en el manuscrito de París; glosas a las *Instituciones* en los manuscritos de París, Viena y Munich); 6).- *Instituciones* (glosas en los manuscritos de París, Viena y Munich).

De la vida y el pensamiento de Martinus Gosia nos dan cuenta dos documentos que lo retratan como un *causidicus* (juez) en la Corte de Bolonia y en las Crónicas de Otto Morena en las que se da cuenta de él como un asesor de Federico Barbarroja en la dieta de Roncaglia de 1158. Por otro lado, dice Kantorowicz que Ugo y Jacobus, los otros dos de los Cuatro Doctores, son siempre mencionados luego de Martinus, de lo que se infiere que ellos estaban, con respecto a él, en una relación de subordinación.<sup>(2)</sup>

Entre los discípulos de Martino hay que dar cuenta de **PIACENTINO**, nacido en Piacenza, profesor en Bolonia y luego en Montpellier, donde murió en el año 1192, autor de un libro notable titulado *De varietate Actionum*. Giuseppe Salvioli nos dice en su *Storia della procedura civile e criminale* que “esta era una obra notable, con caracteres más doctrinales que prácticos en la que se consagraba la libre convicción del juez”<sup>(3)</sup> Atendiendo a este espíritu y a este estilo es que Kantorowicz atribuyó las *Quaestiones de iuris subtilitatibus* a Piacentino fundándose en la identidad o similitud estilística de las “*Quaestiones*” con las obras de Piacentino. “Le style cést l’homme”, and the style of the *Quaestiones* is that of Placentinus”.<sup>(4)</sup>

Martino fue también autor de una *Summa* al Código y a las *Instituciones*. Fue autor también de glosas, aunque no muchas, a los *Libri Legales*.

Con respecto al pensamiento de Martino puede ser brevemente simbolizado como “el campeón de la equidad”, pero en otros casos fue estrictamente fiel a la letra de la ley.<sup>(5)</sup> Fueron célebres las disputas entre Martino y Bulgaro en la interpretación del *Corpus iuris*. Para los discípulos de Martino, llamados los “Gossiani”, la *ratio legis* se identificaba siempre con la equidad, como algo inherente a toda solución jurídica. La *equitas martiniana* es lo definitorio en el pensamiento de este ilustre glosador.

<sup>(1)</sup>.- SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, p. 70, Prima versione del Tedesco, corredata di note e giuole inedite, dall’avvocato, Emmanuele Boilat, Vol. II, Multigráfica editrice, Roma, 1901.

<sup>(2)</sup>.- KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators...*, p. 60.

<sup>(3)</sup>.- GIUSEPPE SALVIOLI: *Storia della procedura civile e criminale*, p. 100, nota 1, Ulrico Hoepli editore, Milán, 1902.

<sup>(4)</sup>.- HERMANN KANTOROWICZ: “The *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a work of Placentinus?” en el volumen *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the twelfth century*, edited and explained by Hermann Kantorowicz with the collaboration of William Warwick Buckland, p. 100. Reimpreso por Scientia Verlag Aalen, 1966.

<sup>(5)</sup>.- Cfr. BRUNO PARADISI: *Storia del Diritto italiano*, p. 100, Casa Editrice Liguori, Nápoles, 1961



Kantorowicz nos dice que “La impresión que nos dan los escritos de Martinus confirma lo que siempre se ha dicho de él: él es el campeón de la equidad y como tal se opone a Bulgarus, el alto sacerdote del *ius strictum*”.<sup>(6)</sup>

La tradición hace de Martino el campeón de la equidad (la *equitas martiniana*), en tanto que Bulgaro era el campeón del *ius strictum*.

De allí que los discípulos de Martino, llamados los “Gossiani”, fueron los interpretes de la *ratio legis* y del argumento de *lege ferenda*.

### 3.- UGO

El elogio del maestro Imerio a su discípulo Ugo fue muy alto y elocuente: “*mens legum est Ugo*” y, con ello, lo definió magistralmente.

De su vida poco se sabe y, de su muerte, que habría fallecido entre los años 1166 a 1171. Ugo era más antiguo que Jacobo y más joven que Martino y habría nacido a comienzos de la centuria, habiendo sido discípulo no solo de Imerio, sino también de Bulgaro y Martino. Por ello dice Kantorowicz que es un error considerar que los Cuatro Doctores habrían sido de calidades homogéneas: Ugo y Jacobo habrían sido los epígonos y, acaso, discípulos de Imerio y del mismo Bulgaro. Por ello es que Kantorowicz, en el capítulo quinto de su brillante libro de estudios sobre los glosadores, lo describe como “una figura elusiva”: “la figura de Ugo parece reflejar a un fantasma a medida que nos vamos acercando a él”.<sup>(1)</sup> Savigny, en su clásica *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, nos dice que Ugo dejó escritas las siguientes obras: 1.- Glosas; 2.- Distinciones; 3.- una *Summula de Pugna* y 4.- una *Summula de Petitio Hereditatis*.

Las Glosas de Ugo son aclaratorias del *Digestum Vetus*, del *Digestum Novum*, del Código y del *Volumen Parvum*: a).- glosas a las *Novelas* y b).- glosas a las *Instituciones*.

Las *Distinciones* de Ugo están documentadas en una antiquísima colección: el manuscrito de Bamberg, que comprende 7 folios que comienzan con el título “*Incipiunt distinctiones Alberici*” y que, según Savigny, obedecen al hecho de que fueron refundidas por Alberico en una nueva obra en la que casi se repitieron, palabra por palabra, la mayor parte de las *Distinciones* de Ugo.<sup>(2)</sup>

La *Summula de Pugna* es una opereta de Ugo que trata del duelo judicial y del juramento de purgación como medio de prueba en el Derecho Longobardo. La *Summula de Pugna* está reproducida en Savigny (ob. cit., vol. III, p. 412-415). En la *Summula de Pugna* se deja establecido que, según la Escuela Palatina y, concretamente, en la Lombarda,<sup>(3)</sup> el juramento debía preceder al duelo y cita el caso de una acción de injuria en la que el único medio de prueba era el duelo. Es el caso del mantuano y de la familia Aliprandi, descendiente de Mantua, en cuya *Crónica*, editada por Muratori, se dice que la *Summula de Pugna* fue escrita por el *dómine* Ugo de Porta Ravennata, profesor de Derecho Civil.

<sup>(6)</sup>- KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators...*, p. 87.

<sup>(1)</sup>- KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators...*, p. 87.

<sup>(2)</sup>- SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, vol. II, p. 20.

<sup>(3)</sup>- Sobre la Escuela Palatina y la Lombarda véase supra, p. 8, de éste mismo volumen.

La afinidad de Ugo hacia el tema tratado en su *Summula de Pugna* obedece al hecho de que su propia familia era de origen lombardo, como gran parte de los ciudadanos de Bolonia.

#### 4.- JACOBUS.

Según la leyenda Irneriana recogida por Otto de Morena, el maestro Irnerio, reclinado en su lecho y próximo a morir, consideró a Jacobus como igual a él: “*Jacobus est quod ego*” y, con ello, lo habría designado, implícitamente, como su sucesor en la Escuela de Bolonia.

Esto es justamente lo que ha hecho dudar de la veracidad de esta leyenda, habida cuenta de los méritos de los tres Doctores sobre Jacobus y, sobre todo, de la calidad y cantidad de su producción bibliográfica.

Jacobus nació en Bolonia, tuvo por sobrenombre “*de porta Ravennate*” y después de haber enseñado Derecho Romano en la Escuela de Bolonia, murió el 11 de octubre de 1178.

Según Savigny, de Jacobo se conocen solamente algunas glosas esparcidas en los siguientes manuscritos: 1.- *Digestum Vetus* (en el manuscrito de París); 2.- *Digestum Novum* (en el manuscrito de Bamberg); 3.- *Código* (en los manuscritos de París, Viena y Munich); 4.- *Novelas* (en los manuscritos de París y Munich).<sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup>. SAVIGNY, ob., cit., p. 69.<sup>26</sup>.





# CAPÍTULO LXXXI



LOS DISCÍPULOS DE LOS  
“CUATRO DOCTORES”



## CAPÍTULO LXXXI

### LOS DISCÍPULOS DE LOS “CUATRO DOCTORES”

#### 1.- PIACENTINO

Entre los discípulos de Martino hay que dar cuenta de Piacentino, nacido en Piacenza, profesor en Bolonia y, luego, en Montpellier donde murió en el año 1192, autor de un libro notable intitulado, *De varietate Actionum*. Giuseppe Salvioli nos dice, en su *Storia della procedura civile e criminale*, que “esta era una obra notable, con caracteres más doctrinales que prácticos en la que se consagraba la libre convicción del juez”.<sup>(1)</sup>

Atendiendo a este espíritu y a este estilo es que Kantorowicz atribuyó las “*Quaestiones de iuris subtilitatibus*” a Piacentino <sup>(2)</sup>, como ya lo hemos establecido precedentemente.

#### 2.- ALBERICO.

Alberico de Porta Ravennate nació en Bolonia, pero su vida es como una de esas fantasmagorías que se pierden en la noche del misterio. Solo sabemos que murió en el año 1194. El epíteto de “*Porta Ravennate*” también acompaña a los dos maestros que lo formaron: Ugo y Iacopo. En las glosas aparece su nombre como *Albericus*, o, sencillamente, como *Al.* o como *A.*, o *Alb.*

De Alberico nos da noticias Odofredo, quien lo sitúa como un contemporáneo de Giovanni Bassiano, y su importancia radica en que se hizo famoso por sus numerosas glosas y sus distinciones, que lo sitúan tras su maestro Ugo de Porta Ravennate. Acaso su obra más notable fue la “*Summula de Testibus*”, descubierta a comienzos del siglo XX por Seckel y publicada por Genzmer. La *Summula de Testibus* es una obra digna de estudiarse y, por ello, Alberico ocupa un lugar señalado entre los procesalistas de la Escuela de Bolonia.

#### 3.- JOHANNES o GIOVANNI BASSIANO

Discípulo de Bulgaro y también de Martino, nació en Cremona; de allí que era llamado el “*Cremonensis*”. No hay certidumbre sobre la fecha de su nacimiento ni la de su muerte, como sucede con la mayoría de estos grandes maestros de la Escuela de Bolonia. Savigny, fundándose en un epitafio en verso que se lee en la Catedral de Bolonia, fija el año de 1197 como el de la muerte de Bassiano.<sup>(3)</sup> Sabemos, sin embargo, que fue el sucesor de Bulgaro y que tuvo

(1).- GIUSEPPE SALVIOLI: *Storia della procedura civile e criminale*, p. 109, nota 1, Ulrico Hoepli editore, Milán, 1907.

(2).- HERMANN KANTOROWICZ: “The *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a work of Placentinus?” en el volumen *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered writings of the twelfth century*, edited and explained by Hermann Kantorowicz with the collaboration of William Warwick Buckland, p. 200. Reimpreso por Scientia Verlag Aalen, 1960.

(3).- SAVIGNY, ob. cit., p. 103, vol. II, cita de pie de página (h).



brillantes discípulos, entre los que hay que mencionar a Azón y a Carlo di Tocco. Fue un notable maestro de Derecho Civil y de Derecho Canónico, pero sus obras y su estilo revelan un temperamento procesal, de manera que hay que citarlo entre los grandes procesalistas de la Escuela de Bolonia. Dice Savigny que “como profesor y como escritor, Bassiano gozaba de una gran autoridad. Sus opiniones fueron en su mayoría adoptadas por Azón y por Accursio, quienes fueron sus divulgadores. Fue célebre no solo por su elevado ingenio, sino también por su pericia en la argumentación, que era superior a Azón. Como característica de sus escritos hay que decir que él trató de constreñir sus pensamientos en pocas palabras”.<sup>(4)</sup>

Sus obras están constituidas por: a) glosas al *Digesto*, al *Código*, al *Volumen Parvum*, esto es, a las *Novelas* y a las *Instituciones*; b) una *Summa* a las *Auténticas*; c) un *Arbor Actionum*, que es una obra maestra de índole procesal clasificatoria de las acciones; d) la *Summa Quicumque vult*, palabras con las que empieza un breve trabajo de Bassiano, reproducido por Savigny en el volumen III, p. 439-441 de su *Storia*. Esta *Summa* formaba parte de una obra más vasta escrita para contradecir una opinión de Piacentino sobre el *libelo*. Algunos han creído que este trabajo habría constituido una *Summa* a las *Pandectas*; pero Savigny sostiene que la *Quicumque vult* constituyó una obra autónoma para sustentar una opinión contraria a Piacentino y no para comentar las *Pandectas*. Niega también Savigny que Bassiano haya escrito alguna *Summa* a las *Pandectas*. Se imputa también a Bassiano la autoría de una *Summa Codicis* y de una *Summa Institutionum*.

Era, pues, un procesalista Giovanni Bassiano y su tratado analiza las fases del juicio. Ahora bien, el estilo de la *Summa de Ordine Iudiciorum* y el de la *Summa Quicumque vult* armonizan perfectamente y su argumentación discurre a partir de los primeros párrafos del *Código de Justiniano*.

Extracto de esta *Summa* una definición inmortal del juicio según Giovanni Bassiano: “*iudicium vocatur nihil aliud quam actus legitimus trium personarum, sive iudicis auctoris et rei*”: “el juicio no es otra cosa que un conjunto de actos legítimos de tres personas: el juez, el actor y el demandado o reo”.

#### 4.- PONCIO DE YLERDA

Un notable discípulo de Giovanni Bassiano fue Poncio de Ylerda, procesalista como su maestro, originario de Lérida, en Cataluña, cerca de Barcelona, quien escribió en 1213 la *Summa Arboris Actionum*, que tengo a la vista en la edición crítica de Guido Rossi, publicada por Giuffrè Editore (Milán, 1951).

La *Summa* de PONCIO DE YLERDA constituye una profundización de la *Summa arbor actionum* de GIOVANNI BASSIANO y es una versión paralela de la *Summa de libellis et conceptione libellorum et sententiarum* de BERNARDO DORNA, un discípulo de Azón, escrita entre 1213 y 1217, publicada por Ludwig Wahrmund en 1905 y reeditada en 1962 por la Scientia Verlag Aalen.

Es paralela, pues, la *Summa* de Poncio de Ylerda con la *Summa* de Bernardo Dorna, así como también con la *Summa de libellis et ordine iudiciorum* de ROFFREDO, escrita en 1217 por este otro gran procesalista, discípulo también de Bassiano, Piacentino, Azón y Ugolino.

<sup>(4)</sup>- SAVIGNY, ob. cit., p. 153.

Estas obras nos evidencian la presencia de un cúmulo de *Summas* y de una escuela procesalista que llegó a su mayor esplendor en la segunda mitad del siglo XIII con la *Summula sicut iuri operam* o *Prologus ad arborem actionum* del canonista **GIOVANNI DE DEO** y con el *Tractatus super titulo de actionibus* de **DINO DE MUGELLO**.

Como es sabido, las *Institutas* de Gayo comentaron en el libro IV el derecho de las acciones clasificándolas entre acciones *in rem* y acciones *in personam*, acciones *rei persecutoriae*, penales y mixtas y finalmente el género quiritarario de las *legis actiones*, que se remontaban a la época de las XII tablas. La gran dificultad estaba en la cabal concepción de las acciones mixtas, habida cuenta de que, según Gayo, IV, 2: “La *actio in personam* es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir cuando reclamamos que se nos *deba dar, hacer o prestar algo*” (“*Dare, facere, praestare, oportere*”); y según Gayo IV, 3: “La *actio in rem* es aquella por la cual pretenemos que una cosa es nuestra, o que nos compete un derecho cualquiera, como por ejemplo el de *usus*, el de *usufructus*, el de *paso (eundi agendi)*, el de *aquam ducendi*, el de *altius tollendi* o el de *vista (prospiciendi)*. El adversario tiene una acción contraria que es la *actio negatoria*”.

La dificultad radicaba, pues, en la determinación precisa de las acciones mixtas concepto de contornos imprecisos en Gayo IV, 6, 16 y 17 y en las *Institutas* de Justiniano y cuya determinación ontológica sigue aún constituyendo una cacería de sombras a la que no escapó ni aun Poncio de Ylerda en su *Tertia divisio (in fine)*, en la p. 60 de la obra citada, según la edición de Guido Rossi).

Acaso la más grande *Summa Codicis* fue escrita por AZÓN, insigne maestro que escribió la obra más insigne del género sumista y que se conoce con el nombre de la *Summa Aurea*.

## 5.- UGOLINO

Llamado **UGOLINO DEI PRESBITERI**, fue otro de los grandes profesores en el *Studium de Bologna*, quien nació a fines del siglo XII en Bologna y murió allí mismo en 1235.

Fue discípulo de Bassiano y maestro de Roffredo, Odofredo y Jacobo de Ardizzone.

Nos ha dejado sus glosas al *Digestum Vetus*, al *Infortiatum*, al *Digestum Novum*, al *Código* y al volumen: *Tres Libri e Instituciones*; así como *Summas*: 1).- *Summa del Digesto*; 2).- *Summa al Código y Distinciones*.

Las 151 *Distinciones* de Ugolino corren en los manuscritos de París, Bamberg y d Cambridge.

Pero, además, Ugolino, nos dejó sendas *Quaestiones*, *Dissensiones Dominorum* y una *Summa del Ius Feudale*.

Algunas de las *Distinciones* de Ugolino se pueden confrontar en **ENNIO CORTESE**: *La norma giurídica*, vol. II, Apéndice V, p. 417-424 (1964).



## 6.- ROFFREDO

Nació en Benevento; por eso se le llama también Roffredo Beneventano. Su fecha de nacimiento habría sido en 1170, luego estudió en Bolonia hacia el 1190, luego profesó en Bolonia, en Arezzo y en Pistoia. Después de haber estado al servicio del emperador Federico II, pasó a formar parte de la Corte del Papa Gregorio IX, quien lo llamó “clérigo de la cámara nuestra” y en 1243 narró la elección del Papa Inocencio IV, habiendo muerto poco después, cuando tendría 73 ó 74 años.

Las obras de Roffredo son:

- 1.- Glosas, reproducidas en la *Glosa Magna de Accursio*.
- 2.- Prelecciones al Código, en las que estudia los primeros cuatro libros del *Código de Justiniano*.
- 3.- Prelecciones al *Digestum Vetus*.
- 4.- De *Libellis et ordine iudiciorum*. Fue una obra magna que trataba sobre el *ordo iudiciarius* en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico. La parte referente al proceso civil estaba subdividida en ocho partes: 1.- una introducción en la que trataba del proceso y de las acciones pretorias; 2.- los interdictos; 3.- los edictos; 4.- las acciones civiles; 5.- el *officium iudiciis*; 6.- la *bonorum possessionis*; 7.- *Senatus consulta*; 8.- *Constitutiones quibus violentiae puniuntur*.  
  
La parte referente al Derecho Canónico, a su vez, estaba subdividida en doce partes: 1.- la elección y la postulación; 2.- el Derecho Episcopal; 3.- el matrimonio; 4.- la décima; 5.- el patronato; 6.- la expoliación; 7.- los asuntos criminales; 8.- la excomunión; 9.- los jueces y los arbitros; 10.- la apelación; 11.- la ejecución; 12.- la gracia.
- 5.- *Quaestiones Sabbatinae*, llamábanse así en la Escuela de Bolonia las discusiones o cuestiones que se desarrollaban los sábados, según tenían por costumbre los profesores del *Studium*. Las *Quaestiones* de Roffredo son 54, cada una de las cuales empezaba diciendo: *Roffredus Beneventanus iuris civilis professor factor operis*.

## 7.- AZÓN, AZZONE, AZZO o AZZOLINO

Nació en Bolonia hacia la mitad del siglo XII, murió en 1230 y fue uno de los más grandes profesores del *studium*, en el cual enseñó Derecho Civil durante más de 30 años a finales del siglo XII y comienzos del siglo XIII, llevando a la Escuela de los Glosadores al punto más alto de su desarrollo científico. Era tal su prestigio, que de sus libros y doctrinas se enunciaba este célebre brocardo: “*Chi non ha Azzo non vada a Palazzo*”.

La *Summa Aurea* de Azón constituyó durante varios siglos la obra clásica por excelencia, el manual del jurista por antonomasia.

La *Summa* es la exposición sistemática de todo el Derecho Civil siguiendo el orden del *Codex Repetitae Praelectionis*, reducido a los primeros nueve de sus doce libros, en concordancia con las *Instituciones* de Justiniano, porque en el pensamiento de Azón la obra es una sola, aun cuando se pueda distinguir internamente separando la *Summa Codicis* y la *Summa Insti-*

tutionem, que se pueden citar distintamente, aun cuando en el proemio de la primera y en las palabras de conclusión de la segunda el trabajo es presentado como la actuación de un único programa. La *Summa Codicis* habría sido la reelaboración de una obra análoga de Giovanni Bassiano —perdida en su forma original—, cuyo interés radica en las observaciones que contiene y en los planteamientos metodológicos que la caracterizan. Azón advierte que los textos romanos están enmarañados por la cantidad de Glosas que se superponen unas sobre otras, sumergiendo a los textos justinianos en una serie de confusiones y contradicciones que oscurecían al Derecho Romano clásico y justiniano. Azón se dio cuenta de este problema y prometió a sus lectores estudiantes que no encontrarían en sus páginas “nada oscuro, ninguna duda, ninguna contradicción legal”, con lo cual estableció su programa de claridad y luminosidad metodológica. He ahí por qué fue fundamental el estudio y la lectura de la *Summa Aurea* de Azón, que tanta popularidad adquirió en el Foro y en los ambientes académicos de todo el Medioevo.

La *Summa Aurea* de Azón fue escrita entre 1208 y 1210 y estaba ya en circulación en 1211, aun cuando después fue enriquecida con los aportes de **UGOLINO, ODOFREDO** y **GUIDO DE SUZZARA**, y luego traducida al francés y publicada por toda una serie de ediciones italianas.

En la *Summa Aurea* las doctrinas de Azón están planteadas y escritas mediante una serie de brocardos, cuestiones, distinciones, definiciones y problemas que, eventualmente, han sido editados por separado, como los brocarda o brocárdica, como las *Quaestiones* llamadas *Sabbatinae*, llamadas así porque Azón las planteaba los días sábados en sus clases.

La obra es de tal envergadura que contiene un Tratado de los Intereses, una *Summa de la usura*, una *Summa de praescriptionibus*, una *Summa de arbitris*, una *Summa de acquirendae et retinendae possessione*, que constituyen simplemente títulos destacados de la *Summa Codicis* de Azón y no obras independientes entre sí.

La *Summa Aurea* de Azón constituyó el tratado más notable entre todas las *Summas* de la Escuela de Bolonia.

## 8.- TANCREDO

Nació en Bolonia; es por ello que lo denominaban Tancredus “Bononiensis”. Fue profesor de Derecho Canónico en tanto que canónico del duomo de Bolonia y luego fue elegido archidiacono por el Papa Honorio III; fue discípulo de Azón y habría vivido más o menos hasta el año 1234. Su obra fundamental se titula *Ordo iudiciarius*, la misma que constituye un sistema procesal fundado sobre el Derecho Civil y Canónico, dividido en cuatro libros, reseñados por Bergmann y por Wunderlich, según nos da cuenta Savigny en el volumen II, p. 501 de su fundamental *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo* (1972).

Tancredo escribió también una *Summa* de Matrimonio, un *apparato* a las antiguas colecciones de las decretales; un catálogo sobre las provinciales, una *Summa aurea* sobre el procedimiento y una *Summa compendiosa* de carácter procesal; aunque, según Savigny, estas dos últimas obras le han sido falsamente atribuidas.<sup>(5)</sup>

(5).- SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano...*, p. 384-388



## 9.- BERNARDO DORNA.-

Fue un discípulo de Azón quien, a su vez, lo llamaba *magister Bernardus, socius et amicus noster*. También fue discípulo de Ugolino. Siguiendo a Savigny, decimos que es imposible precisar la fecha de su nacimiento y de su muerte; pero nos ha quedado el gran legado de su obra titulada *Summa Libellorum*, editada por Ludwig Wahrmund en 1905 y reeditada en 1962 por la Scientia Verlag Aalen.

Comienza la *Summa de Libellis* planteando: I.- *Quid sit libellus*; II.- *Quibus modis accipiatur libellus*; III.- *Ubi sit offerendus libellus*; IV.- *Apud quos debeat offerri libellus*; V.- *In quibus casibus debeat libellus offerri*; VI.- *A quo offeratur libellus*; VII.- *Cui offeratur libellus*; VIII.- *Quae debeant comprehendi in libello*; IX.- *De causa agendi edenda*; X.- *De rebus petitis utrum debeant edi in libello*; XI.- *De actione universali*; XII.- *De actione generali*; XIII.- *De actione speciali*; XIV.- *De causa, utrum in singularibus actionibus sit edenda*; XV.- *Utrum libellus mutari possit*; XVI.- *Utrum libellus possit emendari*; XVII.- *De effecta libelli oblati*; XVIII.- *Qualiter debeat concipi libellus super qualibet actione*; XIX.- *De Publiciana*; XX.- *De rescissoria actione*; XXI.- *De Serviana*; XXII.- *De quasi Serviana*; XXIII.- *De utili in rem actione, quae superficiario datur*; XXIV.- *De utili in rem actione, quae datur metum passo*; XXV.- *De possessoria hereditatis petitione*; XXVI.- *De fideicommissaria hereditatis petitione*; XXVII.- *De in rem praeiudiciali pro libertate*; XXVIII.- *De praeiudiciali in rem de partu*; XXIX.- *De Pauliana actione*; XXX.- *De Faviana*; XXXI.- *De actione Calvisiana*; XXXII.- *De actione in factum revocatoria*; XXXIII.- *De redhibitoria*; XXXIV.- *De quanto minoris*; XXXV.- *De actione in factum aedilitia*; XXXVI.- *De exercitoria actione*; XXXVII.- *De institoria*; XXXVIII.- *De tributaria*; XXXIX.- *De in rem verso*; XL.- *De actione quod iussu*; XLI.- *De actione de peculio*; XLII.- *De constituta pecunia*; XLIII.- *De actione utilli, ex qua iuratur*; XLIV.- *De actione negotiorum gestorum*; XLV.- *De actione protutelae*; XLVI.- *De contraria tutela*; XLVII.- *De actione depositi in quatuor casibus*; XLVIII.- *De actione viae reiectae*; XLIX.- *De actione quod metus causa*; L.- *De actione de dolo*; LI.- *De actione furti manifesti*; LII.- *De actione furti adversus nautas*; LIII.- *De actione servi corrupti*; LIV.- *De actione vi honorum raptorum*; LV.- *De actione iniuriarum*; LVI.- *De actione in factum Aquiliae subsidiaria*; LVII.- *De interdictis*; LVIII.- *De interdicto de mortuo inferendo*; LIX.- *Ex interdicto de sepulcro aedificando*; LX.- *Ex interdicto, ne quid loco sacro fiat immittaturve*; LXI.- *Ex interdicto, ut quod factum est immisumve tollatur*; LXII.- *Ex interdicto, ne quid fiat immittaturve in via publica vel itinere publico*; LXIII.- *Ex interdicto, ut quod factum immisumve est tollatur*; LXIV.- *Ex interdicto, ne quid fiat in loco publico*; LXV.- *Ex interdicto, ne quid fiat immittaturve in flumine publico*; LXVI.- *Ex interdicto, ut quod factum immisumve est tollatur*; LXVII.- *Ex interdicto, ut liceat frui loco publico*; LXVIII.- *Ex interdicto, ut liceat reficere viam publicam vel iter publicum*; LXIX.- *Ex interdicto, ut liceat ire et agere via publica*; LXX.- *Ex interdicto, ne quid in flumine publico ripave eius fiat immittaturve, quo aliter aqua fluat*; LXXI.- *Ex interdicto, ut quod factum est immisumve tollatur*; LXXII.- *Ex interdicto, ut liceat ripam fluminis publici reficere vel munire*; LXXIII.- *Ex interdicto, ut liceat navigare in flumine publico vel in stagno publico*; LXXIV.- *Ex interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*; LXXV.- *Ex interdicto quorum bonorum*; LXXVI.- *Ex interdicto quorum legatorum*; LXXVII.- *Ex interdicto de tabulis exhibendis*; LXXVIII.- *Ex interdicto de liberis exhibendis*; LXXIX.- *Ex interdicto de liberis deducendis*; LXXX.- *Ex interdicto de libero homine exhibendo*; LXXXI.- *Ex interdicto unde vi*; LXXXII.- *Ex interdicto quod vi aut clam*; LXXXIII.- *Ex interdicto uti possidetis*; LXXXIV.- *Ex interdicto utrubi*; LXXXV.- *Ex interdicto de superficiebus*; LXXXVI.- *Ex interdicto de itinere actuque privato utendo*; LXXXVII.- *Ex interdicto de itinere actuque privato reficiendo*; LXXXVIII.- *Ex interdicto de aqua cottidiana*; LXXXIX.- *Ex interdicto de aqua aestiva*; XC.- *Ex interdicto de aqua ex castello ducenda*; XCI.- *Ex interdicto de rivis*; XCII.- *Ex interdicto de fonte, ut liceat eo uti*;

XCIII.- Ex interdicto de fonte reficiendo; XCIV.- Ex interdicto de cloasis purgandis et reficiendis; XCV.- Ex interdicto, ne quid fiat in cloaca immittaturve; XCVI.- Ex interdicto de precario; XCVII.- Ex interdicto de arboribus caedendis; XCVIII.- Ex interdicto de glande legenda; XCIX.- Ex interdicto de migrando; C.- Ex

interdicto de Salviano; CI.- Ex interdicto de opere demoliendo, quod factum est post operis novi nuntiationem; CII.- Ex interdicto, ut liceat ei aedificare, cui nuntiatum est, si satisdebit; CIII.- Ex interdicto fraudatorio; CIV.- De edictis; CV.- Ex edicto de albo corrupto; CVI.- Ex edicto, si quis ius dicenti non obtemperaverit; CVII.- Ex edicto, si quis temere in ius vocaverit, quem vocare non licet; CVIII.- Ex edicto, si quis in ius vocatus non ierit; CIX.- Ex edicto, cum quis non accepit quem fideiubentem pro alio principali; CX.- Ex edicto, si quis in ius vocatum vi exemerit; CXI.- Ex edicto adversus eum, qui dolo malo fecit, ne quis in iudicio sisteret; CXII.- Ex edicto de edendo; CXIII.- Ex edicto de calumpniatoribus; CXIV.- De actione in factum subsidiaria actionis de dolo; CXV.- De alienatione mutandi iudicii causa facta; CXVI.- De actione in factum in simplun adversus nautas, caupones, stabularios; CXVII.- De actione in factum in duplum adversus nautas, caupones, stabularios; CXVIII.- Ex edicto de electis vel effusis; CXIX.- De actione in factum, quae datur pro eo sic posito, quod, si caderet, dampnum dare posset; CXX.- De actione in factum, quae datur adversus deiectorem; CXXI.- De actione in factum, quae datur adversus mensorem; CXXII.- De actione in factum, quae datur in eum, qui intulit mortuum in locum alienum; CXXIII.- De actione funeraria, quae datur ad sumptum repetendum in funere factum; CXXIV.- De actione in factum, quae datur, si locus religiosus pro puro venisse dicatur; CXXV.- De actione in factum, quae datur ex iureiurando, cum informiter iuratur; CXXVI.- De actione in factum, quae datur, si mulier ventris nomine in possessionem missa fuisse dicatur per calumpniam; CXXVII.- De actione in factum, quae datur muliere ventris nomine in possessionem missa, et si eadem possessio dolo malo in alium translata esse dicatur; CXXVIII.- De actione in factum, quae datur adversus falsos tutores vel curatores contrahentibus bona fide cum eis; CXXIX.- De actione, quae datur ipsi minori ob hoc damnum passo, et in ea, qualiter possit concipi libellus, concipias ex superiori; CXXX.- Ex edicto, si quis omissa causa testamenti; CXXXI.- De actione in factum adversus publicanum; CXXXII.- De actione, quae datur adversus eum, qui sciens se liberum venumdari passus est; CXXXIII.- De actione, quae datur in eum, qui, cum missus esset in possessionem, fructus percepit et non restituit vel rem deteriore fecit; CXXXIV.- De actione, quae datur ei, qui in possessionem missus sumptus fecit et eos repetit; CXXXV.- De actione, quae datur ex edicto, si quis testamento liber esse iussus est; CXXXVI.- De actione, quae datur in eum, cuius dolo dampnum sit turba; CXXXVII.- Ex edicto de incendio, ruina, naufragio; CXXXVIII.- De actione in factum pro sepulcro violato; CXXXIX.- De praetoriis stipulationibus; CXL.- De civilibus actionibus et primo de rei vindicatione; CXLI.- De actione in rem confessoria; CXLII.- De actione in rem negatoria; CXLIII.- De praeiudiciali in rem de libertate; CXLIV.- De petitione hereditatis; CXLV.- De actione finium regundorum; CXLVI.- De actione familiae herciscundae; CXLVII.- De actione communi dividundo; CXLVIII.- De conditione certi generali; CXLIX.- De conditione certi speciali, quae ex mutuo oritur; CL.- De conditione triticaria; CLI.- De conditione ob causam; CLII.- De conditione ob turpem causam; CLIII.- De conditione sine causa; CLIV.- De conditione indebiti; CLV.- De furtiva conditione; CLVI.- De conditione ex lege; CLVII.- De actione ad exhibendum; CLVIII.- De actione ex empto; CLIX.- De actione ex vendito; CLX.- De actione locati et conducti; CLXI.- De actionibus honeris adversi; CLXII.- De actione pro socio; CLXIII.- De actione mandati directa; CLXIV.- De actione mandati contraria; CLXV.- De actione depositi directa; CLXVI.- De actione depositi contraria; CLXVII.- De actione tutelae directa; CLXVIII.- De actione tutelae contraria; CLXIX.- De actione commodati directa; CLXX.- De actione commodati contraria; CLXXI.- De actione pignoratitia directa; CLXXII.- De contraria pignoratitia; CLXXIII.- De actione praescriptis verbis aestimatoria; CLXXIV.- De actione praescriptis verbis ex permutatione; CLXXV.- De actione in factum generali; CLXXVI.- De actione iudicati; CLXXVII.-

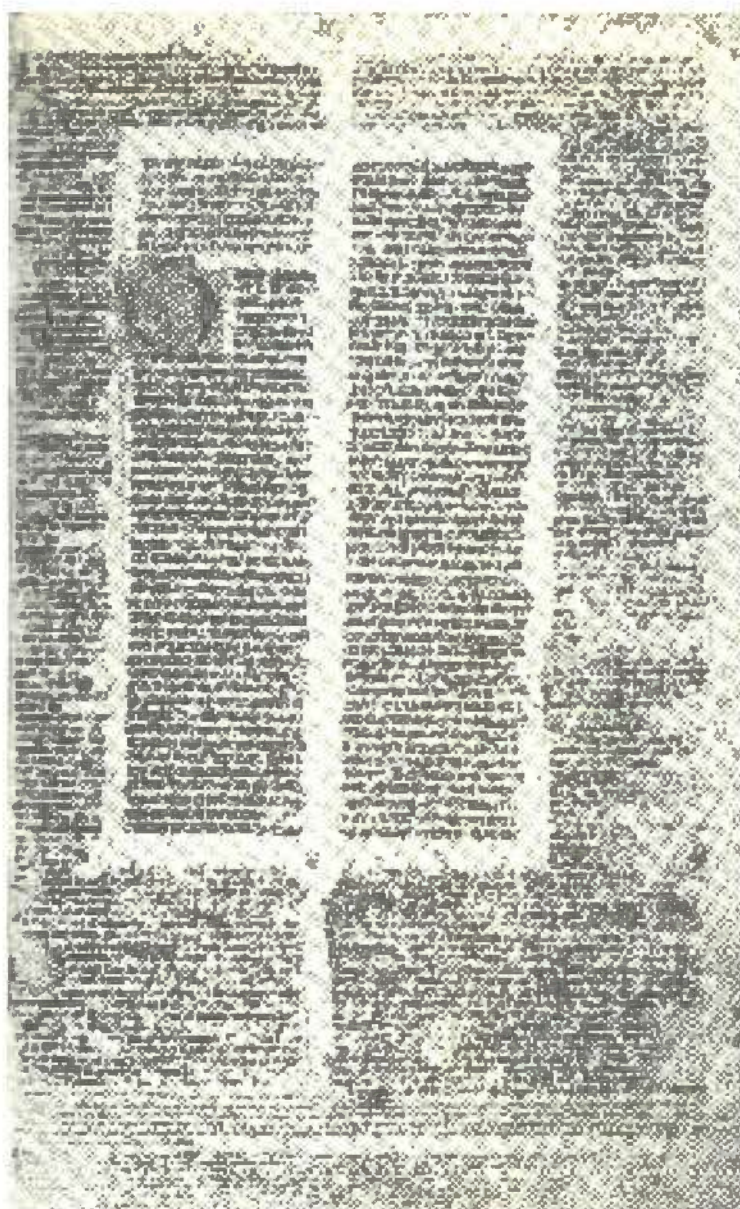
*De actione ex stipulatu per dotem; CLXXVIII.- De actione aquae pluviae arcendae; CLXXIX.- De actione de pasta pecoris; CLXXX.- De actione ex testamento; CLXXXI.- De actione ex stipulatu vel ex stipulatione; CLXXXII.- De actione furti non manifesti; CLXXXIII.- De actione tigni iniuncti; CLXXXIV.- De actione furtim arborum caesarum; CLXXXV.- De actione rerum amotarum; CLXXXVI.- De actione de rationibus distrahendis; CLXXXVII.- De actione legis Aquiliae; CLXXXVIII.- De actione in factum de pauperie; CLXXXIX.- De actione iniuriarum ex lege Cornelia; CXC.- De actione in factum contra magistratum; CXCI.- De actione ingrati; CXCII.- Qualiter in accusationibus concipiatur libellus; CXCIII.- De differentia et similitudine inter causas criminales et civiles; CXCIV.- Qualiter debeant formari sententiae; CXCV.- De diffinitiva sententia; CXCVI.- De sententia, quae fertur in causa appellationis; CXCVII.- De differentiis inter sententiam diffinitivam et interlocutoriam; CXCVIII.- Utrum a praecepto iudicis possit appellari.*

10.- **ACCURSIO.**- El género literario de las glosas y la escuela llamada “de los glosadores” llegó a su máximo esplendor con Accursio o Accursius, quien nació en Florencia entre el 1181 y el 1185 y murió en Bolonia entre 1259 y 1263. Muy joven aún empezó a estudiar Derecho en Bolonia, donde tuvo por maestros al eximio Azón y a Iacopo Baldovini. En 1213 empezó a enseñar Derecho Civil, cátedra que continuó enseñando hasta el fin de su vida y en la que tuvo discípulos brillantes de la talla de Odofredo, a su propio hijo Francesco y a Sini-baldo Fieschi, quien más tarde sería Papa con el nombre de Inocencio IV. Sus clases las dictaba en una casa situada en el Palacio de la Comuna, que hoy se conoce con el nombre de Palacio de Accursio. Tenemos una estatua de **ACCURSIO** y una descripción que de él se ha hecho, como un hombre de alta estatura, grave y de aspecto pensativo, sobrio, afable, , elegante sin afectación; todo un modelo para sus discípulos por sus costumbres ejemplares, no menos que por su doctrina y elocuencia. De su notable erudición da fe su gran biblioteca, que ha sido objeto de investigación por Kantorowicz, quien le dedicó un estudio intitulado “Accursio e la sua biblioteca”, publicado en la *Rivista di Storia del Diritto Italiano* (1929), estudio en el cual se traza una biografía crítica completa del gran maestro de Bolonia y la descripción de su rica biblioteca, que luego fue vendida por Cervotto, uno de sus hijos. Se casó dos veces. Todos sus hijos fueron notables juristas, siendo el más destacado su hijo mayor Francesco; inclusive, su hija llamada Accursia llegó a ser profesora en la cátedra boloñesa.









Kantorowicz, en el estudio citado, basándose en el inventario de su rica biblioteca, llegó a establecer cuáles fueron los temas preferidos por el insigne maestro de Bolonia, cuyos restos descansan detrás del ábside de San Francisco. En Florencia, su tierra natal, existe una estatua de Accursio en la galería de los Uffizi, en la serie de los grandes toscanos del pasado.

Fue un gran profesor, un gran escritor y un gran juez (podestá),<sup>(1)</sup> cuyas doctrinas y sentencias lo han inmortalizado como *eximius glossator* y como *magister sententiarum*, a tal punto que de su obra se llegó a decir “*Ubi non habemus textum, glossa obtineat veritas. Adhaerens glossae in aeternum non potest errare*”. Su autoridad era decisiva para todo jurista: “*Quod non agnossit Glossa non agnossit forum*”.

<sup>(1)</sup>- El podestá era, en las ciudades italianas del Medioevo, un supremo magistrado con funciones políticas y judiciales, encargado tanto del gobierno administrativo, político y militar de la comuna que lo había elegido, cuanto de la suprema función judicial en la comuna, cuya autoridad devenía de la summa potestas de la que estaba investido. La potestas emanaba de la comuna, como una manifestación del espíritu asociativo propio de la ciudad medieval. Para profundizar esta exquisitez jurídica véase G. MENGOZZI: La città italiana nell'Alto Medioevo, Florencia, 1996; CARLO GUIDO MOR: L'età feudale, Milán, 1992; GIOVANNI CASSANDRO: “Comune (Cenni storici)”, en Novissimo Digesto Italiano, vol. III (CAT-COND), p. 400-401, U.T.E.T., Turín, 1990.

La vida y el pensamiento de Accursio están ligados a la obra a la que le dedicó toda su vida: la *Glossa Magna*, que es el *apparatus glossarum* que constituye toda una universalidad, una *universitas iuris* de todas las glosas escritas en torno al *Corpus iuris*; aun cuando Kantorowicz en su estudio citado menciona otras obras menores: 1).- una *Summa* sobre los *libri feudorum*; 2).- un *Liber Accursii* que comienza con la frase “De sermone debeo”, lamentablemente perdido porque el manuscrito que lo contenía se incendió; 3).- un tratado *De arbitris*; 4).- una *glossa al Autentico*; 5).- una carta a *Pier della Vigna*; 6).- “tres opiniones legales”.

Si la *Glossa Magna* es la obra simbólica de Accursio, este y su obra magna son todo un símbolo de la escuela de los glosadores de Bolonia. Como ha dicho Kantorowicz: “la historia del Derecho de Bolonia, es la historia del Derecho europeo”: “*bolognesische Rechtsgeschichte ist europäische Rechtsgeschichte*”.<sup>(2)</sup> Por ello es que, a los 700 años de la muerte de Accursio, la Universidad de Bolonia celebró este acontecimiento con un Congreso Internacional cuyas actas, intervenciones y ponencias están recogidas en tres volúmenes titulados *Atti del convegno internazionale di studi accursiani* (Bolonia, 21-26 Ottobre 1963), organizadas por el Comitato Organizzatore delle celebrazioni per il settimo centenario della morte di Accursio, a cargo de Guido Rossi (1968). En el segundo volumen corre el notable estudio del profesor GUIDO ASTUTI (1910-1980) de la Universidad de Roma y antes en Turín, titulado “La *glossa accursiana*”, en el que sostiene que “la glosa ordinaria al *Corpus iuris civilis* es el texto jurídico medieval más conocido, usado y difundido en Italia y en Europa durante varios siglos: basta pensar en su extraordinaria autoridad en la teoría y en la práctica del Derecho desde la edad de Accursio hasta la de las modernas codificaciones. Empero este texto, no obstante su importancia universalmente reconocida, es al mismo tiempo el más superficialmente conocido y menos seriamente estudiado. Todo estudioso de la Historia del Derecho, todo romanista y todo civilista lo posee en su biblioteca y en ocasiones más o menos frecuentes lo consulta: pero la moderna Historiografía Jurídica italiana y europea, durante más de un siglo, no ha dado una sola obra de gran aliento encaminada a una profundización crítica de los problemas relativos a la formación de la glosa accursiana, o a una ilustración sistemática de su contenido y de sus doctrinas fundamentales” ... “Por ello concluyo que alguien debería dedicarse a la no fácil tarea de exponer aquí, conjuntamente con la propia, la docta ignorancia de la moderna Historiografía Jurídica sobre la glosa accursiana”.<sup>(3)</sup>

Según el maestro Guido Astuti, “la compilación de la glosa ordinaria fue concebida e iniciada por Accursio en su edad juvenil y completada en Bolonia durante largo período de su docencia” ... “Ignoramos, en fin, cuando y cómo la *Magna Glossa* fue definitivamente terminada y publicada”.<sup>(4)</sup>

“Una tentativa de mayor precisión fue realizada por Neumeyer. Según la sumaria demostración ofrecida por Neumeyer, el *terminus a quo* para la iniciación de la *Magna Glossa accursiana* debería ponerse entre los años 1210 a 1215 y el *terminus ad quem* debería ser anterior a los años 1234 a 1240 y esto porque una crónica florentina del siglo XIV atestigua que Accursio publicó en 1228 la glosa al Código. Neumeyer dejó establecido el año 1228 como probable fecha de publicación del íntegro *apparato accursiano* y estas conclusiones fueron aceptadas por Kantorowicz sin ninguna reserva en su célebre estudio sobre Accursio y su biblioteca”.

<sup>(2)</sup>- HERMANN KANTOROWICZ: “Leben und Schriften des Albertus Gandinus”, en la revista *Zeitschrift der Savigny stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. 4, año 1901, p. 100.

<sup>(3)</sup>- GUIDO ASTUTI: “La *glossa accursiana*”, en *Atti del convegno internazionale di studi accursiani*, vol. II, p. 20, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1968.

<sup>(4)</sup>- GUIDO ASTUTI: ob. cit., p. 20, in fine.



Después de revisar críticamente las conjeturas de Neumeyer, de Kantorowicz y de Genzmer, el profesor Astuti concluye que la publicación de la *Magna Glossa* debería ser desplazada de 1228 hasta, por lo menos, el año 1235 ó 38. “A mi parecer, el problema no se puede plantear en términos puramente cronológicos, sobre la base insegura de un cómputo material de la presumible duración en la composición del *apparato* accursiano”. Esta no fue la fatiga de un amanuense, sino la obra de un jurista, una obra de pensamiento: y no es posible computarla a razón de tantas glosas por año, mes o día. Accursio debió recoger un vasto material que representaba el esfuerzo exegético y reconstructivo de cinco generaciones de juristas durante más de un siglo, seleccionarlo, reelaborarlo según ciertos criterios: también Kantorowicz es conciente de la fatiga que tal obra habría requerido: “solamente para presentar las innumerables controversias de sus predecesores, para ponderarlo bien y adoptar una propia posición como Accursio lo hizo siempre”. “Pero, considerando que el *apparato* accursiano fue compuesto sobre las bases de materiales ya elaborados, en cuanto era una compilación de *Glosas*, *Apparatos* y *Summas* anteriores, se debe reconocer que la empresa debió haber sido el empeño de toda una existencia”.<sup>(5)</sup>

En cuanto a la metodología de la *Magna Glossa*, se debe tener presente que Accursio tuvo presentes los lugares paralelos y los argumentos a contrario, aun cuando no siempre se llegara a una conclusión sistemática sobre cada tema. Y es que, como dice Astuti, “La *Glossa* ordinaria fue una obra de exégesis más no una obra sistemática”.<sup>(6)</sup>

Al afrontar este problema, Astuti nos hace ver que la *Glossa* ordinaria “no nos ofrecía una interpretación nueva, original, sino al contrario estaba dirigida al objeto de recoger, seleccionar, reordenar las glosas que se habían venido acumulando en torno a los *Libri Legales* desde los tiempos de Irnerio y de los primeros doctores boloñeses hasta los tiempos de Accursio, repetidamente transcritos de maestros a discípulos en las márgenes de sus Códigos, a modo de presentar ordenadamente el pensamiento de los glosadores de la Escuela de Bolonia, ilustrando sus innumerables interpretaciones, opiniones, controversias y tomando posición sobre los puntos dudosos o en disenso, aportando la interpretación más segura o probable de los textos del *Corpus iuris*. Obra de compilación y de reelaboración, idónea a consolidar en un gran *apparatus glossarum*, en forma definitiva los resultados del esfuerzo exegético realizado por varias generaciones de juristas sobre las fuentes del Derecho Romano justiniano, resultado cuya importancia es en varios aspectos concluyente de una primera y fundamental fase de desenvolvimiento de la nueva jurisprudencia que aparecía ya clara a Accursio y a los intérpretes del siglo XIII”.<sup>(7)</sup>

“La *Glossa* accursiana no estaba dirigida solo al fin práctico de ofrecer a los intérpretes una colección, una antología de las glosas y anotaciones acumuladas en las márgenes de los *Libri Legales*, sino que respondía a una precisa exigencia científica, aquella de suministrar una segura y clara orientación para la inteligencia e interpretación del *Corpus iuris*, con una ordenada y coordinada síntesis del pensamiento jurídico de los glosadores sobre todas las partes de la compilación justiniana”.<sup>(8)</sup>

(5). GUIDO ASTUTI, *ob. cit.*, p. 27-28.

(6). GUIDO ASTUTI, *ob. cit.*, p. 12.

(7). GUIDO ASTUTI, *ob. cit.*, p. 12.

(8). GUIDO ASTUTI, *ob. cit.*, p. 12.

La *Magna Glossa* bien podría llamarse el *vademecum*<sup>(9)</sup> del Derecho Común y se presenta como la voz misma del texto el que en la praxis forense se manifiesta solo a quienes la llevan consigo, como un indispensable aparato hermenéutico para la defensa, para la acusación y la sentencia.

Sentado ello, las fuentes de Accursio estuvieron constituidas en primer lugar por las *Novelas*, cuya depuración a partir de Irnerio se llevó a cabo en el *Authenticum*, el que presenta algunas notables particularidades: “es sabido que el conocimiento y el estudio del *Authenticum* por parte de los glosadores dio lugar a múltiples motivos de perplejidad. Por ello resultan comprensibles los motivos por los cuales esta colección de *Novelas* fue preferida al *Epítome Juliani*, ya que después de las iniciales incertidumbres de Irnerio en torno a su autenticidad, resulta muy arduo explicar por que razón el *Authenticum* no fue conservado y estudiado en toda su integridad. No sabemos por qué, y con qué criterio, fueron escogidas las 97 *Novelas* que los glosadores calificaron de ordinarias, o vulgares o útiles y las subdividieron en 9 *Collationes*, quizás por su paralelismo con los primeros 9 libros del *Código*, separados tradicionalmente de los *Tres Libri*, pero sin alguna aparente razón de orden sustancial o sistemático; no sabemos por qué motivo fue abandonada la originaria numeración y disposición de las 134 *Novelas* en el texto del *Authenticum*; no sabemos por qué, también en las 97 *Novelas vulgatae*, algunas partes fueron desechadas por los glosadores, dejadas sin anotación o no leídas en la Escuela; no sabemos, en fin, por qué las llamadas *Authenticas* inscritas por Irnerio y por sus sucesores en las otras partes del *Corpus iuris* —y que podrían ser mucho más numerosas— no fueron sistemáticamente elaboradas a plenitud. El texto de las *Novelas*, en las diversas colecciones y especialmente en el *Authenticum*, ha sido objeto de profundas investigaciones, desde aquellas fundamentales de Biener y de Heimbach, hasta la crítica más reciente. Para resolver este problema será necesario un nuevo estudio de los manuscritos que conservan el *Authenticum* con glosas preaccursianas, especialmente aquellas contenidas en las llamadas *Authenticas* ‘extraordinarias’ o ‘extravagantes’”.<sup>(10)</sup>

Muchos otros motivos de incerteza se presentan si consideramos las fuentes de la glosa accursiana, o sea los materiales directamente utilizados por Accursio para la compilación de su gran *apparatus*. “El tema está referido a las siglas de los maestros boloñeses”.<sup>(11)</sup> Por otra parte, no tenemos noticias precisas en torno a la biblioteca de Accursio. Kantorowicz creía poderla identificar sobre la base del elenco de un conspicuo número de códices poseídos por los hijos de Accursio y precisamente vendidos por Cervotto a Guillermo en 1273, pero el examen de los títulos de estos 63 códices no permite una segura identificación sobre los verdaderos textos que integraban la biblioteca de Accursio, lo que nos demuestra que estos códices constituyeron solo una parte de esta biblioteca y, ciertamente, no la más importante, no la de mayor interés para nosotros, o sea aquella que Accursio utilizó para la compilación de la *Glosa ordinaria*. Así, de la literatura anterior a Accursio solamente las colecciones de *Diversitates d minorum* y de las *Quaestiones* de Roffredo, de Pillio, de Azón, las *Distinctiones* y *Quaestiones insolubilia* de Ugolino, las *Cavillationes* de Bagarotto y un *Libellus* de Bernardo Dorna. Todos los otros códices contienen los diversos *apparatus* accursianos, las lecturas de Odofredo y los escritos de juristas posteriores a Accursio, lo que nos demuestra que no fueron utilizados por Accursio en la compilación de la *Magna Glossa*.

<sup>(9)</sup>.- Esta hermosa metáfora es de CAVANNA. Véase su *Storia del Diritto moderno in Europa*, p. 104-105; Milán, Giuffrè, 1902.

<sup>(10)</sup>.- GUIDO ASTUTI, ob., cit., p. 291.

<sup>(11)</sup>.- GUIDO ASTUTI, ob., cit., p. 290-291.



“Un juicio más seguro en torno a las relaciones entre la *Magna Glossa* y la literatura jurídica boloñesa será posible solamente después de trabajos críticos de gran empeño: solo la edición crítica del corpus de las glosas preaccursianas y de la *Magna Glossa* accursiana, ambas necesarias e interdependientes, permitirá una definitiva evaluación de los materiales utilizados por Accursio”.<sup>(12)</sup>

---

---

<sup>12</sup> . GUIDO ASTUTI, ob. cit., p. 121.



**CAPÍTULO LXXXII**

**ACCURSIO Y SU INFLUENCIA EN  
EL DERECHO INDIANO**



## CAPÍTULO LXXXII

### ACCURSIO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO INDIANO

El Derecho Indiano constituyó el medioevo del Derecho en Sudamérica y la organización judicial indiana durante el Virreynato corresponde a lo que Raúl Porras Barrenechea, nuestro inmortal maestro de San Marcos, denominó en un estudio notable como “La Colonia, Edad Media peruana”. El Derecho Indiano ha sido estudiado en las obras de Silvio Zavala, José María Ots Capdequi, Ricardo Zorraquín Becú, Enrique Ruiz Giñazú y Ricardo Levene, entre otros insignes historiógrafos peruanos y sudamericanos. La jurisprudencia indiana bien puede estar representada por los tres más grandes tratadistas del Derecho Indiano, que fueron: **JUAN DE SOLÓRZANO** y **PEREYRA**, oidor de la Real Audiencia de Lima entre 1610 y 1627 e insigne autor de la *Política indiana*, que constituye el tratado más clásico del Derecho Indiano; o también por **JUAN DE HEVIA BOLAÑOS**, autor de la *Curia philipica*, que es el primer Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial escrito en América y por **JUAN DE MATIENZO**, que fue oidor de la Real Audiencia de Charcas y que publicó en 1567 un estudio sobre el *Gobierno del Perú*.

Sentado ello, podemos dejar establecido que la influencia del pensamiento de Accursio no se limitó exclusivamente al Derecho Romano ni al Derecho Canónico sino, también, al Derecho Indiano, cuyas fuentes se remontaban precisamente a Accursio y a la *Magna Glosa*, cuyo primer impacto se hizo evidente en las *Partidas del rey Alfonso el Sabio*.

Así nos lo ha hecho ver un notable estudio del profesor **FERMÍN CAMACHO EVANGELISTA**, de la Universidad de Granada, titulado “Accursio y las fuentes romanas de las Partidas”, publicado en *Atti del convegno internazionale di studi accursiani (Bologna 21-26 ottobre 1963)*, vol. III (1968), en el que empieza sosteniendo que: “El VII Centenario de la muerte de Accursio se corresponde con la conmemoración del VII Centenario del *Código de las Siete Partidas*, código que constituye el cuerpo legal más importante de la historia jurídica española e hispanoamericana”.

Como es sabido, la ley de las *Siete Partidas* del rey Alfonso el Sabio, promulgada en 1265, ha sido considerada como las “pandectas castellanas” según la hermosa metonimia de **ADRIANO CAVANNA**<sup>(13)</sup> y fue redactada por los maestros **JÁCOME RUÍZ**, llamado Jacobo “el de las leyes”, quien estudió en la Escuela de Bolonia, manejando como vademécum la *Magna Glossa* e inspirándose en el *Espéculo*, que se publicó en el tercer o cuarto año (1256) del reinado de don Alfonso.

Pero, además, intervinieron en la redacción de las *Partidas* el maestro Roldán y el jurista y canónigo Fernando Martínez de Zamora, quien también estudió en Bolonia y fue discípulo de Azón.

Uno de los grandes maestros de la Historiografía española, el profesor **ALFONSO GARCÍA-GALLO** (Soria, 5 de enero de 1911; † Madrid, 21 de diciembre de 1992), ha sostenido la tesis de



que las *Partidas* fueron el producto de varias redacciones consecutivas a un texto original que se inspiraba en el *Espéculo*, en el *Fuero Real*, en la *Magna Glossa* y en el *Corpus iuris*; de tal modo que la primera redacción se remonta a 1256, la segunda redacción de las *Partidas* fue concluida en 1265; la tercera redacción fue llevada a cabo “en fecha desconocida, pero probablemente bajo Fernando IV entre 1295 a 1312 y por juristas de gran cultura y formación filosófica cuyos nombres desconocemos”; y la cuarta redacción se llevó a cabo en 1325, “modificando la tercera redacción, tanto en un reajuste de su plan, como añadiendo nuevas leyes y, sobre todo, interpolando y modificando casi todas”; “en una quinta revisión posterior, hacia 1340 se data la redacción de las *Partidas* entre 1256 y 1263, reduciendo a siete años la larga elaboración de esta obra”.<sup>(14)</sup>

Según el profesor **FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE** (Valencia, 8 de diciembre de 1932-Madrid, 14 de febrero de 1996), catedrático de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, “El mérito principal de los estudios de García-Gallo consiste en haber planteado dudas y haber sugerido explicaciones verosímiles sobre hechos que se admitían como válidos sin haberlos sometido a crítica. Pero de ahí no se infiere necesariamente que debamos considerar convincentes las interpretaciones suyas. Parece fuera de duda que hubo varias redacciones de las *Partidas*. García-Gallo opina que tales redacciones fueron sucesivas y posteriores a la derogación del *Espéculo* y a la muerte de Alfonso X. Otros historiadores que están también investigando el proceso de elaboración de las *Partidas* no admiten estas afirmaciones. Así, J. A. Arias Bonet y A. García y García continúan hablando de las *Partidas* como obra de Alfonso X”.<sup>(15)</sup>

“Por otra parte, Arias Bonet opina que, al menos por lo que respecta a la primera *Partida*, las diversas redacciones que conocemos no fueron sucesivas, sino simultáneas, como resultado de tareas independientes encomendadas a personas de desigual formación intelectual”.

“A la vista de las anteriores consideraciones, podemos concluir por ahora con las siguientes afirmaciones: 1. Que todavía es pronto para establecer con seguridad fechas precisas en orden al momento inicial y terminal de la redacción de las *Partidas*. En este sentido son aún muchos ‘los enigmas de las *Partidas*’. 2. Que tampoco parece haber razón suficiente para darlas después de la muerte del Alfonso X, a quien se le han atribuido unánimemente hasta ahora. 3. Que la hipótesis de García-Gallo según la cual las *Partidas* fueron una prolongación y reelaboración del *Espéculo*, aun siendo verosímil y digna de ser tenida en cuenta, no puede valorarse como verdad demostrada”.

“Además de la de García-Gallo, subsisten otras hipótesis, que sin analizar cuál pudo ser en detalle el proceso de redacción de las *Partidas*, apuntan interpretaciones coherentes acerca de la finalidad que con ellas persiguió Alfonso X. Estas interpretaciones coinciden entre sí en dos puntos: atribuyen las *Partidas* a Alfonso X y no ven en ellas una obra derivada del *Espéculo*, sino independiente de este. Al margen de estas coincidencias básicas, podríamos enunciar estas dos hipótesis globales sobre las *Partidas* en los siguientes términos. Según una de ellas, la obra en cuestión debe ser puesta en relación no con la política legislativa de Alfonso X y con el fracaso de la misma, sino con lo que podríamos denominar preocupación culturalista del Rey Sabio”.<sup>(16)</sup>

<sup>(14)</sup>.- ALFONSO GARCÍA-GALLO: Manual de Historia del Derecho español, vol. I: “El origen y la evolución del Derecho”, p. 396 (§. 795); p. 396 (§. 796); p. 396 (§. 797); p. 396 (§. 798).

<sup>(15)</sup>.- FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: Manual de Historia del Derecho Español, 4ª ed., p. 230-237, editorial Tecnos, Madrid, 1987.

<sup>(16)</sup>.- FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: ob. cit., p. 239.

“Dentro de este contexto, las *Partidas* serían la gran enciclopedia del saber jurídico de su tiempo, su gran obra dedicada al Derecho. En esta línea, las *Partidas* estarían conectadas no con el *Espéculo*, sino con otra obra iniciada por Fernando III y concluida por Alfonso X: el *Setenario*”.<sup>(17)</sup>

“Otra hipótesis muy sugestiva y defendida principalmente por Rafael Gibert (y en cierto modo también por A. Iglesia, quien la desarrolla en términos tan sutiles como atractivos, consiste en relacionar las *Partidas* con el llamado ‘fecho del Imperio’... Pues bien, la composición de las *Partidas* pudo deberse al intento de Alfonso X de preparar ‘un proyecto legislativo universal ligado al Imperio’. Si Alfonso X hubiera sido elegido emperador, las *Partidas* habrían sido el Derecho del Imperio. Precisamente con ese fin el Derecho que en ellas se recoge no es el de Castilla, sino el romano, canónico y feudal: el *ius commune*. No es fácil optar por ahora entre todas estas interpretaciones. Es materia debatida. Puede hablarse de resultados generalmente admitidos. Este es, sin más, el estado de la cuestión”.<sup>(18)</sup>

En cuanto al contenido y posibles autores de las *Partidas*, dice el profesor Tomás y Valiente que: “Ya en su día hizo Martínez Marina dos afirmaciones de las que se ha hecho eco casi literalmente Gibert y que podemos considerar como verdades incuestionables e indiscutidas: las *Partidas* están escritas ‘con majestad y elegancia, con lenguaje puro y castizo’, pero lo que ese lenguaje contiene es Derecho común (canónico, romano y feudal) y no Derecho de Castilla, aunque puedan encontrarse de este algunas adiciones o huellas” ... “Puesto que su contenido es casi exclusivamente el Derecho común bajomedieval, es lógico que las principales obras de este fuesen directas de las *Partidas*. En este sentido, podemos afirmar que se utilizó el *Corpus iuris* justinianeo y también las *Decretales*, así como los *Libri feudorum*. Pero también las obras de muchos juristas, tales como Azzo, Accursio, Godofredo, Tancredo, San Ramón de Peñafort, el Hóstiense, la *Summa iuris* de Ronaldo, y otras obras semejantes de Rogerio, Placentino y Odofredo, entre otros glosadores”.<sup>(19)</sup>

Por su parte, el profesor **JESÚS LALINDE ABADIA** (1920-2007), catedrático de Historia del Derecho español en las universidades de Zaragoza y Barcelona, sostiene en su *Iniciación histórica al Derecho español* que “en la ciencia estrictamente jurídica del siglo XIII predomina el procesalismo, siendo sus dos grandes figuras el maestro Jacobo y el obispo Fernando Martínez. El primero, conocido como ‘el de las leyes’ y de origen italiano, es autor de tres obras importantes: las *Flores del Derecho*, de carácter didáctico para el futuro Alfonso X; los *Nueve tiempos de los pleitos*, en donde brevemente se describe el proceso, y el *Doctrinal de las leyes*, utilizado en la redacción de las *Partidas*. Al segundo se le ha atribuido la *Margarita de los pleitos*, selección o resumen (del griego *margarita*, perla) para la enseñanza, inspirada en la obra de los doctores italianos, siendo posible su intervención en la redacción de las *Partidas*”.<sup>(20)</sup>

<sup>(17)</sup>. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: ob. cit., p. 116, 116.

<sup>(18)</sup>. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: ob. cit., p. 116.

<sup>(19)</sup>. Ibid., p. 116, 116.

<sup>(20)</sup>. JESÚS LALINDE ABADIA: *Iniciación histórica al Derecho español*, p. 111. editorial Ariel, Barcelona, 1978.

Así pues, las *Partidas* constituyeron la base del proceso común medieval. El maestro **NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO**, hombre simbólico y figura representativa de la Escuela Procesalista española, quien nació en Madrid el 2 de octubre de 1906 y murió en el Hospital Ruber Internacional de Madrid el 20 de febrero de 1985, profesor en Santiago de Compostela, Murcia y Valencia; luego en Buenos Aires y, finalmente, en la Universidad Autónoma de México de 1946 a 1976, ha dicho que “la *Partida III* fue la piedra angular del proceso común medieval”. En efecto, “la *Partida III* va a gravitar durante seis siglos, sobre la vida española y sobre la vida colonial”, de tal modo que “cuando España da su gran salto histórico y empieza a organizar a su imagen y semejanza la conquista y colonización americana, las *Partidas* van a dar los principios fundamentales del Derecho Procesal”. “Ello me llevó a decir, con las naturales reservas, que las instituciones procesales civiles vigentes en los países americanos de habla española, son hijas de la ley (de enjuiciamiento) de 1855, nietas del Código alfonso (la susodicha *Partida III*) y bisnietas del Derecho Romano”. Además, las *Partidas*, al traducir del latín al castellano, realizaron la consagración jurídica de este y, crearon una terminología que todavía perdura en gran parte en la esfera procesal civil hispanoamericana. Vertidas al portugués en el siglo XIV, las *Partidas* repercutieron sobre el derecho lusitano a través de las sucesivas *Ordenações*, a saber: las *Alfonsinas* (de Alfonso V en 1456), las *Manuelinas* (de Manuel I en 1514) y, sobre todo, las *Filipinas* (de Felipe II de España y I de Portugal, en 1603), que durante toda la época colonial y los primeros decenios de la independencia estuvieron vigentes en Brasil”.<sup>(21)</sup>

“La *Partida III*, que constituye un verdadero Código de enjuiciamiento civil, puesto que de sus 32 títulos, los 27 primeros (con un total de 511 leyes) y parte de 32 (con 26)) regulan la materia procesal, se ocupa, como es natural, con todo detalle (más aún: con excesiva minuciosidad, al no haber suprimido formulismos innecesarios y al combinarse con una organización judicial sumamente complicada, determinantes de una tramitación lenta y costosa) del procedimiento ordinario, no solo a lo largo de la primera instancia (títulos X-XXVIII y XXII), sino también de la vía impugnativa (títulos XXIII-XXVI) y de la ejecución de la sentencia (título XXVII), así como del arbitraje (en la medida en que pueda reputársele procedimiento ordinario: infra, núm. 15) en las leyes 23 a 35 del título IV”.<sup>(22)</sup>

<sup>(21)</sup>- NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: “Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en primera instancia en los países iberoamericanos”, en el volumen *Nuevos estudios de Derecho procesal*, p. 61, editorial Tecnos, Madrid, 1981.

<sup>(22)</sup>- *Ibid.*, p. 71.



Así, pues, la *Partida III* es la premisa *sine qua non* para entender en su desenvolvimiento histórico el Derecho Procesal Civil hispanoamericano.

He aquí una síntesis de la *Partida III*:

“Título Primero: De la justicia.

Ley

1. Qué cosa es justicia.
2. Qué utilidades resultan de la justicia.
3. Qué quiere decir justicia, y cuántos son sus mandamientos.

”Título Segundo: Del demandante, y las cosas que ha de tener presentes antes de poner la demanda.

Ley

1. Qué quiere decir demandante.
2. El demandante debe atender primero contra quién pone su demanda.
3. En qué casos pueden los hijos y nietos demandar a sus padres o abuelos después de que hayan salido de su poder.
4. No puede demandar un hermano a otro sino en ciertos casos.
5. El marido y la mujer no se pueden demandar sino por cosas señaladas.
- 6.- Los criados y sirvientes no deben demandar a sus señores. [... ]

”Título Tercero: De los demandados, y de las cosas que deben tener presentes.

”Título Cuarto: De los jueces y de las cosas que deben hacer y guardar.

Ley

1. Qué quiere decir juez, y cuántas clases hay de ellos.
2. Quién puede poner los jueces.
3. Cómo deben ser los jueces, y qué virtudes deben tener.
4. Quiénes no pueden ser jueces por impedimento que tengan en sí.
5. De qué edad deben ser aquellos a quienes se otorga el poder de juzgar.
6. Cómo deben ser puestos los jueces que tienen poder de juzgar, cómo deben juzgar, dar seguridad de que cumplirán bien y lealmente su oficio.
7. Qué es lo que han de hacer y guardar los jueces ordinarios por razón de los lugares en que han de juzgar diariamente.
8. Qué es lo que han de hacer y guardar los jueces y las partes cuando vinieran ante ellos.
9. Qué es lo que deben hacer y guardar los jueces cuando ocurriera ante ellos algún pleito de sus padres e hijos.
10. El juez debe guardarse de oír su mismo pleito ni aquel en que él hubiera sido abogado o procurador.
11. Los jueces deben procurar por todos los medios posibles saber la verdad en los pleitos que se principiaren ante ellos.
12. Por qué conviene a los jueces concluir los pleitos que se principiaren ante ellos.



13. Los jueces deben cuidar que no comprendan las partes lo que piensan decir hasta que sentencien” [...].

**AGUSTIN DÍAZ BIALET**, profesor en la Universidad Católica de Córdoba, nació en Córdoba el 28 de junio de 1911, fue un romanista insigne y con motivo del Congreso Internacional de Estudios Accursianos celebrado en Bolonia en 1963, publicó un estudio titulado “La fortuna y el valor práctico de la obra de Accursio en el Derecho común americano”, en el que sostuvo que: “las fuentes del Derecho hispanoamericano fueron, en primer lugar, la *Magna Glossa* de Accursio y las reflexiones de Odofredo sobre el texto de Accursio. En segundo lugar, las *Partidas* del rey Alfonso el Sabio. En tercer lugar la *Política Indiana* de Juan de Solórzano y Peñeyra (1575-1655)”. “Solórzano fue magistrado en Lima, durante diez y seis años (1610-1626). Su obra es un comentario de las leyes españolas; pero más significativa que esta exégesis, es el análisis de las instituciones jurídicas americanas, tal como la costumbre las conformaba en su tiempo y el examen de las situaciones de hecho, resueltas frecuentemente según la doctrina de los autores del Derecho común, expresión de Solórzano para denominar a la doctrina generalmente aceptada... En el tratado de Solórzano hay no menos de 1 500 referencias a la glosa. Este corpus, como las *Partidas* con el comentario de Gregorio López, circularon por toda América y fueron Derecho invocado hasta el siglo 10 y no pocos juristas en los foros americanos la citan actualmente”.<sup>(23)</sup>

“Hay otra masa de fuentes. Esos tratados han operado la transfusión de la *Glosa* en lecciones de profesores, en escritos de abogados y dictámenes de magistrados y en sentencias judiciales”, “la transfusión de la *Glosa* se operó además en trabajos preparatorios a la codificación y en la codificación misma, como lo hemos probado en nuestro trabajo, ‘El Derecho Romano en la obra de Vélez Sarsfield’ ya citado”.<sup>(24)</sup>

<sup>23</sup>. AGUSTÍN DÍAZ BIALET: “La fortuna y el valor práctico de la obra de Accursio en el Derecho Común Americano”, en el volumen *Atti del Convegno di studi accursiani*, Bolonia, 11-14 ottobre 1963, vol. III, p. 119-121, Dott. A. Giuffrè editore, Milan, 1964.

<sup>24</sup>. *Ibid.*, p. 1612-1613.

CAPÍTULO LXXXIII

LOS JURISTAS  
POST-ACCURSIANOS



## CAPÍTULO LXXXIII

### LOS JURISTAS POST-ACCURSIANOS

UGO NICOLINI, nacido en Mantua el 13 de noviembre de 1910, profesor en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, expuso en el *Convegno internazionale di studi accursiani* (Bolonía 21-26 ottobre 1963) su ponencia intitulada “I giuristi postaccursiani e la fortuna della glossa in Italia”, la misma que corre en el volumen II, p. 799-943, de las actas del congreso.

En la p. 815 de la obra citada, sostuvo el profesor Nicolini que: “estos juristas pertenecieron a esa edad juzgada por Savigny, sumariamente —aunque *non sine strepitu et figura iudicii*— como una edad de decadencia (juicio repetido sin ningún reexamen, cuando no *riformato in peius*) una edad que vivió en los reflejos de la gran luminosidad de Accursio, que sería luego la aurora de ese gran astro que ya se pre-anunciaba: Bartolo; una edad que aún cuando todavía no estaba afectada por el gran peso que suponía la *auctoritas* de la Glosa, ya se disponía a escalar las alturas de los comentarios bartolianos”.

Así, pues, “de conformidad con la vista fiscal que antecede, también yo, juzgando a los juristas post-accursianos, los absuelvo de los cargos que contra ellos pesaban y que provenían de la gran autoridad de Savigny, según la cual, estos juristas pertenecieron a una época de decadencia. Dijo literalmente Savigny: ‘no fue la Glosa de Accursio la que ocasionó la decadencia de la jurisprudencia. Fue la infeliz ejecución de ello, su desmedida y perniciosa autoridad. Fue ella, la que favoreció y aceleró su decadencia, encaminando el pensamiento de los juristas de la edad siguiente, quienes en sus escritos y en sus obras prefirieron hacer apostillas a la Glosa, en vez de referirse a las verdaderas fuentes jurídicas’”.<sup>(1)</sup>

Dijo el profesor Nicolini que “el juicio de Savigny fue netamente negativo”; que “enorme fue el peso de este juicio resaltante del gran patriarca de nuestros estudios”; “tal juicio de decadencia sobre los juristas post-accursianos emitido por Savigny fue repetido y aun amplificado por Schupfer, a cuyas páginas brillantes se debe que tantos escritores retomaran acriticamente el mismo juicio. Después de Ugolino, en la segunda mitad del siglo XIII, escribe Schupfer, el carácter esplendido dio lugar a la ampulosidad, a generalidades indistintas y a pueriles minucias. Odofredo, Guido de Suzzara, Jacopo de Arena, Dino da Mugello ‘valían poco’; de Odofredo se conservaba la memoria solamente por sus ‘narraciones e historietas’ insertos en su obra ‘para solaz de los estudiantes’”.<sup>(2)</sup>

Así, prosigue Nicolini: “esta afirmación sobre la decadencia de nuestra doctrina jurídica después de Accursio fue generalmente repetida por todos”.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup>. SAVIGNY: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, vol. II, p. 799, Multigráfica editrice, Roma, 1963.

<sup>2</sup>. NICOLINI, ob. cit., p. 815.

<sup>3</sup>. NICOLINI, ob. cit., p. 815.



“Aquel juicio que involucra en una misma condena a todos los post-glosadores exige una revisión”.<sup>(4)</sup> Y citando a Besta plantea la “necesidad de revisión de aquel juicio total de condena que Savigny emitió para la jurisprudencia post-accursiana”.<sup>(5)</sup>

La tesis del profesor Ugo Nicolini se contrae a plantear, en la p. 825 de la obra citada, que “la verdad es que de decadencia de la doctrina post-accursiana no se puede hablar”.

Consecuentemente, un nuevo juicio surge de la reevaluación por Nicolini de Odofredo, mal juzgado por Nino Tamassia, “quien nos da una descripción deprimente e inefablemente grave”.<sup>(6)</sup> Similar descripción de Odofredo nos da Schupfer, quien nos lleva a una “errónea generalización sobre la obra de los post-accursianos y de los escolásticos”.<sup>(7)</sup> “Juicio frívolo, meramente externo”.<sup>(8)</sup> **BESTA** ya había propuesto “rehabilitar a los juristas del *mos italicus* y de estudiarlos no por su método, sino por el contenido de su pensamiento. En suma, se trata de confrontar a autor con autor para individualizar el pensamiento de cada uno”.<sup>(9)</sup> “Solamente así podremos conocer nuestra doctrina y salir de aquella visión aplastada de la jurisprudencia intermedia”. “Solamente así podremos liberarnos de aquella generalidad que constituye una de las tentaciones más graves para el historiador de nuestra jurisprudencia”.<sup>(10)</sup>

Así, a la luz de esta nueva perspectiva, toman un nuevo sesgo la comprensión de las obras de **SALATIELE** sobre el *ars notariae*, así como la *Summa totius artis notariae* de **ROLANDINO**, con la *Aurora novísima* que la integra y con las adiciones de **PIETRO DA UNZOLA**. Así también debemos enjuiciar los aportes de un **ALBERTO DA GANDINO**, el gran autor del *Tractatus de Maleficiis*, una obra maestra del Derecho y del Proceso Penal, singularmente de la prueba y, especialmente, de los indicios; de **GUIDO DA SUZZARA**, de quien destaco su obra *De instrumento guarentigiato*, que constituye un valiosísimo antecedente sobre la historia del Título ejecutivo; al **MAGISTER ARNULPHUS**, autor de una *Summa Minorum*, editada por Ludwig Wahrmund en 1905 y reeditada por la Scientia Verlag Aalen en 1962; al **MAGISTER DAMASUS**, autor de una *Summa de ordine iudiciario* editada por Ludwig Wahrmund en 1926 y reeditada por la Scientia Verlag Aalen en 1962; a **EILBERT VON BREMEN**, autor de un *Ordo Iudiciarius* editado por Ludwig Wahrmund en 1906 y reeditado por la Scientia Verlag Aalen en 1962; y a dos grandes profesores de Oxford: **RICARDUS ANGLICUS**, autor de una *Summa de ordine iudiciario* editada por Ludwig Wahrmund en 1915 y reeditada por la Scientia Verlag Aalen en 1962 y a **WILHELMUS DE DROKEDA**, autor de una *Summa Aurea* editada por Ludwig Wahrmund en 1914 y reeditada por la Scientia Verlag Aalen en 1962.

<sup>(4)</sup>.- *Ibid.*, ob. y loc. cit.

<sup>(5)</sup>.- *Ibid.*

<sup>(6)</sup>.- *Ibid.*, p. 807, in fine.

<sup>(7)</sup>.- *Ibid.*, p. 808, in fine.

<sup>(8)</sup>.- *Ibid.*

<sup>(9)</sup>.- *Ibid.*, p. 809.

<sup>(10)</sup>.- *Ibid.*, p. 811.

En esta obra de Drokeda me permito citar su interpretación del principio *Iura Novit Curia*, tratado en la cuestión LIII, p. 53 de la edición de Wahrmund citada, bajo el título de “De advocatorum defectus suppletione”. Y dice así: “Cuando el abogado dice menos de lo que debe decir o cuando no dice nada, entonces el Juez debe suplir los defectos de omisión y subsanar los defectos, pronunciándose con arreglo a ley” “quod advocatus minus dicit quam debeat, aliquando nihil dicit vel omittit, ideo iudex supplere debet eius defectum et proferre, quod sciat legibus convenire”. He aquí desarrollado el principio “*Iura Novit Curia*” consagrado en el Código de Justiniano, libro II, § 15 y comentado ampliamente por el autor de este libro en su estudio intitulado “El artículo séptimo del Título Preliminar, llave maestra de la Teoría General del Derecho Civil y Procesal”, publicado en el Libro Homenaje a José León Barandiarán, pag. 453 a 493, editorial Cusco, Lima, 1985 y, desenvuelto, ampliamente en mi otro libro intitulado “La Ciencia del Derecho Procesal”, pag. 699 a 798, Lima, 1991.

Y así ya estamos estudiando la apasionante historia del Derecho Procesal en la Edad Media, al revisar la obra magna de los grandes procesalistas de esta época, citando, aparte de la obra tantas veces mencionada de Savigny, el gran maestro de Frankfurt, a **WUNDERLICH**, en su estudio “Beiträge zur Literaturgeschichte des Prozesses im 12 und 13 Jahrhundert” (“Contribución a la historia de la literatura del proceso en los siglos XII y XIII”), publicado en la revista *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. 11 (1842); a **AUGUST BETHMANN-HOLLWEG** en su obra magna *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, (El proceso civil del Derecho común en su desenvolvimiento histórico, 1868), así como a **ARTHUR ENGELMANN** en su *A history of continental civil procedure* (1927). Es la edición que seguimos por tenerla a la vista, en defecto de la original alemana: *Geschichte des Civilprocesses* (1890); y, por supuesto, a los grandes clásicos de la Historiografía alemana e italiana, a los que hemos venido citando rigurosamente.

Entre los grandes procesalistas de la Escuela de Bolonia, aún nos hemos de referir a **DINO DE MUGELLO**, cuyas obras fueron: *Scritti esegetici intorno ai libri di jus*, *De actionibus*, *De regulis iuris in sexto*, *De praescriptionibus*, *De successionibus ab intestato*, *De primo et segundo decreto*, *De interesse*, *De ordine judicialio*, *De praesumptionibus*, *Modus arguendi*, *Consilia*, *Quaestiones seu Disputationes*, *Singularia*, *Tractatus quartarum*, *De cumulatione actionum*, *Tractatus dictionum*, *Tractatus substitutionum*; a **GIOVANNI DE DEO**, autor de un *Liber iudicium*, que fue un sistema del proceso en cuatro libros; *Cavillationes*, *Commentario In Ioannis Arborem actionum*, *Breviarium decretorum s. decretum abbreviatum*, *Flos decretorum*, *Casus decretalium cum canonibus concordante* (o *concordatas*, *Tabula decreti*, *Apparatus super toto corpore decretorum*, *Continuazione dell'apparato di Ugucione*, *Liber dispensationum*, *Liber pastoralis*, *Liber poenitentialis*, *Liber distinctionum*, *Arbor versificata*, *Liber Quaestionum*, *Chronica*, *Liber opinionum*, *Summa de sponsalibus*, *Prelezioni sulle decretali*, *Commentum super novellis decretalium*, *Catalogus Haereticorum*, *Liber primarius de variis iuris pontificii materiis*, *Summa moralis*, *De abusibus contra canones*, *Epistola super probatione decimarum*; a **MARTIN DE FANO**, quien fue un discípulo de Azón que escribió un sistema del procedimiento titulado *Der Ordo iudiciorum*, editado por Ludwig Wahrmund en 1906 y reeditado en 1962 por la Scientia Verlag Aalen; así como un libro sobre los libelos titulado *Das Formularium*, editado por Ludwig Wahrmund en 1907 y reeditado en 1962 por la Scientia Verlag Aalen; a **EGIDIO DEI FUSCARARI**, quien murió en 1289 en Bolonia, en cuya Universidad fue el primer laico que enseñó Derecho Canónico. Escribió una obra notable titulada *De ordine iudicialio*, que constituye un sistema de Derecho Procesal en el que se inspiró **GUILLERMO DURANTIIS** para escribir su famoso *Speculum iudiciale*.



**GUILLERMO DURANTIIS, DURANDO** o **DURANDII** nació en 1237 en Beziers, cerca de la parroquia de Puimisson, y murió en Roma en 1296, después de haber desempeñado altos cargos eclesiásticos. Es un personaje inmortal en nuestra historia y, especialmente, en la ciencia del Derecho Procesal, por haber escrito el más grande tratado medieval sobre el proceso, titulado *Speculum iudiciale*, que constituye todo un sistema teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y de Derecho Procesal Canónico. La obra está dividida en cuatro libros: el primer libro trata de los sujetos del proceso; el segundo, del procedimiento civil; el tercero, del proceso penal; y el cuarto, de casos especiales y de formularios prácticos sobre la demanda, sobre las posiciones e, incluso, de formularios de contratos. Esta obra, como lo admite el propio Savigny, adquirió una gran y durable celebridad por su gran utilidad teórica y práctica. Esta obra fue de gran utilidad por las adiciones que le hicieron notables juristas como **GIOVANNI D' ANDREA** y **BALDO**, sobre todo el primero, por la gran cantidad de referencias históricas y bibliográficas.

El *Speculum iudiciale* o “Espejo judicial”, refleja cual un espejo todo el sistema judicial y es, como dice **SALVIOLI**,<sup>(1)</sup> “una obra colosal, enciclopédica, no solo del proceso, sino de todo el Derecho Privado y Criminal, Civil y Eclesiástico, que influyó en todo el Derecho de su tiempo, hasta nuestros días”, “obra que a Duranti le confirió el nombre de ‘el Speculator’, con el cual es frecuentemente citado”. **FRANCESCO CALASSO**, a su vez, dice que el *Speculum iudiciale* a través del proceso refleja (*Speculum*) todo el sistema del Derecho que se divide en cuatro partes”.<sup>(2)</sup>

**KNUT WOLFGANG NORR**, por su parte, dice en el *Handbuch* de Helmut Coing, que “toda la sabiduría ancestral del Derecho Procesal encuentra en el *Speculum iudiciale* de Guillermo Durantiis (muerto en 1296) su culminación (*Abschluss*)”. El *Speculum* constituye una obra selecta de la cultura jurídica europea y un original y profundo libro-guía para la ciencia de su tiempo.<sup>(3)</sup>

**GUILLERMO DURANTIIS** o **DURANDO** (1236-1296), a nuestro modo de ver, fue el más grande procesalista del Medioevo. Prelado, liturgista y magistrado, después de graduarse en Derecho Canónico en la Universidad de Bolonia, dictó cátedra en el célebre *studium bononiensis* y, posteriormente, en la Universidad de Módena. Luego fue nombrado, en 1260, auditor; luego, juez comisionado y, luego, vocal de apelaciones en la Sagrada Rota. En el Segundo Concilio de Lyon de 1274 era uno de los redactores de los estatutos, designado por el Papa Gregorio X.

En 1278, cuando Bolonia y la Romagna fueron incorporados a los Estados Pontificios, Durantiis fue uno de los primeros comisionados para la administración temporal en la nueva provincia, llegando a ser Gobernador General en 1283. En 1286 fue consagrado obispo de Mende, al Sur de Francia, tomando posesión de su cargo en 1291. En Mende publicó un libro de reglas litúrgicas, *Rationale divinatorum officiorum*, que fue un famoso tratado de liturgia en el que se inspiraron los obispos, los prelados, el Derecho Canónico, deviniendo en texto clásico sobre la materia.

Su fama, empero, se debe a su obra fundamental: *Speculum iudiciale*, publicada entre 1271-1276, revisada en 1289-1291.

(1). **GIUSEPPE SALVIOLI** (Profesor en Nápoles): *Storia del Diritto italiano*, p. 11, in fine, 1<sup>a</sup>, Turin, UTET, 1911.

(2). **FRANCESCO CALASSO** (Profesor en Roma): *Medioevo del Diritto*, p. 11, Giuffrè Editore, Milan, 1911.

(3). **KNUT WOLFGANG NORR** (Profesor en Tübingen). Colaborador con otros profesores en el ya clásico manual del Profesor HELMUT COING, fundador y director del Max Planck-Institut para la Historia del Derecho Europeo de Frankfurt del Meno: “La Literatura sobre el Proceso Civil Medieval”, “Trabajos sobre Durantiis” en *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrecht-Geschichte*, Band I, (vol. 1), p. 19, Verlag C.H. Beck, Munich, 1911.

La primera parte trata de los sujetos del proceso y de los actos procesales de las partes; la segunda, trata del desarrollo del procedimiento, inspirándose en las doctrinas del maestro Tancredus Bononiensis en su *Ordo Iudiciorum*, así como en las doctrinas procesal-canonistas de Roffredus Beneventanus, Gratia Aretino, Aegidius De Fuscarariis y de las doctrinas procesal-civilistas del así llamado Ulpianus De Edendo, Bulgaro, Johannes Bassianus y de la *Summa de Ordine Iudiciario* de Ricardus Anglicus, entre otras obras, como el *Quia Iudiciorum* u *Ordo Bambergensis* de autor anónimo, etc.; la tercera parte trata del Proceso Penal, y la cuarta trata de los modelos judiciales y formularios actuariales y notariales según los había formulado el maestro Rolandino de Passaggieri (1234-1300), profesor en Bolonia, que fue el gran sistematizador de la ciencia notarial en su *Summa Artis Notariae*.

El *Speculum iudiciale* de Durantiis es, pues, una obra fundamental para la ciencia procesal y para la Historiografía medieval del Proceso. Ha sido editado con adiciones de Johannes de Andrea y de Baldo de Ubaldis en Roma (1473), Venetiae (1501) y Basilea (1563).

Referencias en el tomo II de Savigny: *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo* (p. 530-546), Helmut Coing, *Handbuch*, Band I (p. 394) y hay una edición abreviada de Johannes von Stynna: *Speculum Abbreviatum* de 1332-1334; confróntese, además, en Theodor Mütter: *Historia del Proceso Romano-Canónico en Alemania* (1872, p. 1-31).

Otro brillante procesalista medieval fue GIOVANNI D'ANDREA o JOHANNES D'ANDREAE, quien escribió unas *Additiones* al *Speculum* de Duranti.

Giovanni D'Andrea es fundamental en nuestra historia del pensamiento jurídico por sus célebres adiciones al *Speculum iudiciale* de Guillermo Durantiis. Nació en 1270, fue profesor en Bolonia, luego en Padua y finalmente de nuevo en Bolonia hasta su muerte, a los 78 años, ocurrida el 7 de julio de 1348, con motivo de la gran peste que asolaba Italia por aquella época.

Las adiciones de Giovanni D'Andrea fueron reproducidas por Savigny en su *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*, vol. III, p. 227-231 (1972), las mismas que, en esencia, aluden muy brevemente, a los siguientes maestros del procesalismo medieval: Tancredus, Richardus Anglicus, Bagarotus, Tancredi, Roffredus Beneventanus, Ubertus de Bobio, Ubertus de Bonacurso, Joannes de Deo, Gratia Aretinus, Bonaguida, Ioannes de Blanosco, Aecidius Bononiensis, Bernardum Dorna, Gilhelmus de Drokedo, Albertus Galeotus, Nepos de Monte Albano, Odofredus, Martinus de Fano, Guido de Suzara, Rolandinum de Romanciis y Rolandinum Passagerium.

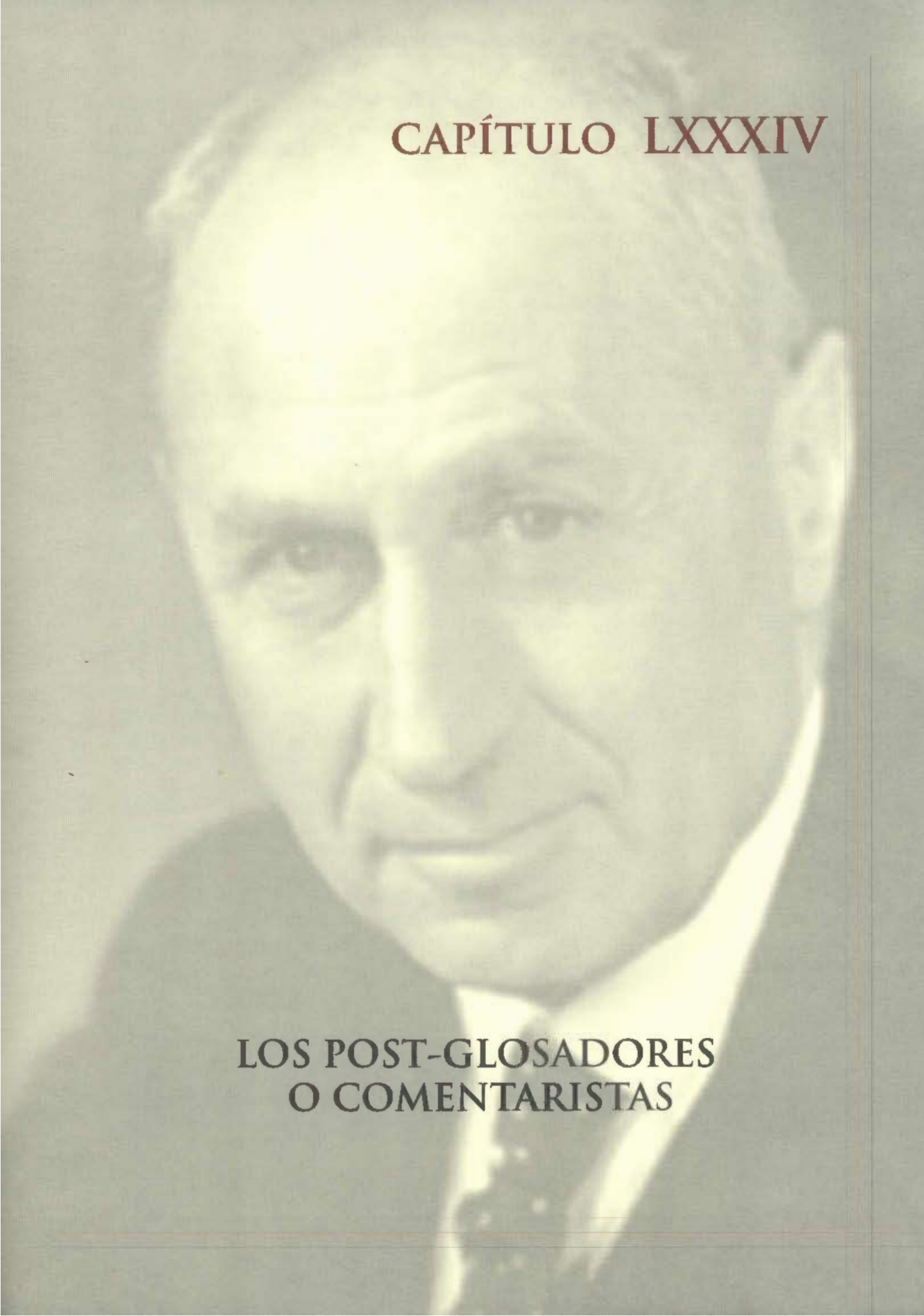
Esta historiografía medieval debe remontarse hasta ODOFREDO, quien nació en Bolonia a fines del siglo XII o comienzos del siglo XIII, fue profesor en el legendario *Studium*, enfrentándose como antagonista a Accursio, y murió allí mismo el 3 de diciembre de 1265.

La vida y el pensamiento de Odofredo han sido estudiados admirablemente por Nino Tamassia, uno de los grandes maestros de la escuela historiográfica italiana, en las páginas 336-461 del volumen segundo de sus *Scritti di Storia Giuridica* (1967) y ampliado, luego, en sus "Paralipomeni Odofrediani" que corre en las páginas 462-464 de la obra citada.



Según Odofredo, el primero en enseñar Derecho Romano Civil y Procesal, por su propia autoridad, fue el maestro Pepone. ¿Quién fue Pepone? Esta pregunta la hemos absuelto en la p. 1285 de este nuestro volumen *Historia del pensamiento jurídico y filosófico*.

Empero, la Historiografía no ha llegado a desvanecer aún ni la luz espectral ni la penumbra con la que se evoca siempre a todos estos maestros legendarios y autores anónimos que yacen en la fantasmagoría del aquelarre historiográfico.



CAPÍTULO LXXXIV

LOS POST-GLOSADORES  
O COMENTARISTAS



## CAPÍTULO LXXXIV

### LOS POST-GLOSADORES O COMENTARISTAS

La Historiografía ha designado con el nombre de post-glosadores a un conjunto de autores que vivieron y escribieron después de los maestros de la Glosa. También se les conoce con el nombre de Comentaristas porque el género literario de los *Commentaria* constituyó su estilo preferido.

Este estilo y este género surgió en la gran universidad francesa de Orleáns, tema este que ha sido investigado, fundamentalmente, por el profesor **MEIJERS** (1880-1954), de la Universidad de Leyden, en su estudio “L’université d’Orléans au XIIIe siècle” que forma parte de su investigación: “L’enseignement du droit dans trois universités du XIIIe siècle”, publicado en su libro *Etudes d’histoire du Droit*, vol. III (p. 3 y ss., 1959).

“La importancia de la Universidad de Orleáns en el siglo XIII ha sido totalmente desconocida por mucho tiempo. Aun hoy día no ha sido apreciada en su justo valor” (p. 3).

Después de narrarnos, a modo de introducción a nuestro tema, las vicisitudes que precedieron al surgimiento de este género, nos evoca el profesor Meijers a **ETTIENNE DE MONTFORT** y a **EUDES DE LORRIS**, los precursores de la Escuela, entre los que también debe incluirse a **JEAN DE MONCHY**, canónigo de la catedral, a **SIMÓN DE PARÍS**, sacerdote diocesano, a **FOULQUES DE LAON**, **PIERRE DE MORNAY**, **JACQUES DE BOULOGNE** y **PIERRE DE LA CHAPELLE**, entre otros juristas del siglo XIII, a la cabeza de los cuales debe aún mencionarse a **GUIDO DE GUINIS** quien, hacia la mitad del siglo XIII, fue el profesor más ilustre de la escuela de Orleáns, según nos dice el profesor Meijers en la p. 30, in fine, de su obra citada.

**JEAN DE MONCHY** fue sin duda alguna el profesor más estimado de sus contemporáneos. Él fue profesor de **JACQUES DE RÉVIGNY** y probablemente de **PIERRE DE LA CHAPELLE**.<sup>(1)</sup> Los tres pueden ser considerados como la gran trinidad de dicha Escuela.

**JACQUES DE RÉVIGNY** nació entre 1230 y 1240 y fue discípulo de Jean de Monchy. Ejerció la docencia en Orleáns y, después de haber sido abate de Verdún y arcediano en Toul, murió viajando a Roma, en Ferentino, en 1296.

Su curso sobre las *Institutas* es probablemente el más antiguo de los escritos de Révigny y en él brilla su estilo de comentarista, el mismo que se repite al comentar el *Digestum Vetus*, el *Código*, el *Digestum Novum*, el *Authenticum* y el *Infortiatum*.

Después de Jacques de Révigny, **PIERRE DE BELLEPERCHE** fue el más grande jurisconsulto que produjo la antigua Escuela de Orleáns. Su influencia sobre la posteridad se sitúa incluso sobre el mismo Jacques de Révigny.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup>.- E. M. MEIJERS: *Etudes d’histoire du Droit*, vol. III, p. 7, Leyden, 1959.

<sup>(2)</sup>.- *Ibid.*, p. 7.



De familia modesta, Pierre de Belleperche hizo sus estudios en Orleáns, donde fue discípulo de Jacques de Révigny. Terminados sus estudios, él devino profesor explicando el *Infortiatum* y escribiendo su Comentario sobre las Obligaciones en 1280 para, luego, consagrarse al servicio del rey, destacando como uno de los principales consejeros de la Corona conjuntamente con Guillaume de Nogaret y Guillaume de Plaisian.<sup>(3)</sup>

Murió en enero de 1308 y a través de sus obras se revela su estilo de gran comentarista: *Trente-six repetitions sur le Code et treize sur le Digestum vetus*, *Cours sur les Institutes*, “*De Obligationibus*” (Digesto 45, 1), *De actionibus*, *Brocarda ou Distinctiones*; etc.

Otro insigne comentarista de la Escuela de Orleáns fue **GUILLERMO DE CÚNEO**, quien pudiera haber sido de origen italiano, a estar por su apellido, que se remonta a la ciudad de Cúneo, aunque Guy Coquille, citado por Savigny,<sup>(4)</sup> lo hace provenir de Cugno y alude a otros apellidos ilustres como Coing, que tienen este genitivo y, por otra parte, según Meijers,<sup>(5)</sup> habría sido originario de Rabanstens.

También Guillermo de Cúneo está inmerso en esa luz espectral, en esa penumbra de la que emergen todos estos maestros legendarios que yacen en la fantasmagoría del aquelarre historiográfico. Lo que sí sabemos de él es que fue discípulo de Jacques de Révigny, a estar por las continuas citas que hace de él en sus Comentarios intitulados *Lectura Codicis*, según el manuscrito de Bale publicado en la edición de Lyon de 1513, de la que nos da cuenta el profesor **MEIJERS** en la p. 122 del volumen III de sus ya citados *Etudes d'histoire du Droit*.

Añade el profesor Meijers que **GUILLERMO DE CÚNEO** fue autor de otros insignes Comentarios: *Lectura super Digesto Viteri*, con “adiciones de Raynerius de Fordivio y Noticias en torno a Guillelmus de Cúneo”; en la p. 61, Savigny nos dice que “después de haber estudiado en Bolonia fue profesor en Orleáns y en Tolosa, fue contemporáneo de **CINO DE PISTOIA** y murió en la gran peste de 1348”.<sup>(6)</sup>

**GUILLERMO DE CÚNEO** también profesó la docencia en la Universidad de Toulouse entre los años 1310 a 1320, en donde brilló como un gran profesor de Derecho Civil. De sus clases han quedado no solo sus Comentarios referidos a la *Lectura Codicis* sino, también, sus Comentarios referidos al *Digestum Vetus*, al *Infortiatum*, al *Digestum Novum* y al *Volumen Parvum*.

Dice el profesor **MEIJERS** que “la influencia de Guillaume de Cunh sobre la evolución de la Ciencia del Derecho en Italia fue muy grande” y cita, para reforzar su opinión, los testimonios que sobre el maestro de Cúneo aportaron Paulo de Castro, Baldo de Ubaldis y Bartolommeo de Saliceto, grandes comentaristas de Bolonia.<sup>(7)</sup>

<sup>(3)</sup>.- *Ibíd.*, p. 77.

<sup>(4)</sup>.- **SAVIGNY**, *ob. cit.* vol. II, p. 309, cita de pie de página (b).

<sup>(5)</sup>.- **E. M. MEIJERS**, *ob. cit.*, vol. III (“Le Droit Romain au Moyen Age”), p. 100.

<sup>(6)</sup>.- **SAVIGNY**: *Storia...*, *cit.*, p. 100.

<sup>(7)</sup>.- **E. M. MEIJERS**, *ob. cit.*, vol. III, p. 79.

En conclusión, podemos dejar establecido que los maestros de la Escuela de Orleáns desarrollaron, a través de la dialéctica, el método del comentario. Dice al respecto el profesor Meijers: “Como los juristas italianos contemporáneos de los franceses, estaban indudablemente más aptos a juzgar si un nuevo método era aplicable, ¿como fue que ellos vinieron a considerar a los franceses como los creadores del método dialéctico?. Muchas circunstancias han contribuido a ello. Hay muchas observaciones puramente especulativas para explicarnos porqué las obras francesas tuvieron más éxito que las obras italianas. Los franceses formularon las observaciones dialécticas más adecuadas a los problemas con finalidad práctica, lo que nos explica una antigua concepción: así como los pasajes que trataban de la definición y de las distinciones del interés, o de las diferencias de fuentes de los pactos o de si la acción era de Derecho de gentes o de Derecho Civil, etc. Estas son precisamente las explicaciones que tuvieron una gran aplicación en Italia y que dieron lugar al nacimiento de los grandes comentarios... En tercer lugar, se debe mencionar la libertad con la que la escuela francesa manejaba los textos. Estos fueron principalmente los argumentos interpretados por analogía de la ley, aplicables a los casos de la vida cotidiana. En fin se puede considerar al método francés como dialéctico”.<sup>(2)</sup>

Grandes comentaristas fueron no solamente los maestros franceses de las escuelas de Orleáns y de Toulouse. También lo fueron los más grandes maestros de la Escuela de Bolonia, conocidos comúnmente con el nombre de post-glosadores, expresión errónea que denota un vacío ontológico, epistemológico, gnoseológico y estilístico que, con más propiedad, debería llamarse Escuela de los Comentaristas, por el predominio del Comentario y de la argumentación dialéctica.

En tal sentido designamos a una brillante tríada, a la cabeza de la cual nos deslumbra una figura genial, dedicada en cuerpo y alma al estudio y comentario del Derecho: Bartolo. Lo precedió en el tiempo Cino da Pistoia y lo sucedió como gran maestro en el género del Comentario Baldo de Ubaldis. Su época: el “Trecento”. Época de advenimiento de nuevos estilos, de nuevas técnicas y de un cambio en el pensamiento filosófico y jurídico, en el que predomina una nueva *ratio* y una nueva *interpretatio* a la luz del pensamiento de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino y que es decisiva en el pensamiento jurídico francés con los maestros de la Escuela de Orleáns y sus insignes dialécticos Pierre de Belleperche, Jacques de Révigny y Jean de Monchy, la gran tríada dialéctica que se consagra en una nueva técnica de la interpretación jurídica: el Comentario, que tuvo en Cino da Pistoia a su continuador en la Escuela de Bolonia.

**CINO DA PISTOIA.**- Cino Sighibuldi nació en Pistoia —nombre con el que pasa a nuestra historia— alrededor de 1270; se formó en el célebre *Studium*, teniendo como maestros a Dino da Mugello, a Francesco d’Accursio y a Lambertino de Ramponi. Luego de doctorarse viajó a Francia, sintiéndose atraído por la fama de la Escuela de Orleáns y de sus grandes maestros, como Pierre de Belleperche, quien encausó su espíritu de independencia, así como de rebelión y de reacción contra la autoridad de Accursio y de su *Magna Glossa*. De regreso a Italia llegó a enseñar en el *Studium de Bolonia*; luego fue juez para, luego, profesar como docente en las universidades de Siena, Florencia y Perugia, donde tuvo como discípulo a Bartolo de Sassoferrato; luego enseñó en Nápoles y finalmente regresó a Bolonia, donde se consagra con la *lectura super codice*, Comentario al Código que constituyó la razón vital de toda su existencia y en el que planteó su programa metodológico para la interpretación del texto justiniano: “*primo dividam, secundum ponam casum, tertio colligam, quarto opponam, quinto*

<sup>(2)</sup> Ibid., p. 1111.

*quaeram*”, que es todo un desarrollo dialéctico de su metodología hermenéutica. El maestro Franz Wieacker nos explica el desarrollo de las ocho operaciones dialécticas del Comentario: “aquí van reunidas operaciones de crítica de textos (*prolego*, con pormenorización y distinción entre variantes), analíticas (*scindo*: separar lógicamente el problema del párrafo), casum-que figuro: ejemplificación; do causas: las cuatro causas aristotélicas, las llamadas brocárdicas y sintéticas, como la enunciación del problema en conjunto (*promitto*), la recapitulación bajo la referencia a autoridades y decisiones (*summo*) y la generalización, la formulación de reglas y la analogía (*connoto*, de la que también forma parte la colaboración de *cognata* y *similia*). Cuéntense también entre ellas la solución de las objeciones y controversias (*obiicio*) mediante los recursos dialécticos de las *distinctiones*, *amplificationes* y *limitaciones*, de cuyo concertado empleo se engendra, pues, el sistema”<sup>(1)</sup>.

Cino fue autor también de unas *Additiones in Codicem* y de un tratado *De la successione ab intestato*; pero la obra que debería haber sido la más grandiosa de todas, titulada *Lectura Super Digesto Veteri*, se truncó fatalmente con su muerte en Pistoia a fines de 1336 o a comienzos de 1337.

El profesor Domenico Maffei, de la Universidad de Siena, ha hecho un notable estudio de la *Lectura Super Digesto Veteri, di Cino da Pistoia* (Studio sui Mss Savigny 22 e Urb. Lat. 172), 1963, en el que dice: “he tenido la fortuna de identificar la perdida lectura de Cino sobre el *Digestum Vetus*, obra que —aunque incompleta— tiene singular importancia para el conocimiento del pensamiento jurídico medieval. La lectura, ya interesante por su contenido, tiene una historia mucho más atrayente. Elaborada por el maestro de Pistoia en los últimos años de su vida, fue utilizada por los juristas en el curso del ‘Trecento’”.<sup>(2)</sup>

A su vez, la profesora Maria Ada Benedetto, de la Universidad de Turín, nos ha dicho que “la grandísima y durable fama de la obra de Cino se debe a la riqueza de su contenido, a la seguridad y agudeza de juicio y a la sensibilidad jurídica del gran pistoiense. Él se propuso hacer argüir a la autoridad de los brocarda y a la autoridad siempre más invasora de la Glosa *accursiana* y de tornar a un examen más directo de las fuentes de acuerdo al desenvolvimiento real de la vida del Derecho, según las nuevas formas de la vida comunal. Su comentario revela no solo un amplio conocimiento de la literatura jurídica sino una profunda cultura literaria y filosófica que acusa la influencia de la escolástica, rompiendo el viejo formalismo, sobre todo cuando Cino combate a los canonistas o tiene conciencia de la gran influencia del florentino Accursio. Cino fue el verdadero docto de la edad medieval y al mismo tiempo encarnó el espíritu del humanismo al abarcar los confines espaciales y temporales en la cultura de su tiempo. Nacido en un período de transición —antiguo es el fondo de sus obras jurídicas— mas él trascendió al espíritu hostil a la Glosa y al método dialéctico, no solamente en su poesía, donde junto al recuerdo de los poetas precedentes se presagia el advenimiento del gran Petrarca. En la historia del pensamiento medieval, Cino constituye el punto de paso entre las antiguas y las nuevas tendencias y puede decirse que su espíritu es universal, como universal fue su fama entre sus contemporáneos y la posteridad”.<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup>. FRANZ WIEACKER: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, p. 1, editorial Aguilar, Madrid, 1961.

<sup>(2)</sup>. DOMENICO MAFFEI, *ob. cit.*, p. 1.

<sup>(3)</sup>. MARIA ADA BENEDETTO: “Cino da Pistoia”, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, (LAT COND), p. 100, U.T.E.T., Turin, 1961.



BARTOLO DE SASSOFERRATO nació el 10 de noviembre de 1314 en Venatura, una pequeña villa de la comuna de Sassoferrato, en el territorio que más tarde sería el ducado de Urbino, y murió a los 43 años en Perusa, el 13 de julio de 1357.

Mal grado su *vita brevis*, Bartolo se yergue como un inmortal a lo largo del tiempo y del espacio. Un maestro y un hombre que es recordado con tanta emoción intelectual en todo el mundo a seiscientos años de su muerte, es un ser que está, como los grandes espíritus, más allá del tiempo y del espacio. Ha devenido un inmortal y yo por ello lo considero el prototipo del *homo juridicus*. Un hombre simbólico, como lo llamaría Emerson. Fue un brillante profesor en las universidades de Pisa y de Perusa, cuya fama fue tan grande que “no fue superada por ningún profesor de la Edad Media”, como lo reconoce Savigny en el vol. II, p. 638 de su famosa *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo* (1972).

Como ha dicho el maestro Calasso: “Un hombre que puede dar por sí solo el nombre a un congreso internacional que se celebra seiscientos años después de su muerte, tiene que ser ubicado fuera del tiempo y del espacio”.<sup>(1)</sup>

Y añade luego: “bien poco, en verdad este hombre le pidió a la vida: 43 años fueron suficientes para su tránsito en el mundo —como habría dicho su contemporáneo Giovanni d’Andrea: ‘per haec transitoria mundana’— mas fueron suficientes para que su obra diera nombre a un siglo y a una época de la historia del pensamiento jurídico. Esta consideración, nos obliga a denominar a su tiempo y a su patria como “el siglo de Bartolo”: ‘il Trecento italiano’”.<sup>(2)</sup>

“Massimo fra tutti è Bartolo, dice el profesor Ermini en su *Corso di Diritto comune, professore a Pisa e a Perugia, malgrado la sua breve vita, scriveva commentari a ogni parte del Corpus del Diritto Civile, e letture e ripetizioni e questioni e consigli e una serie di preziosi trattati, oltre una quarantina, sui piú disparati argomenti; e in ogni suo lavoro —quel che piú importa— lasciava la chiara impronta del suo genio, che, usando con moderazione dei nuovi metodi e senza ripudiare il diritto della glossa, indicava con pochi tratti, e spesso con assoluta originalità, la nuova dogmatica per i piú ardui problemi. Le naturali capacità costruttive si univano in lui con una larghissima conoscenza dei testi e una straordinaria ricchezza di mezzi di argomentazione*”.<sup>(3)</sup>

Por su parte, ha dicho el profesor Martim de Albuquerque en su lección de concurso para asumir la cátedra en la Facultad de Derecho de Lisboa, que “Bártolo simbolizou largo tempo o Homem de Direito no melhor sentido da expressão ‘nullus bonus iurista nisi sit bartolista’”.<sup>(4)</sup>

Añade el profesor Albuquerque: “Estudar pois Bártolo de Sassoferrato, enquanto expressáo do grande fenómeno jurídico a que emprestou o próprio nome —o bartolismo—, apresenta incontestável interesse para os juristas. Fenómeno largamente protraído no tempo, com momentos de esplendor e de ocaso, com zonas de claridade e contraste, que melhor tema de meditação para os que se destinam à carreira jurídica?... Bártolo constitui em geral tema de meditação para o jurista, mas é-o, especialmente, para os portugueses. Em país algum logrou, na realidade, a projecção que obteve no nosso. Se na Itália se criou, em Pavia, uma cátedra exclusivamente para o comentar -Lectura textus, glossae et Bartoli- e uma lei de Francisco II delle Rovere, duque de

(1). FRANCESCO CALASSO: “L’eredita di Bartolo”, en: Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario, vol. I, p. 1, Giuffrè editore, Milán, 1962.

(2).- *Ibid.*, ob, y loc. cit.

(3). GIUSEPPE ERMINI: *Corso di Diritto comune*, tomo I, p. 29, Dott. A. Giuffrè editore, Milán, 1962.

(4). MARTIM DE ALBUQUERQUE: “Bártolo e bartolismo na historia do direito português”, en *Boletim do Ministerio da Iusticia*, Nº 304 -Março-1991, p. 31.



*Urbino (1613) o coloca à cabeça das autoridades citáveis; se Juan II de Castela proibiu em 1427 a invocação nos tribunais de autores posteriores a João André e Bártolo, medida esta que os Reis Católicos fugazmente (de 1499 a 1505) confirmaram e completaram ao incluírem Bártolo nas autoridades a seguir em caso de dúvida e no silêncio legal”.*<sup>(9)</sup>

La vida y el pensamiento de Bartolo ha sido y siempre será un tema de atracción historiográfico para disertar, escribir, evocar y soñar, como todos los grandes maestros que cito y que han escrito sobre Bartolo subyugados por el magnetismo que irradia el pensamiento atrayente del inmortal maestro perusino. El primero que sintió el impacto de este hechizo hipnótico, de esta *vis atractiva*, fue su discípulo BALDO DE UBALDIS en su obra *De Commemorationibus famosissimorum doctorum in utroque iure*, obra lamentablemente perdida desde el siglo XVI. La evocación de Bartolo la asumió en 1511 TOMÁS DIPLOVATAZIO, un jurista insigne nacido en Corfú en 1468, muerto en Pesaro el 29 de mayo de 1541. Muy joven hizo sus estudios en Ferrara y se doctoró en 1490; luego peregrinó por toda Italia y, después de ejercer la abogacía en el Tribunal de Pesaro desde 1494, fue profesor de Derecho en Venecia desde 1517. Diplovatazio pasa a nuestra historia por haber escrito un libro luminoso que también se ha perdido: *De praestantia doctorum*, pérdida de la cual se salvó solamente la copia del noveno libro *De claris iuris consultis*, uno de los doce que lo componían, en el que la biografía de Diplovatazio servía de introducción para sumergirnos en la evocación histórica de la *Bartoli vita*, libro que es un clásico inmortal y que ha sido fuente de inspiración para Savigny, Kantorowicz, Meijers y para los grandes maestros de la Historiografía, copia de cuyo original perdido se encuentra en la Biblioteca Oliveriana en la ciudad de Pesaro —allá al Norte de Italia, en las orillas del mar Adriático—, manuscrito casi ilegible cubierto de una serie de apostillas y anotaciones de muchas manos que han leído, releído y anotado el manuscrito oliveriano, según nos da cuenta Giuseppe Forchieli en su estudio titulado “Bartolo ¿canonista?” que corre en el vol. II de *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario* (1962, p. 248).

De las muchas ediciones de la obra cumbre de Diplovatazio, todas empiezan citando como fuente al *Codice Oliveriano 203*, cuya única copia existente es el manuscrito de Pesaro de 1511 que, a su vez, ha dado lugar a las varias ediciones publicadas en Venecia a partir de 1520 ó 1521; Basilea, 1588 y, sobre todo, una edición de Palmieri llamada *Thomae Diplovatatii de praestantia doctorum opus* (Bologna, 1894), edición muy criticada, como también la edición cuatro años anterior, de Pescatore, editada en Berlín en 1890, siendo fundamental la edición de Hermann Kantorowicz y Fritz Schultz: *Thomas Diplovatatus, de claris iuris consultis* (Berlín-Leipzig, 1910), de la que hay una traducción italiana con una notable *Premessa* de G. Rabotti (1968) en la serie *Studia Gratiana*, X (véase al respecto: Mario Ascheri: *Saggi sul Diplovatazio*, p. 123-131: Apéndice: In margine all’edizione del *De claris iuris Consultis. Pars Posterior*; véase, asimismo, el cap. I del libro de Ascheri: “Addenda e corrigenda a Hermann Kantorowicz”, p. 9-27 y el cap. II: “Las ediciones de Bartolo”, p. 28-73, Milán: Giuffrè, 1971; ediciones estas que han dado lugar a un notable estudio de Guido Rossi titulado “La Bartolo vita di Tommaso Diplovataccio secondo il codice oliveriano 203”, corriente en el libro *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il sesto centenario*, vol. II (p. 441-502).

<sup>(9)</sup>.- *Ibid.*, p. 9.

Aparte de las apreciaciones críticas en este notable estudio de Guido Rossi, corre la versión misma de la vida de Bartolo según Diplovatazio y que, en esencia, se contrae a dejar establecido:

- I. Nacimiento de Bartolo; sus primeros estudios; el estudio del Derecho bajo la guía de sus varios maestros.
- II. Su doctorado
- III. Su actividad práctica como asesor y su preparación a la enseñanza.
- IV. Su profesorado y su fama.
- V. Datos somáticos y sus costumbres de vida.
- VI. Honores obtenidos.
- VII a IX. Autoridad y vida de Bartolo según el testimonio de sus contemporáneos, de sus discípulos y continuadores; su grandeza y fama.
- X. Fases de su enseñanza y de su pensamiento.
- XI. Sus comentarios al Digesto, al Código y a las Auténticas.
- XII. Su comentario a las Instituciones. Sus tratados.
- XIII. Su Concilia y sus Quaestiones; sus glosas a las Extravagantes.
- XIV. Su familia.
- XV. Su muerte y su elogio.

#### LAS OBRAS DE BARTOLO:

Por nuestra parte, nosotros, inspirándonos en Savigny, podríamos clasificar las obras de Bartolo con arreglo al siguiente criterio:

##### I. Obras de Derecho Civil:

1.- *De fluminibus seu Tyberiadis*, en la que se trata de la adquisición de la propiedad por vía del curso del agua: a) por aluvión; b) por el cauce de un río mediante sus riberas: los ribereños son los dueños o moradores de un predio contiguo a un río o de su cauce abandonado; c).- de la isla: ¿a quién pertenece la isla que nace o el cauce abandonado por las aguas o de las consecuencias engendradas por el aluvión?

2.- *De alimentis*

3.- *De arbitris*

4.- *De successione ab intestato*

5.- *De natura actionis et interdictorum*

6.- *De praescriptionibus*

7.- *De substitutionibus*

8.- *Liber minoritarum decisionum*, nel Cod. Vatic., 2625, fol. 179, en el Cod. Estensis, VI, f. 22, fol. 86. E un trattato in quattro libri della capacità ereditaria dei minori.

##### II. Obras de Derecho Procesal:

1.- *Ordo iudicii*

2.- *Ritus iudiciorum*

3.- *De iurisdictione*

- 4.- De citatione
- 5.- Tractatus praesumptionum
- 6.- De procuratoribus
- 7.- Tractatus testimoniorum seu de testibus
- 8.- Quaestio inter virginem Mariam et diabolum.

El pensamiento procesal de Bartolo planteó posiciones de avanzada al sostener una concepción publicista del proceso y al fundamentar el principio *Iura Novit Curia*, así como el principio de dirección del proceso por el juez en sus obras *De Jurisdictione*, *De Citatione*, *De Arbitris*, *De differentiae inter ius canonicum et civile*; pero, sobre todo, en sus comentarios al *Digesto* y al *Código*, en los que sostuvo la doctrina de que: “*ex officio supplet in his quae pertinent ad utilitatem publicam*”<sup>(1)</sup>. “*Supplet de facto pro absente contra quem petitur ut veritas elucescat*”.<sup>(2)</sup>

“*Supplet in his quae radicanur in se ipso parte non petente*”.

“*Supplet in suo officio de facto in inquirenda veritate instrumenti in iudicium deducit et in inquirenda condiciones testium inductorum*”.<sup>(3)</sup>

Un precedente a la moderna teoría del debido proceso puede rastrearse en su estudio titulado *Quaestio inter virginem Mariam et diabolum*, según el cual la Virgen María es la defensora del género humano y Satanás, como siempre, es el acusador.

### III.- Obras de Derecho Penal:

- 1.- *Glossa in Extravagantes Ad reprimendum et Qui sint Rebelles*.
- 2.- *De carceribus*
- 3.- *De percussionibus*
- 4.- *De quaestionibus*
- 5.- *De cicatricibus*

### IV.- Obras de Derecho Público:

- 1.- *De tyrannia*
- 2.- *Tractatus repressaliarum*
- 3.- *De insigniis et armis*
- 4.- *Tractatus bannitorum*
- 5.- *De Guelphis et Gibellinis*
- 6.- *De regimine civitatis*
- 7.- *De statutis*

<sup>(1)</sup>- BARTOLO: l. 1.º, parágrafo 1.º *Digesto*, III, citado por GIUSEPPE SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, p. 71, Ulrico Hoepli editore, Milán, 1911, cfr. Además: SILVA VALLEJO: *La ciencia del Derecho Procesal*, p. 76, Lima, 1991.

<sup>(2)</sup>- BARTOLO: l. 1.º, Cod. 1.º, citado por SALVIOLI, ob. cit., p. 72, Además: SILVA VALLEJO: *La ciencia del Derecho Procesal*, p. 71.

<sup>(3)</sup>- BARTOLO: l. 1.º, parágrafo 2.º, *Digesto* XXXIX, 1.º citado por SALVIOLI, ob. cit., p. 71, Además: SILVA VALLEJO: *La ciencia del Derecho Procesal*, p. 71.

De toda esta imponente obra devino la gran fama de Bartolo que, a juicio de Savigny, “era tan grande que no fue superada por ningún otro profesor del Medioevo; y esta gran fama es tanto más notable en cuanto que él murió en una edad en la que tantos otros comienzan apenas a darse a conocer. La mayor parte de sus contemporáneos y de la posteridad recuerdan sus opiniones con profunda admiración”.<sup>(4)</sup>

Añade Savigny que “la extraordinaria autoridad de Bartolo referida a sus meras palabras o a su simple calidad de escritor, se extendía también a los Tribunales e incluso a la legislación. Sus opiniones tuvieron por largo tiempo valor de ley en España y en Portugal, donde sus Comentarios al Código fueron vulgarizados en una columna de texto con la Glosa. En la Universidad de Padua se fundó expresamente una cátedra titulada: “*Lectura Textus, glossae et Bartoli*”.<sup>(5)</sup>

---

<sup>(4)</sup>- SAVIGNY: Storia del Diritto Romano nel Medio Evo, vol. II, p. 400.

<sup>(5)</sup>- SAVIGNY, ob. cit., vol. II, p. 400.



Para sintetizar algo de lo mucho que se ha escrito sobre Bartolo permítaseme remitirme al índice de los estudios que integran la magna obra *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario* (Milán: Giuffrè editore , 1962).

Volumen I :

- Francesco Calasso: “La herencia de Bartolo” .....p. 1
- Helmut Coing: “Bartolo y el *usus modernus Pandectarum* en Alemania” .....p. 23
- W. Ullmann: “Bartolo y la Jurisprudencia inglesa” .....p. 47
- A. H. Campbell: “Derecho escocés y Derecho Romano” .....p. 75
- G. Wesener: “El influjo de Bartolo en Austria” .....p. 89
- M. Andreév: “El Derecho Romano y la égloga eslava” .....p. 107
- L. Legendre: “Francia y Bartolo” .....p. 131
- R. Feenstra: “Bartolo en los Países Bajos” .....p. 173
- M. J. De Almeida Costa: “Romanismo y Bartolismo en el Derecho Portugués” .....p. 313
- E. H. Kaden: “Bartolo y su influencia en el Derecho Penal de Génova” .....p. 335
- G. Kisch: “Bartolo y Basilea” .....p. 347
- V. Vanecek: “La leyenda de Bartolo en Bohemia” .....p. 369
- B. Paradisi: “La difusión europea del pensamiento de Bartolo y la exigencia actual de su conocimiento” .....p. 395

Volumen II :

- J. Baszkiewicz: “Algunas precisiones sobre la concepción de *dominium mundi* en la obra de Bartolo” .....p. 7
- María Ada Benedetto: “Marca de fábrica y sociedad en Bartolo” .....p. 27
- Emilio Betti: “La doctrina construida por Bartolo en la Constitución *Ad reprimendum*” .....p. 37
- B. Breschi: “Observaciones sobre la contribución de Bartolo a la teoría de los estatutos” .....p. 49

Aldo Checchini: “Presupuestos jurídicos de la evolución histórica de la ‘bartoliana’ teoría de los estatutos en el moderno Derecho Internacional Privado” .....	p. 61
F. Crosara: “Dante y Bartolo. Política y Derecho en la Italia del ‘Trecento’” .....	p. 105
M. David: “El contenido de la hegemonía imperial en la doctrina de Bartolo” .....	p. 199
A. Era: “Dos tratados atribuidos a Bartolo: <i>De tabellionibus</i> y <i>Contrarietates iuris civilis Romanorum et iuris Langobardorum</i> ” .....	p. 217
G. Ermini: “Bartolo de Sassoferrato, abogado en 1338 de la curia general provincial de la marca anconitana” .....	p. 227
G. Forchielli: “Bartolo, ¿canonista?” .....	p. 235
A. Fortini: “El hermano Pedro de Asís, primer maestro de Bartolo de Sassoferrato” .....	p. 251
G. Fransen: “La influencia de Bartolo sobre los canonistas belgas” .....	p. 261
R. Jacquin: “El proceso de Satán” .....	p. 269
H. Lange: “La influencia de Bartolo en la evolución del Derecho de Daños” .....	p. 281
G. Le Bras: “Bartolo y el Derecho Canónico” .....	p. 295
G. Luther: “La influencia de Bartolo en el Derecho Internacional Privado y Penal” .....	p. 309
Antonio Marongiu: “El regimen bipartidístico en el tratado entre los güelfos y los gibelinos” .....	p. 333
U. Navarrete: “La posesión de las <i>Universitates</i> especialmente en caso de extinción de todos sus miembros según Bartolo” .....	p. 345
W. Onclin: “La doctrina de Bartolo sobre los conflictos de leyes y su influencia en Bélgica” .....	p. 373
J. Portemer: “Bartolo y las diferencias entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico” .....	p. 399

- Luigi Prosdocimi: “Entre civilistas y canonistas del siglo XIII y XIV. A propósito de la génesis del concepto de *stilus*” .....p. 413
- Piero Rasi: “El problema de la circulación vial en la obra de Bartolo de Sassoferrato” .....p. 431
- Guido Rossi: “La *Bartoli vita* di Tommaso Diplovataccio secondo il codice oliveriano 203” .....p. 441
- F. Schwind: “La influencia de Bartolo en la evolución del Derecho Internacional Privado” .....p. 503
- Danilo Segoloni: “*Bartolo da Sassoferrato e la civitas perusina*” .....p. 513
- S. E. Thorne: “Soberanía y conflicto de leyes” .....p. 673
- W. Ullmann: “*De Bartoli sententia: Concilium repraesentat mentem populi*” .....p. 705
- Pietro Vaccari: “*Utrum iurisdictio cohaereat territorio. La dottrina di Bartolo*” .....p. 735
- Giulio Vismara: “Los pactos sucesorios en la doctrina de Bartolo” .....p. 755

**BALDO DE UBALDI.**- Nació en Perusa alrededor de 1320 y estudió en Pisa y en Perusa, donde fue discípulo de Bartolo, por quien sintió gran veneración, no obstante su independencia de criterio frente a las doctrinas del maestro. Se doctoró muy joven e inició a los 24 años la docencia universitaria, que ejerció durante 60 años en las universidades de Bolonia, Perusa, Pisa, Padua, Florencia y Pavia, donde murió el 28 de abril de 1400, siendo sepultado en un monumental sarcófago en cuyo epitafio se le llamaba *doctorum princeps*.

Tuvo brillantes discípulos como **PAULO DE CASTRO**, **PIETRO ANCARANO**, **GIOVANNI DA IMOLA**, el Cardenal Zabarella, el Papa Gregorio XI, etc. Fue un gran profesor y las ciudades en donde enseñaba lo nombraban ciudadano honorario, por su gran versatilidad y por la amplitud de sus horizontes, porque no solo fue un gran civilista, comercialista y procesalista, sino también, un notable canonista, dotado de un temperamento filosófico, mediante el cual se elevaba a la razón de ser de las normas jurídicas con una gran fuerza de abstracción.

Dice **SALVIOLI** que “fue un innovador genial en muchas doctrinas, especialmente en el Derecho Cambiario, en lo relativo al contrato de cambio como fundamento de la letra de cambio, al principio de literalidad en las obligaciones cambiarias, al contrato de compra-venta, al valor que debe atribuirse a la escritura de los comerciantes y a la obligación de estos de exhibirlas en el juicio, a las sociedades comerciales a las que consideró como una unidad en sí, operante como tal bajo un nombre colectivo. A él débesele la primera doctrina sobre la cambial que descompuso en sus relaciones aplicándole la terminología romana del *mandatum*, de la *causa mandati*, de la *emptio-venditio*, de la *constituta pecunia*. De allí deriva la división de los Derechos Reales en cuatro figuras: propiedad, servidumbres, prenda, derechos hereditarios, etc; así mismo trató del franqueo de las cargas que graban la propiedad (1, 35 Código de Justiniano,

de *donatione*) y del abuso del Derecho, introduciendo un principio de equidad que hizo consistir en una *pietas* en el cuidado y respeto del bien público (1, 1, *Digesto de uff. praesidis*). Sus *Concilia* muestran su tendencia al uso práctico, su cuidado de elaborar un Derecho común al servicio de la vida cotidiana. Sus Comentarios al *Libri Feudorum* estaban encaminados a mitigar las asperezas del régimen feudal. Elaboró también doctrinas sobre el Derecho Público, sobre el derecho que tienen los pueblos de gobernarse según una ley propia, porque todo pueblo constituye una unidad autónoma. También Baldo, como Dante, fue imperialista y creyente en la perpetuidad del Imperio Romano y de la Monarquía universal, sosteniendo que la Iglesia y el Estado forman dos esferas separadas, diversas e independientes”.<sup>(1)</sup>

Entre sus obras, debemos citar:

- I.- Sus Comentarios al *Digestum Vetus*, al *Infortiatum*, al *Digestum Novum*, a las *Institutiones* y al *Código*.
- II.- Sus “Adiciones” al *Speculum iudiciale* de Guillermo Durantiis, que es una formidable ayuda para la Historia del Derecho Procesal en la Edad Media (véase Savigny, *Storia*, vol. II, p. 537 y p. 678-679; vol. III, p. 227-231, preciosas páginas estas últimas en la que corre reproducida la Historia Literaria del Derecho Procesal en la Edad Media por Giovanni D’Andrea).
- III.- Su *Tractatus de Commemoratione famosissimorum doctorum in utroque iure*, que habría constituido un aporte formidable a la Historia del Pensamiento Jurídico, tal como nosotros la entendemos, obra que, empero, se perdió desde la segunda mitad del siglo XVI, lo que es una tragedia bibliográfica e historiográfica.
- IV.- Su *Practica judiciaria*, según la edición de Lugdun de 1515.
- V.- Sus Comentarios al *Libri Feudorum*.
- VI.- Sus Comentarios a la *Paz de Constanza*.
- VII.- Su *Lectura a las Decretales*
- VIII.- Sus *Concilia*

Dice la profesora MARIA ADA BENEDETTO “que BALDO selló la culminación de la Escuela de los Comentaristas: con él el Derecho Romano y sus glosas, el Derecho Canónico, el Derecho Feudal, el Derecho Estatutario, el Derecho Consuetudinario; las opiniones y las doctrinas forenses debieron plegarse a los acuerdos y a las conciliaciones que permitieran que una resolución de un caso particular no deviniera en conflicto insanable con el uno o el otro principio jurídico. Se derrumbó la barrera entre los varios Derechos y la Escuela Italiana se abocó a la creación de un nuevo *ius commune*”.<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup>.- GIUSEPPE SALVIOLI: *Storia del Diritto italiano* (2ª ed. riveduta), p. 100, UTET, Turín, 1991.

<sup>(2)</sup>.- MARIA ADA BENEDETTO: “Baldo degli Ubaldi”, en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo II, (AZ-CAS), p. 205, U.T.E.T., Turín, 1991.







**CAPÍTULO LXXXV**

**OTROS GRANDES COMENTARISTAS  
O POST-GLOSADORES**



## CAPÍTULO LXXXV


### OTROS GRANDES COMENTARISTAS O POST-GLOSADORES

Debemos mencionar a **BARTOLOMEO DE SALICETO**, llamado así por haber nacido en la villa de Saliceto, distante 4 millas de Bolonia, muerto el 28 de diciembre de 1412. Profesor de Derecho Civil, autor de una famosa disertación sobre la Mora, de un Comentario al Código y de un Comentario al Digestum Vetus; **RAFAEL FULGOSIO**, nacido en 1367, muerto en Padua a los 60 años, autor de un Comentario al Código y también al *Digestum Vetus*; **GIOVANNI DA IMOLA**, también un gran comentarista del Código, del *Infortiatum* y del *Digestum Novum*; muerto en 1436, tratadista de la apelación: *De appellationibus*, por lo que forma parte de los grandes procesalistas de esta época, entre los que debemos incluir a **ANGELO GAMBIGLIONI D'AREZZO**, muerto después de 1451, famoso por su *Tractatus de maleficiis inquirendis*, escrito probablemente en 1437, así como por otras dos obras procesales: *De re iudicata* y *De appellationibus*; **PAOLO DI CASTRO**, nacido en Castro, en el Lazio, entre 1360 y 1362, discípulo de Baldo en Perusa, con quien continuó su gran amistad durante muchos años, profesor en Avignon, más tarde en Siena, Florencia y Bolonia, donde leyó y comentó el *Infortiatum* y el *Digestum Novum* y, finalmente, en Padua, donde murió. Su fama deviene de sus Lecturas y Comentarios al Digesto y al Código y de sus *Concilia* pero, sobre todo, de su libertad de pensamiento y de haber corregido algunos errores de Bartolo que sus contemporáneos aceptaban en base a la autoridad del gran maestro al tratar sobre el Testamento Inoficioso.

**ALESSANDRO TARTAGNA**, nacido en el año 1424, muerto en 1477, discípulo de Giovanni da Imola, Paolo di Castro y Aretino, fue profesor en Pavía, Bolonia y Padua, comentarista del Digesto, el Código, las *Decretales* y la *Clementina*; el **PANORMITANO**, profesor de Derecho Canónico en la Universidad de Siena, muerto en 1453 con el título de Cardenal; famoso por sus Comentarios sobre las *Decretales*, las *Clementinas* y la *Panormia* de San Yvo de Chartres, obra en la cual se reducía la extensión del Decreto en un intento de sintetizar y unificar todo el corpus del Derecho Canónico.







CAPÍTULO LXXXVI

EL DERECHO CANÓNICO

---



## CAPÍTULO LXXXVI

### EL DERECHO CANÓNICO

El Derecho Canónico surgió desde los primeros tiempos de la Iglesia para promover la vida cristiana y disciplinar a la comunidad eclesial, jerárquicamente estructurada como el cuerpo místico de Cristo.

Así, el primer concilio de la historia eclesiástica tuvo lugar bajo la autoridad de San Pedro, en Jerusalén, en el año 49-50 d. C., según se da cuenta en Hechos de los Apóstoles 15 y en Gálatas 2, 2-10. La historia de los concilios es una evidencia de la presencia e intervención del Espíritu Santo, que es “Señor y dador de vida”. Este tema lo ha desarrollado luminosamente **JUAN PABLO II** en su Encíclica *Dominum et Vivificantem*, promulgada en el Vaticano el 18 de mayo de 1986, que trata sobre el Espíritu Santo: “La Iglesia profesa su fe en el Espíritu Santo que es ‘Señor y dador de vida’. Así lo profesa el símbolo de la fe, llamado niceno-constantinopolitano por el nombre de los dos Concilios: Nicea (año 325 d. C.) y Constantinopla (año 381 d. C.), en los que fue formulado o promulgado. En ellos se añade también que el Espíritu Santo ‘habló por los profetas’. Son palabras que la Iglesia recibe de la fuente misma de su fe: Jesucristo”.<sup>11</sup>

Además de las epístolas paulinas, las epístolas de Clemente de Roma, Policarpo de Esmirna, Ignacio de Antioquia plantearon el gran tema de la unidad de los presbíteros y de la disciplina recibida de los Apóstoles. A ellos se deben añadir algunos textos pseudoapostólicos como la *Didaché* o doctrina de los doce Apóstoles sobre el Bautismo, la Eucaristía y la disciplina. El *Pastor de Hermas* (año 140) regula la penitencia; la *Tradición apostólica de San Hipólito* (218 d. C.) describe la organización de la Comunidad cristiana, La *Didascalia* (230 d. C.) presentó las instrucciones de los Apóstoles a los obispos regulando el lugar de los clérigos y de los laicos.

Así empieza la historia del Derecho Canónico que, a través de las Constituciones apostólicas y de los Concilios fue regulando, a través de sus cánones, el conjunto de fuentes rectoras de nuestra disciplina, hasta llegar a las grandes *Decretales* de los Papas, cuya autoridad legislativa emana de la Biblia, ya que Jesús mismo instituyó a Pedro como su Vicario, es decir, como su representante en la tierra, según nos lo dice el Evangelio de San Mateo, capítulo 16, versículos 18-19:

“Y Yo, te digo que tú eres Pedro,  
y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia,  
y las fuerzas del infierno no prevalecerán contra ella.  
A ti te daré las llaves del reino de los cielos:  
lo que atares en la tierra, será atado en los cielos,  
lo que desatares en la tierra,  
será desatado en los cielos”.  
“Quien a vosotros escucha, a Mí me escucha;  
y quien a vosotros rechaza, a Mí me rechaza; ahora bien,  
quien me rechaza a Mí,  
rechaza a Aquel que me envió”.

<sup>11</sup> Encíclica *Dominum et Vivificantem* del Sumo Pontífice Juan Pablo II “sobre el Espíritu Santo en la vida de la Iglesia y del Mundo” del 18 de mayo de 1986; Introducción, 'a'-'b'.



Y por medio de San Pedro, instituyó a sus sucesores y a todos nuestros sacerdotes, según dice el Evangelio de Lucas 10, 16:

“Quien a vosotros escucha, a Mí me escucha;  
y quien a vosotros rechaza, a Mí me rechaza;  
ahora bien, quien me rechaza a Mí,  
rechaza a Aquel que me envió”.

Y ¿quién es un sacerdote? Lo ha dicho Thomas Merton (1915-1968) en su hermoso libro *La vida silenciosa*:

“un hombre llamado por el Espíritu Santo  
para que abandone los cuidados, deseos y  
ambiciones de los otros hombres  
y dedique su vida entera a la búsqueda de Dios.  
Nadie puede buscar a Dios,  
sin haber sido llamado antes por Él.  
Un monje es el hombre que busca a Dios  
porque ha sido hallado por Dios”.<sup>(2)</sup>

Así, bajo esta luminosa inspiración, se gestó el Derecho Canónico, cuya dimensión normativa se consagró tanto en el *Código Teodosiano* del año 438, como en el libro primero del *Código de Justiniano* del año 534 d. C., en el cual ya se establecía el régimen del Derecho Eclesiástico, así como de la jurisdicción episcopal y de la validez de sus sentencias ante la autoridad secular, consagrando la jurisdicción de los clérigos, entre otros temas.

Dionisio el Exiguo consagró en la *Dionysiana* una importante colección de textos canónicos; pero sería, sobre todo, en la *Concordancia discordantium canonum* o *Decreto de Graciano* del año 1140 donde se unificó en un corpus jurídico la gran masa de textos canónicos dispersos desde los siglos precedentes. La gran autoridad del *Decreto de Graciano* puede ser considerada como el punto de iniciación de la ciencia del Derecho Canónico, desenvuelta mediante nuevas compilaciones llamadas *Decretales*, entre las que hay que mencionar a las llamadas *Extravagantes*, que vienen a añadirse al *Decreto de Graciano*, del año 1234 y compiladas por Gregorio IX. El *Liber Sextus*, promulgado en 1298 por Bonifacio VIII, fue llamado así para destacar la continuidad con los cinco libros del *Liber Extra* y contiene los cánones de los Concilios de Lyon (1245-1274) y decretales posteriores a 1234, sobre todo de Bonifacio VIII.

El *Liber Septimus* contiene las *Clementinas*, que se refieren a una colección promulgada por Clemente V publicada en 1317 por Juan XXII.

Las *Extravagantes* de Juan XXII (20 decretales de Juan XXII) y las *Extravagantes comunes* (70 decretales de Urbano IV a Sixto IV) completan el *Corpus Iuris Canonici* que fue publicado oficialmente por Gregorio XIII en 1582.

<sup>(2)</sup>. THOMÁS MERTON: *La vida silenciosa*, p. 9, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999. Léase el capítulo dedicado a Santo Tomás de Aquino y a Tomás Merton en la pag. 166 del tomo II de nuestro libro.

Esta codificación gregoriana, consagratoria del *Corpus Iuris Canonici*, exponía el conjunto de la obra contenida en el Decreto de Graciano y en las *Decretales de Gregorio IX*, de Bonifacio VIII y de Clemente V fue, finalmente, reordenada y sistematizada en el Código de Derecho Canónico promulgado el 27 de mayo de 1917, el día de Pentecostés, por el Papa Benedicto XV, mediante la Constitución *Providentissima Mater Ecclesia*, cuya redacción se remonta al *motu proprio* “*Arduum sane munus*” del 19 de marzo de 1904 del Papa Pío X, por el cual se nombraba una comisión cardenalicia para la redacción del proyecto, cuyo secretario fue un gran canonista, el cardenal Pietro Gasparri.

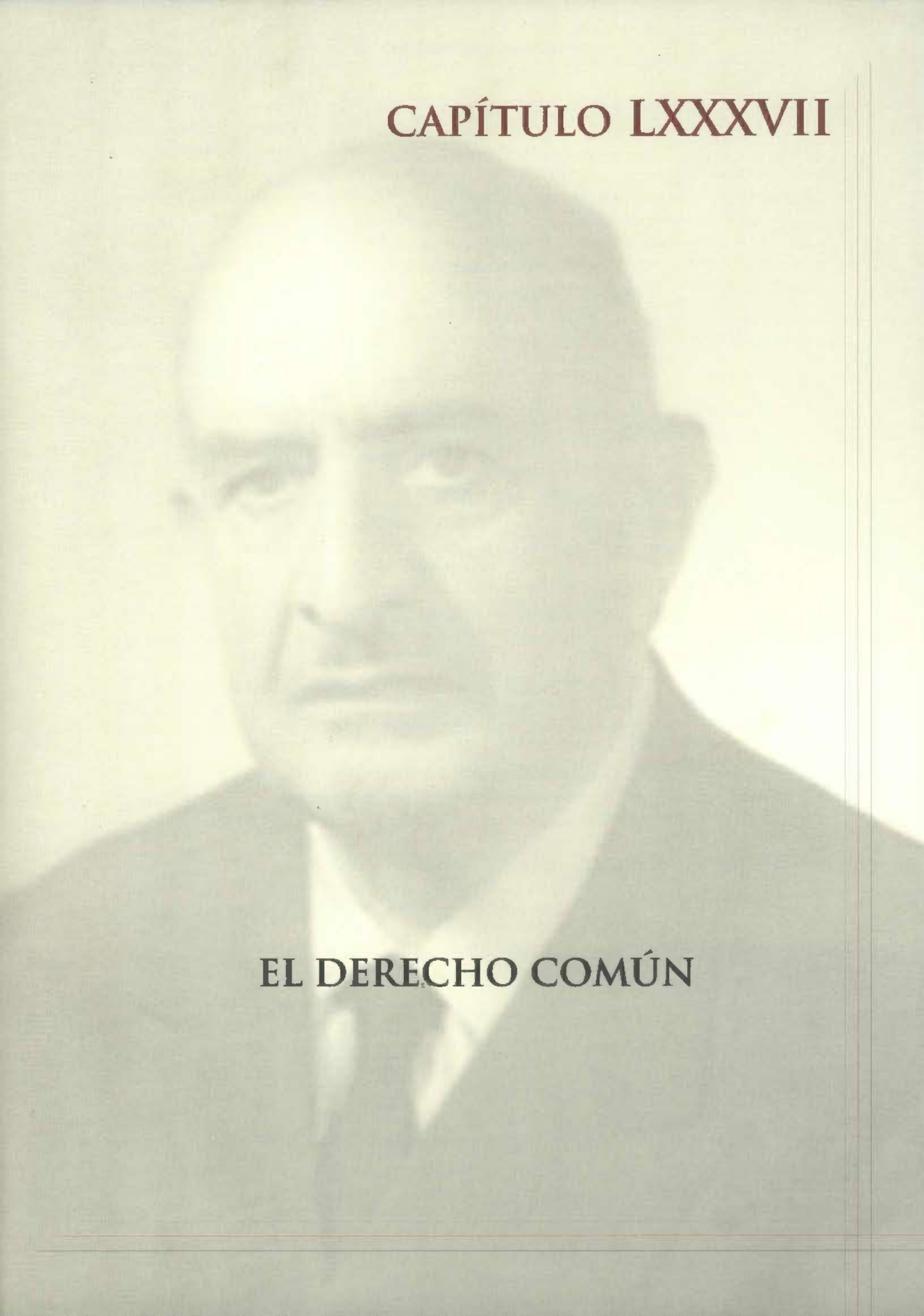
El 15 de septiembre de 1917, en el *motu proprio* “*Cum Iuris Canonici*”, el Papa Benedicto XV creó una comisión cardenalicia para la interpretación auténtica del Codex, estableciendo normas generales para orientar la técnica legislativa futura. Las Sagradas Congregaciones habrían de abstenerse en lo futuro de publicar decretos generales, limitándose a una mera reglamentación interpretativa que, finalmente, culminaría en el nuevo Código de Derecho Canónico promulgado el 25 de enero de 1983 por el Papa Juan Pablo II en virtud de la Constitución *Sacrae Disciplinae Leges*, por la cual se deroga el Código de 1917 y se consagra la nueva eclesiología conciliar que fluye del Concilio Vaticano II (inaugurado por el Papa Juan XXIII el 11 de octubre de 1962 y clausurado por el Papa Pablo VI el 8 de diciembre de 1965).<sup>11</sup> cuyas doctrinas se estructuraron en un nuevo sistema en siete libros que son:

- Libro I: De las Normas generales.
- Libro II: Del Pueblo de Dios.
- Libro III: De la función de enseñar de la Iglesia.
- Libro IV: De la función de santificar de la Iglesia.
- Libro V: De los bienes temporales de la Iglesia.
- Libro VI: De las sanciones de la Iglesia.
- Libro VII: De los Procesos.

<sup>11</sup> Confrontar, en este, nuestro libro, las p. 109 a 110 del tomo II.



# CAPÍTULO LXXXVII

A faded, sepia-toned portrait of a man with a mustache, wearing a suit and tie, looking directly at the camera. The image is centered and serves as a background for the text.

EL DERECHO COMÚN





## CAPÍTULO LXXXVII

### EL DERECHO COMÚN

Con el nombre de Derecho Común se designa técnicamente al conjunto de normas que regían para todos —*lex omnium generalis*—, a diferencia del *Jus singulare*. El Derecho singular era el que regía el caso concreto porque así lo determinaba la norma especial, de donde resulta que: *lex specialis derogat lex generalis*.

En tal virtud, el Derecho común estaba constituido por las normas del Derecho Romano justinianeo y del Derecho Canónico que regían, supletoriamente, ante la ausencia o insuficiencia de la *lex specialis* o Derecho singular.

Este tema ha sido brillantemente desarrollado por el maestro **FRANCESCO CALASSO** en su prolucción al curso de Historia del Derecho Italiano leída el 16 de enero de 1933 en la Universidad de Catania y que se titula “Il Concetto di Diritto comune” y que obra en las p. 31-76 de su áureo libro *Introduzione al Diritto comune* (1951).

El maestro Calasso amplió su prolucción en referencia en otro notable estudio titulado “Il Problema storico del Diritto comune”, que obra en las p. 77-136 de su áureo libro ya citado.

Posteriormente, el maestro Calasso desarrolló este hermoso tema en otra prolucción famosa llevada a cabo en la Universidad de Roma el 19 de enero de 1946, titulada “Il Diritto comune come fatto spirituale” y que obra en las p. 137-180 del mismo libro.

Dos años más tarde, el maestro Calasso leyó, el 28 de setiembre de 1948, en el Congreso de Derecho Romano y de Historia del Derecho celebrado en Verona, su relación titulada “Diritto volgare, Diritti romanzi, Diritto comune”, que obra en las p. 207-232 del mismo libro.

Y en su notable libro *Medio Evo del Diritto*, que es una Biblia de la Historiografía Jurídica (1954), el maestro Calasso dedicó a este tema la segunda parte de la obra bajo el título de “Il Sistema del Diritto comune (Siglos XII al XV)”, p. 345-629.

Otra obra notable que debe ser tenida en cuenta es la del profesor **GIUSEPPE ERMINI**: *Scritti di Diritto comune* (1976), en cuyas 666 páginas descuellan sus estudios: “*Ius Commune e utrumque ius*”, “Il Diritto comune pontificio e la sua bibliografía”, “Tradizione di Roma e unità giuridica europea”, “Diritto comune”, “Concetto di Studium Generale”, “La giurisprudenza della Rota Romana come fattore costitutivo dello *Ius commune*”.

El maestro **GIUSEPPE ERMINI** ha dedicado a este tema su fundamental libro titulado: *Corso di Diritto Comune. I: Genesi ed evoluzione storica elementi costitutivi-fonti* (1962). Una breve lectura del índice nos da cuenta de la masa argumentativa que integra este profundo tema:

**Parte Prima: Genesis ed evoluzione storica del Diritto commune**

## Cap. I:

- a) “L’unum ius dell’unum imperium” (p. 3);
- b) Lo *ius commune* come Diritto della monarchia universale” (p. 17);
- c) Lo “*ius commune* come Diritto della unità politica principesca” (p. 38);

Cap. II: “Diffusione del Diritto commune” (p. 57);

Cap. III: “Crisi e fine del Diritto commune” (p. 95);

**Parte Seconda: Elementi costitutivi del Diritto commune**

Cap. I: “Gli elementi costitutivi del Diritto commune” (p. 123);

Cap. II: “L’elemento romano e quello canonico: *utrumque jus*” (p. 143);

**Parte Terza: Le fonti del Diritto commune**

Cap. I: “Fonti Legislative” (p. 157);

Cap. II: “Fonti Dottrinali” (p. 183);

**Apéndice: “Indicazioni Bibliografiche e Mezzi d’indagine” (p. 245).**

Entre los grandes clásicos de la Historiografía italiana debo citar las páginas que el profesor PIER SILVERIO LEICHT, de la Universidad de Roma, dedicó al Derecho común en su *Storia del Diritto Italiano. Le Fonti* (1956, p. 152-155).

Creo, de esta manera, haber propiciado la incitación y el reto para que nuestros lectores formulen la respuesta y los desarrollos conceptuales pertinentes a la luz de estos *capolavoros* formidables, entre los que se deberá incluir además otro libro brillante: el del maestro **ADRIANO CAVANNA** titulado *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (1982), cuya Parte Prima está dedicada a estudiar “L’età di nascita della scienza giuridica moderna”, cuya Sección Primera analiza la “Vicende storiche del concetto di Diritto comune nella teoria delle fonti fra Medioevo ed età moderna” (p. 21-87); cuya Sección Segunda analiza la “Formazione e l’apogeo del Diritto comune (secoli XII-XV)” (p. 95-187); cuya Parte Seconda está dedicada a estudiar “Il Diritto comune nell’età dell’assolutismo”, cuya Sección Primera analiza “La situazione delle fonti del Diritto positivo” (p. 193-310); cuya Sección Segunda analiza “Le dottrine giuridiche” (p. 319-369); cuya Parte Terza está dedicada a estudiar la “Tradizione romanistica e Diritti nazionali in Europa all’alba delle codificazioni”, cuya Sección Primera, analiza el “Diritto comune e Diritti nazionali nell’Europa continentale” (p. 381-474); cuya Sección Segunda analiza “Le origini e la formazione storica del Diritto inglese” (p. 479-606).

Debo dar cuenta aún de otro libro fundamental, el del profesor **GIOVANNI CASSANDRO: *Lezioni di Diritto comune*** (1981), cuya estructura es la siguiente:

Cap. I: “La genesi del Diritto comune” (p. 7);

Cap. II: “Impero, Cristianità, Diritto Romano” (p. 63);

Cap. III: “La nuova scienza romanistica” (p. 89);

Cap. IV: “L’equità nel pensiero dei glossatori” (p. 125);

- Cap. V: “Derecho científico e prassi jurídica” (p. 143);
- Cap. VI: “Derecho Romano e Derecho Canonico” (p. 208);
- Cap. VII: “El sistema del Derecho común” (p. 254).

En fin, entre las obras recientes, es preciso dar cuenta de la obra del profesor **MANLIO BELLOMO** titulada *La Europa del Derecho común* (1996), cuya estructura es la siguiente:

- Cap. I: “Triunfo y crisis de las codificaciones nacionales” (p. 1);
- Cap. II: “*Per Pugnam sine iustitia: una época sin juristas*” (p. 39);
- Cap. III: “*Ius commune en Europa*” (p. 61);
- Cap. IV: “*Ius proprium en Europa*” (p. 85);
- Cap. V: “La Universidad en Europa y el Derecho común” (p. 123);
- Cap. VI: “Formas expositivas y técnicas de difusión de la ciencia jurídica” (p. 139);
- Cap. VII: “El sistema del Derecho común” (p. 163);
- Cap. VIII: “En el tiempo y en el espacio” (p. 219);
- Nota bibliográfica (p. 255).

El profesor **MANLIO BELLOMO** ha dedicado a nuestro tema otro libro notable titulado *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'età moderna* (1991); libro en el cual hay que resaltar lo tratado en el capítulo V: “Le opere della dottrina nella formazione e nella gestione di un sistema di Derecho común” (p. 441-500).

La profesora **ADRIANA CAMPITELLI** ha dedicado a este tema su libro titulado *Europeenses. Presupposti storici e genesi del Derecho común* (1993). La estructura del libro es la siguiente:

- Cap. I: “Concetto e presupposti teorici del Derecho común” (p. 15-33);
- Cap. II: “L'ordinamento della chiesa e la genesi del Derecho Canonico” (p. 37-47);
- Cap. III: “La società feudale e gli ordinamenti particolari” (p. 51-64);
- Cap. IV: “Gli statuti comunali espressione dello *Ius proprium*” (p. 67-91);
- Cap. V: “L'interpretazione della norma statutaria” (p. 95-108);
- Cap. VI: “La nuova cultura jurídica” (p. 121-131);
- Cap. VII: “El Derecho común e l'Europa” (p. 139-164).

El profesor **HELMUT COING**, gloria del pensamiento jurídico alemán, nació en Celle el 28 de febrero de 1912 y murió en Kronberg el 15 de agosto de 2000, fue profesor en la Universidad de Frankfurt y fundador del Instituto Max Planck de Historia Jurídica Europea; fue un gran medievalista, romanista y civilista. Ha dedicado a nuestro tema libros fundamentales, como su *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, tomo I: Mittelalter, tomo II: Neuere Zeit Erster Teilband Wissenschaft, editado por la C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (1973).

La introducción a esta magna obra la desarrolla el profesor Helmut Coing (p. 3-25); la Primera Parte, dedicada a la ciencia y concretamente a las facultades de Derecho y su currícula las desarrolla también Helmut Coing (p. 39-28). El profesor **PETER WEIMAR** desarrolla la Segunda Parte, titulada “La literatura legística en la época de los Glosadores” (p. 129-260). La Tercera Parte es obra del profesor **NORBERT HORN** y se titula “La literatura legística de los Comentaristas y el desarrollo del Derecho erudito” (p. 261-364). La Cuarta Parte es tratada por el profesor **KNUT WOLFGANG NÖRR** y se titula “La literatura canonística” (p. 365-382). El mismo profesor **KNUT WOLFGANG NÖRR** desarrolla la Quinta Parte de esta magna obra, titu-



lada “La literatura sobre el Proceso Civil Común” (p. 383-397), que empieza citando las obras introductorias a nuestro tema, como las de Wunderlich, *Agathon: Anecdota quae processum civiles spectant* (1841); Bergmann, Fridericus: *Pillii, Tancredo, Gratiae libri de iudiciorum ordine* (1842); *Wahrmund, Ludwig: Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter I-V* (1905-1931).

La literatura doctrinaria sobre este fascinante tema está constituida por las obras de **JOHANNES ANDREAE**, “Additiones zum Speculum des Duranti”, inserta en el volumen III (p. 227-231) de Savigny *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo* (1972); **STINTZING, RODERICH**: *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15 und im Anfang des 16 Jahrhunderts* (1867).

**STINTZING, RODERICH Y LANDSBERG ERNST**: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Primera Parte (1880); Segunda Parte por Ernst Landsberg (1884); Tercera Parte por Ernst Landsberg, reeditada por Aalen en 1957.

- **MUTHER, THEODOR**: *Zur Geschichte des Römisch-canonischen Proceses in Deutschland während des vierzehnten und zu Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts* (1872).
- **BETHMANN-HOLLWEG, M. A. VON**: *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, vol. VI, I (1874).
- **SALVIOLI, GIUSEPPE**: *Storia della procedura civile e criminale (Storia del Diritto italiano, ed. P. del Giudice, III), Parte II* (1927, p. 161-162).
- **KANTOROWICZ, HERMANN**: “Kritische Studien. Zur Quellen-und Literaturgeschichte des römischen Rechts im Mittelalter”, *SZRom* 49 (1929, p. 81-114).
- **KUTTNER, STEPHAN**: “Les débuts de l’école canoniste française”, en: *Studia et documenta historiae et iuris, Romae*, volumen 4 (1938, p. 193-204).
- **NÖRR KNUT, WOLFGANG**: “Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius, en: *Collectanea Stephan Kuttner I = Studia Gratiana XI* (1967, p. 327-344); “Päpstliche Dekretalen in den ordines iudiciorum der frühen Legistik”, en: *Ius Commune* 3 (1970, p. 1-9); y “Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozess”, en: *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* (1972, p. 53-65).

A continuación, desarrolla **HELMUT COING** la literatura acerca de **GUILLERMO DURANTIIS**, el gran maestro del procesalismo medieval (1236-1296) por su obra fundamental: *Speculum iudiciale*. Nos da cuenta desde la p. 387 hasta la 397 de las obras que la antecedieron y la inspiraron, desde **TANCREDO**, pasando por el así llamado **ULPIANUS DE EDENDO** en la edición de **GUSTAV HAENEL** *Incerti auctoris ordo iudiciorum (Ulpianus de edendo)* (Lipsiae, 1838); etc., dándose cuenta a continuación de la amplia y profusa literatura procesal en que se inspira.

La Segunda Parte del tomo I del *Handbuch* del profesor Coing hace un análisis comparado de las *Instituciones*, por el profesor Gunter Gudian.

La Tercera Parte está dedicada a la codificación, desarrollada por el profesor Armin Wolf (p. 517-800).

Las fuentes del Derecho Comercial han sido desarrolladas por el profesor Hansjörg Pohlmann (p. 801-834).

El desenvolvimiento histórico del *Corpus Iuris Canonici* ha sido tratado por el profesor Knut Wolfgang Nörr (p. 835-845).

La jurisprudencia de la Rota, a su vez, es tratada por los profesores Gero Dolezalek y Knut Wolfgang Nörr (p. 849-856).

El tomo II del *Handbuch* de Helmut Coing trata sobre la codificación y la jurisprudencia del Derecho Privado y del Derecho Procesal, entre los años 1500 a 1800, habiendo colaborado el profesor ERNST HOLTHÖFER: "Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal" (p. 103-212).

El extraordinario *handbuch* del profesor Helmut Coing ha sido recogido y sintetizado en una obra ya traducida al castellano con el nombre de *Derecho Privado europeo*, con traducción y apostillas del profesor doctor Antonio Perez Martín, catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Murcia y director del Instituto de Derecho Común Europeo (Madrid, 1996), libro cuya estructura es la siguiente:

#### **Parte I: Fundamentos y entorno del Derecho común**

Cap. I: "Los fundamentos del Derecho común" (p. 31-63);

Cap. II: "El marco del *Ius commune*" (p. 73-92);

Cap. III: "La época tardía del *usus modernus*. Transformación y disolución del Derecho común" (p. 101-115);

#### **Parte II: Teoría general**

Cap. IV: "Las fuentes del Derecho" (p. 121-167);

Cap. V: "Interpretación y aplicación del Derecho" (p. 171-176);

Cap. VI: "La vigencia temporal y local de la norma jurídica" (p. 183-204);

Cap. VII: "Derecho Privado y poder estatal" (p. 207-212);

Cap. VIII: "Conceptos básicos sistemáticos" (p. 219-245);

#### **Parte III: Derechos de la persona y de la familia**

Cap. IX: "La persona física" (p. 251-280);

Cap. X: "Derecho Matrimonial" (p. 287-311);

Cap. XI: "Padres e hijos, tutela" (p. 315-326);

Cap. XII: "Organizaciones" (p. 333-338; y *passim*).

No puedo terminar de dar cuenta a la bibliografía selecta sobre el magistral tema del Derecho común, sin referirme a una obra "agonística" y de crisis, que refleja la crisis del Derecho Romano y la crisis del Derecho común, a través de una singularísima perspectiva historiológica que nos da el áureo libro del maestro PAUL KOSCHAKER: *Europa y el Derecho Romano* (1955), en el cual el Derecho Romano y la tradición romanista no es más que la creación de un Derecho de juristas (*juristenrecht*) y de un Derecho de profesores (*Professorenrecht*). La crisis del Derecho Romano y del Derecho común ha sido entendida de diversas maneras. Así, dice Kos-

chaker, en la p. 317 *in fine* y 318 de su áureo libro: “el Derecho romano viene, pues, a ser para los juristas ingleses, un venerable anciano de hermosas y luengas barbas, al cual se le abre cortésmente la puerta cuando llama, a quien se escucha con respeto y a quien se acompaña hasta la puerta para despedirle. En Alemania, en cambio, es arrojado con insultos, simplemente porque en los años de su juventud se permitió fumar sus pipas con excesiva familiaridad en los salones de doña Germania, y el humo de su tabaco ennegreció los muebles y la seda de las tapicerías con tal intensidad, que hasta la fecha, el procedimiento mejor, no ha podido suprimir el fuerte aroma que dejara”.

Estas doctrinas del maestro Paul Koschaker, aparte de su decisiva influencia en los vaivenes de la tradición romanista, forman un todo pluridimensional que se recojen en los *Studi in memoria di Paolo Koschaker* y que se titulan *L'Europa e il Diritto Romano* (1954). Entre otros, véanse los estudios de Alvaro D'ors: “Jus Europaeum” (p. 447); Adolfo Plachy: “Il Diritto Romano come valore culturale nella storia dell'Europa” (p. 493); Giuseppe Grosso: “Problema e visuali del romanista” (p. 513); Max Kaser: “Wege und Ziele der deutschen Zivilrechtswissenschaft” (p. 543).

---





CAPÍTULO LXXXVIII

LA ESCUELA HUMANISTA, CULTA  
O ELEGANTE Y EL MOS  
GALLICUS IURA DOCENDI





## CAPÍTULO LXXXVIII

LA ESCUELA HUMANISTA, CULTA O ELEGANTE  
Y EL MOS GALLICUS IURA DOCENDI

La Escuela Humanista, Culta o Elegante, floreció en los siglos XV y XVI en las universidades de Bourges y Orleáns, caracterizándose por su método filológico e histórico para descubrir las interpolaciones, tribonianismos o *emblemata triboniana*, es decir, los recortes, modificaciones y añadiduras efectuadas por Triboniano a los textos originales de los jurisconsultos clásicos. De allí proviene el nombre de *emblemata triboniana* o “tribonianismos” con que la Escuela Culta designó a las interpolaciones. Para ello recurrió a la Filología, que es la ciencia que analiza la Lingüística comparada y la Estilística, comparando los diversos estilos, la sintaxis y la semántica que caracterizan a determinado texto; o, como dice Fernando Lázaro Carreter, “es la ciencia que se ocupa de fijar, restaurar y comentar los textos literarios; o, la ciencia que estudia el lenguaje, la literatura y todos los fenómenos de cultura de un pueblo”.<sup>(1)</sup> A la luz de la Filología y de la Historia, la Escuela Culta advirtió que los textos del *Corpus iuris civilis* adolecían de una serie de “incrustaciones” espurias que, ni estilística ni conceptualmente, correspondían a los textos genuinos de los clásicos. Surgió así el llamado *mos gallicus iura docendi*, propio de los maestros de esta Escuela.

El *mos gallicus* debe contraponerse al *mos italicus iura docendi*, que fue el método propio de la Escuela de Bolonia. La crítica de los maestros de la Escuela Culta o del *mos gallicus* hacia los maestros de la Escuela de Bolonia fue implacable, porque ni los glosadores ni los post-glosadores o comentaristas cayeron en la cuenta de los “tribonianismos” que infestaban completamente al *Digesto*, al *Código* y a las *Institutas*.

Así pues, la Escuela de la jurisprudencia culta, humanista o elegante llamada también Escuela del *mos gallicus iura docendi*, brilló a partir del siglo XV, iniciándose con su precursor, el humanista POLIZIANO (1454-1494) quien, aun cuando no era un jurista —era poeta, filólogo y filósofo— fue consciente de la necesidad de realizar un minucioso estudio revisando a fondo los textos del *Digesto* que eran defectuosos a la luz de la Filología. Esta revisión de las *Pandectas* era necesaria para liberarlas de las interpolaciones y de los errores de los transcritores. Con la autorización de Lorenzo el Magnífico, Poliziano procedió a revisar y a comparar en la biblioteca del gran mecenas de Florencia los textos del *Digesto*; y, así, enfrascóse en el estudio del texto de la edición llamada *vulgata* del *Digesto*, que era la que manejaban los glosadores de Bolonia y que por eso se designa con el nombre de *littera bononiensis*, contraponiéndola a la llamada *littera florentina* (o *pisana*), y llegó a la conclusión de que el texto de la *vulgata* adolecía de numerosos errores, con lo cual se inició el proceso de estudio de las interpolaciones que ha durado hasta nuestros días. Y aun cuando Poliziano no pudo llegar a completar la edición crítica de su brillante análisis filológico porque la muerte lo sorprendió a los 40 años, su método y su diseño permitieron que sus continuadores prosiguieran sus investigaciones filológicas para dejar establecido, primero, que el texto de la *littera florentina* era superior al texto de la *vulgata* o *littera bononiensis* y que, por tanto, era el arquetipo de la tradición jurídica del *Digesto*; y, segundo, que uno y otro texto estaban plagados de interpolaciones.

(1).- FERNANDO LÁZARO CARRETER: *Diccionario de términos filológicos*, p. 77, tercera edición corregida, cuarta reimpresión, editorial Gredos, Madrid, 1977.

Esta fue la tarea desenvuelta por el francés **GUILLAUME BUDÉ “BUDAEUS” (1468-1540)** en sus *Annotationes in XXIII Pandectarum libris* de 1508 en las que, asumiendo la polémica antiacursiana y antibartolista, planteó los fundamentos de la crítica filológica de los textos justinianos y propugnó una visión más amplia en la investigación del Derecho dentro de un cuadro enciclopédico en el que el jurista debía valerse de la Filología y de la Historia proclamando una nueva sistemática y una nueva codificación para Francia. En su obra analizó con ironía muchos de los textos de las glosas, a las que comparó con “un maligno cáncer de los textos que había de ser extirpado”; comparación, esta, proseguida por **ULRICH ZÄSY “ZASIUS” (1461-1535)**, profesor en la Universidad de Freiburg quien, en sus *Lucubrationes* (1518) calificó a las glosas y a las obras de los post-glosadores como “una gigantesca enredadera que había enraizado alrededor de los textos”.

Esta fue también la tarea desarrollada por **ANDREA ALCIATO**, nacido en Milán el 8 de mayo de 1492, muerto en Pavía el 11 de enero de 1550, quien llegó a ser un brillante profesor en las universidades de Bourges, Bolonia y Pavía, desarrollando en sus notables clases su predilección por el Derecho, la Historia y las Humanidades, lo que hace de él uno de los más altos representantes de la jurisprudencia culta o humanista. Según Alciato, el jurista ha de tener una vasta cultura literaria, histórica y filosófica para comprender e interpretar mejor la letra y el espíritu de los textos justinianos y para llevar al estudioso al conocimiento cabal de los problemas jurídicos. Estos argumentos los planteó Alciato en su libro *De verborum significatione* (1530); así como en sus *Adnotatiunculae ad tres posteriori libri del Codex* y en su *Oratio in laudem iuris civilis principio studii habita cum Avenione profiteretur* (1560).

La virulenta crítica desencadenada por la escuela del *mos gallicus* cobró su máxima expresión en la literatura con la obra de **FRANÇOIS RABELAIS (1494-1553)**, quien en su libro *Gargantúa y Pantagruel*, escrita en 1533, atacó duramente a la *Magna Glossa* de Accursio, el célebre maestro con el que se cierra la Escuela de los Glosadores. Los epítetos usados llegaron a la injuria, tildándose incluso a Bartolo y a Baldo de “ineptos”, “pestes del ingenio”, “carniceros de los estudiosos” y al *mos italicus* de “una orgía de contumelias”.

Pero, aparte del epíteto y de la ironía cáustica, la escuela del *mos gallicus* analizó con genial profundidad histórica y doctrinaria los textos venerandos del Derecho justiniano; y así, además de citar entre los grandes juristas y maestros del *mos gallicus iura docendi* a **POLIZIANO**, a **GUILLERMO BUDÉ**, a **ULRICH ZÄSY** y a **ALCIATO**, evocó a **JACOBUS CUJACIUS “CUJAS”**.

**JACOBUS CUJACIUS “CUJAS”** nació en Toulouse en 1522 y murió en Bourges en 1590. Fue profesor en Bourges, Grenoble, Turín y París, y es considerado como el sumo maestro de la Escuela Culta o el príncipe del *mos gallicus iura docendi*. Fue uno de los más grandes analistas y conocedores de las fuentes romanas, como lo evidencian sus *Opera omnia (Obras Completas)* en diez tomos (París, 1658 y Nápoles, 1758).

**HUGUES DONEAU** o “**DONELLUS**” (1527-1591) fue otro de los más grandes maestros de la Escuela Culta, como lo demuestran los veintiocho libros de sus *Commentarii iuris civilis*, entre los que destacan su *Tratado de las Sucesiones*, sus *Comentarios al Digesto* y sus *Comentarios al Código*, escritos como profesor en las universidades de Bourges y Orleáns, en donde brillaba como gran maestro.



Las brillantes clases de Doneau se interrumpieron en 1572 con motivo de la masacre desencadenada contra los calvinistas en la horrorosa y sangrienta masacre conocida con el nombre de la “noche de San Bartolomé” o, en francés, de *Saint Barthelemy*, el domingo 24 de agosto de 1572, en la que se produjo el asesinato de miles de hugonotes, a la cabeza de los cuales figuraba el gran almirante de Francia Gaspard de Coligny y toda la nobleza protestante, cuyas mansiones y residencias fueron marcadas con una cruz blanca para que contra ellas se desencadenara el pillaje del populacho y de la soldadesca. Esa noche satánica de criminalidad y genocidio no solo tuvo como escenario a París, sino que la ferocidad y las bajas pasiones se desencadenaron también en casi todas las provincias de Francia, a fin de masacrar a los protestantes. Los brutales crímenes de la horrorosa “noche de San Bartolomé” deben ser imputados no solo a la ignorancia y violencia del populacho y al fanatismo religioso imperante sino, fundamentalmente, a la perfidia de una política inescrupulosa e intrigante: Catalina de Médicis, nacida en Florencia en 1519 y muerta en París en 1589, hija de Laurent II de Médicis, esposa de Enrique II, madre de Francisco II, de Carlos IX y de Enrique III. Fue ella la que, tras su ambición de poder y de dominio, tanto de los católicos como de los protestantes, desencadenó maquiavélicamente la horrorosa hecatombe, contando, a su vez, con las maquinaciones de los Guisa: el duque de Guisa, Enrique de Lorena, llamado el “Balafre” (1550-1578), quien ambicionaba el trono de Francia; así como también contó con las ambiciones de su hermano, Luis de Lorena, Cardenal de Guisa (1555-1588), quienes terminaron asesinados en su villa de Bloise el 23 y el 24 de diciembre de 1588, por órdenes del Rey Enrique III quien, a su vez, también terminó asesinado el 1º de agosto de 1589. Estas guerras religiosas culminaron, finalmente, con la ascensión al trono de Enrique IV de Navarra (1553-1610) quien, aún cuando era protestante y había escapado a la nefanda “noche de San Bartolomé”, después de abjurar al protestantismo diciendo: “París bien vale una misa”, asumió el poder y firmó el “Edicto de Nantes”; sin escapar, también, al sino trágico de los reyes malditos, al ser asesinado por Ravailac.

Así se explica cómo el brillante profesor **HUGUES DONEAU**, constreñido por la persecución y el fanatismo religioso y político, acusado de ser calvinista, tuvo que abandonar su cátedra y refugiarse en Ginebra, luego dictó clases en la Universidad de Heidelberg, en Leyden y, finalmente, en Altdorf de Baviera, donde murió a los 64 años. Sus *Comentarii iuris civilis*, en 5 tomos, fueron editados en Frankfurt (1589-96) y constituyeron una brillante elaboración sistemática del Derecho Civil y un modelo fundamental para la doctrina científica, por la riqueza de su contenido. Sus *Obras Completas u Opera Omnia* fueron reeditadas en 12 tomos en Florencia (1840-1847).

La Escuela Humanista tuvo dos insignes historiadores: Duaren y Baudouin. **FRANÇOIS DUAREN** o **DUARENUS** (1509-1559), fue discípulo de Alciato y uno de los mayores exponentes de la escuela francesa del mos gallicus al reivindicar la historicidad del Derecho, conjuntamente con **FRANÇOIS BAUDOUIN** (1520-1573). Este último, historicista del Derecho por temperamento, escribió en 1561 un libro programático titulado *De institutione historiae universae et eius cum iurisprudencia coniunctione* (*Instituciones de la historia universal en conjunción con la jurisprudencia*), en la que plantea la tesis de la conjunción de la Historia y el Derecho, que es una tesis programática del Historicismo Jurídico.<sup>(2)</sup>

<sup>(2)</sup>- Sobre esta tesis debe leerse el hermoso y fundamental libro del maestro **RICCARDO ORESTANO**: *Introduzione allo studio del Diritto Romano*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1987, p. 288 y passim: “Diritto e storia —dice Orestano en su bello capolavoro, al citar en la p. 289 al gran humanista francés—sono un tutt uno, parti indivise di un unico corpo (unius corporis indivisae partes), membra di un unico organismo che non possono né debbono essere disarticolate (divelli neque possunt neque debent)”.



**ANTOINE FAVRE**, en latín **FABER (1557-1624)**, fue otro de los grandes maestros de la Escuela. Nació en Saboya, estudió en París y en Turín y, luego, fue abogado, juez y senador por Saboya. Fue un erudito de vanguardia y un notable maestro de la interpretación, como lo demuestran sus obras *Coniecturae iuris civilis* (1584-1604), *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris* (1597), *Rationalia in Pandectas* (1605-1624), *Iurisprudentia Papiniana* (1608).

**DENIS GODEFROY** o, en latín, **DIONISIUS GOTHOFREDUS (1549-1622)**, debió su fama y nombradía a la primera edición conjunta del *Corpus iuris civilis*, publicada en 1583.

En fin, habría que citar entre los grandes maestros de la escuela culta a **GREGOR HALOANDRO (MELTZER) (1500-1531)**, natural de Zwickau, quien, no obstante su temprana muerte, cuando se dirigía por segunda vez a estudiar a Italia, sobresalió por haber editado el *Digesto* basándose en la *littera pisana* o *florentina*, que debe su nombre al hecho de que este magnífico manuscrito del *Digesto* se atesoraba en la ciudad de Pisa. Pero, cuando en 1406 los pisanos fueron derrotados por los florentinos, este tesoro fue llevado a Florencia, de donde parte su fama mundial. Frente a este texto, está la *littera vulgata* o *bononiensis*, que sirvió de matriz a todas las copias *vulgatas* y sirvió de fuente de estudio para los Glosadores, en tanto que el original del texto “florentino” se atesoraba como una reliquia, consultándose únicamente para estudiar ciertos pasajes.

**FRANÇOIS CONNAN** o **CONNANUS (1508-1551)** es autor de un notable *Commentarii iuris civilis*. **ULRICH ZASIUS (ZÄSY) (1461-1535)**, fue un notable jurista y legislador perteneciente al círculo de humanistas de la Alta Renania. Historiador del Derecho, jurisconsulto práctico y político, fue autor de notables dictámenes y leyes en materia de filiación, Derecho Hereditario y donaciones, además de reglamentar a la *Gewere* o posesión germánica, en la que se presume el derecho de posesión de la cosa, salvo prueba en contrario. Pero, tras la temprana muerte de Haloandro y la disolución del círculo de los discípulos de Zasius, la investigación científica propia de la Escuela Culta, que en Alemania había tenido un temprano florecimiento, decayó notablemente hasta su reanudación en el siglo XVIII con HEINECCIUS (1681-1741), quien fue autor de una *Historia iuris civilis romani ac germanici qua utriusque origo et usus in Germania ex ipsis fontibus ostenditur*. Editio nova emendata (Lugduni, 1748).

**HEINECCIUS** fue profesor en la Universidad de Halle, y sigue siendo notable por sus investigaciones acerca de la historia del Derecho Romano.<sup>(3)</sup> Además, escribió *Elementa iuris naturae et gentium*, publicada en 1733; *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum* (Amstelodami, 1728); *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*; *Praelectiones academicae in Samuel Pufendorf De Officio hominis et civis*; *Elementa philosophiae rationalis et moralis*. *Praemissa et Historia philosophica*; *Elementa iuris germanici, tum veteris tum hodierni*; *Antiquitatum romanorum syntagma secundum ordinem Institutionis Justiniani*; *Praelectiones academicae in Hug. Grotii De iure belli ac pacis*.

Estas obras se editaron en Génova en 9 volúmenes, por Gramer et Philibert, 1744-48.

Véase, además: *Histoire de France*, obra publicada bajo la dirección de Marcel Reinhard, profesor en La Sorbonne, con la colaboración de Norbert Dufourq, tomo primero de los orígenes de 1715 (p. 405-420), Librairie Larousse, París, 1954; en la que se deja establecido que: “El siglo XVII fue una época de crisis en todas las actividades del hombre”.(p. 419).

**MIGUEL DE ZÉVACO:** *Nostradamus y El hijo de Nostradamus* (editorial Tor, Buenos Aires, 1936).

- **PONSON DU TERRAIL:** *La noche de San Bartolomé* (1957).
- **GIOVANNI TARELLO:** “*Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*”, pag. 130, Società editrice il Mulino, Bologna, 1976.
- **RICCARDO ORESTANO:** *Introduzione allo studio del Diritto Romano* (p. 70, 71 y passim, 1987).
- **GUIDO ASTUTI:** *La giurisprudenza culta e l’interpretazione del Corpus iuris* (1940).
- **VINCENZO PIANO MORTARI:** *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (1976).
- **MARIA ADA BENEDETTO:** “*Andrea Alciati*” en *Novissimo Digesto Italiano* (1957).
- **PETER G. STEIN:** *El Derecho Romano en la historia de Europa* (p.108-109, 2001).
- **BERRIAT SAINT-PRIX:** *Histoire du Droit Romain suivi de l’histoire de Cujas* (1821).
- **PAUL GIRARD:** “*La jeunesse de Cujas. Notes sur la famille, ses études et son premier enseignement*”, estudio publicado en la *Revue de Histoire du Droit*, vol. 40 (1916, p. 429-504 y 590-627).
- **HELMUT COING:** *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, tomo segundo, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977.

---



# CAPÍTULO LXXXIX

EL SURGIMIENTO DEL  
DERECHO COMERCIAL





## CAPÍTULO LXXXIX

### EL SURGIMIENTO DEL DERECHO COMERCIAL

Es por esta época que se afianza un nuevo Derecho surgido en el Medioevo –época creadora del Derecho-, como una expresión de los intereses económicos de una nueva clase: los comerciantes, agrupados en corporaciones, cuya intensa vida económica fue reglamentándose por un Derecho especial: el “*jus mercatorum*”, que surgió como un derecho de clase: los comerciantes, tutelado por una jurisdicción especial: la jurisdicción consular, cuyos jueces, los cónsules, administraban justicia sin formalidad alguna, resolviendo “*de plano ac sine strepito et figura iudicis*”, según la equidad únicamente: “*ex bono et aequo*”, contraponiendo así, mediante este rápido estilo de “*sumariedad*” procesal a la clásica y lenta majestuosidad ritualista del “*solemnis ordo iudiciorum*” de origen romano.

El Derecho Comercial, surgido y desenvuelto así, solo puede entenderse a la luz de la historia. Es, pues, un derecho eminentemente histórico. Así lo han tratado y expuesto los grandes maestros de la escuela comercialista alemana como LEWIN GOLDSCHMIDT<sup>(1)</sup>, CONRAD KOSACK<sup>(2)</sup>, PAUL REHME<sup>(3)</sup> y JULIUS von GIERKE<sup>(4)</sup> o los grandes maestros de la escuela comercialista italiana como VIVANTE<sup>(5)</sup>, ANGELO SRAFFA<sup>(6)</sup>, ALFREDO ROCCO<sup>(7)</sup>, AGEO ARCANGELI<sup>(8)</sup>, TULLIO ASCARELLI<sup>(9)</sup>, LORENZO MOSSA<sup>(10)</sup>, ALBERTO ASQUINI<sup>(11)</sup>, GIUSEPPE FERRI<sup>(12)</sup>, FRANCESCO GALGANO<sup>(13)</sup> o los grandes maestros de la escuela comercialista española, como JOAQUIN GARRIGUES<sup>(14)</sup> y FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES<sup>(15)</sup> y, entre nosotros, en el Perú, los grandes maestros de la Universidad Católica y de la Universidad de San Marcos, como ANDRES LEÓN MONTALBAN<sup>(16)</sup> y ULISES MONTOYA MANFREDI<sup>(17)</sup>, a quienes evoco en el recuerdo de sus clases y en la lectura de sus libros, que son los clásicos de la escuela comercialista peruana.

- (1). LEWIN GOLDSCHMIDT: “Universalgeschichte des Handelsrechts”, Stuttgart, 1901. (2). CONRAD KOSACK: “Tratado de Derecho Mercantil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1901. (3). PAUL REHME: “Historia Universal del Derecho Mercantil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1901.
- (4). JULIUS von GIERKE: “Derecho Comercial y de la Navegación”, Tipográfica Editora Argentina, S.A., Buenos Aires, 1907.
- (5). CESAR VIVANTE: “Tratado de Derecho Mercantil”, 3 tomos, versión española de la 1ª edición italiana, editorial Reus, Madrid, 1902.
- (6). ANGELO SRAFFA: Los libros de Sraffa dedicados singularmente a “Il fallimento delle società commerciali”, 1907; “La liquidazione delle società commerciali”, 1907; “Il mandato commerciale e la commissione”, 1908 se desenvolvieron en su genial obra maestra fundada y dirigida conjuntamente con Vivante: la “Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni”, publicada por la Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Via Cesare da Sesto 1, Milano.
- (7). ALFREDO ROCCO: “Principios de Derecho Mercantil. Parte General”, traducción de la Revista de Derecho Privado, Prólogo de Joaquin Garrigues, Editora Nacional México, 1908.
- (8). AGEO ARCANGELI: “Svolgimento storico dell’intervento cambiario”, publicado en la “Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni”, vol. X, (1907), Parte I, pag. 100 y ss., y en sus “Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario”, volume terzo, pag. 43 a 70, CEDAM, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1908.
- (9). TULLIO ASCARELLI: “Iniciación al estudio del Derecho Mercantil. Introducción y traducción de Evelio Verdera y Tulles”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1904; ID: “Introducción al Derecho Comercial”, Ediar, S.A., Editores, Buenos Aires, 1908; ID: “Panorama del Derecho Comercial”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1908; ID: “Derecho Mercantil”, Distribuidores Porrúa Hnos. y Cia, México, 1908; ID: “Saggi di Diritto commerciale”, especialmente léase su brillante estudio “Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell’unificazione”, en “Saggi...”, cit., pag. 7 a 20, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1908; ID: “Corso di diritto Commerciale Introduzione e Teoria dell’impresa, terza edizione, Dott.A. Giuffrè Editore, Milano, 1904; ID: “In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Camelutti)”, estudio publicado en la Rivista di diritto processuale, 1908, I, 1, y reeditado en TULLIO ASCARELLI: “Problemi Giuridici”, tomo primero, pag. 103 a 108, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano, 1908; ID: “Etude comparative et Interpretation du droit”, en “Problemi Giuridici”, tomo primero, pag. 100 a 107; ID: “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, en “Problemi Giuridici”, tomo primero, pag. 100 a 108; ID: “Norma giuridica e realtà sociale”, en “Problemi Giuridici”, tomo primero, pag. 99 a 108; ID: “La dottrina commercialista italiana e Francesco Camelutti”, en “Problemi Giuridici”, tomo secondo, pag. 100 a 108, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, Milano, 1908.
- (10). LORENZO MOSSA: “Derecho Mercantil”, Unión Tipografica Editorial Hispano America, Buenos Aires, 1908; ID: “Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1908.
- (11). ALBERTO ASQUINI: “Scritti Giuridici”, volume terzo: “Una svolta storica nel diritto commerciale”: 1. Lo spirito del diritto commerciale secondo la sua formazione storica; 2. Il diritto commerciale sul piano dell’ordinamento corporativo; 3. Specialità e autonomia del diritto commerciale”, pags. 9 y ss., CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1904. (12). GIUSEPPE FERRI: “Manuale di Diritto Commerciale”, Unione Tipografica Editrice Torinese, U.T.E.T., Torino, 1901.
- (13). FRANCESCO GALGANO: “Storia del Diritto Commerciale”, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1908.
- (14). JOAQUIN GARRIGUES: “Curso de Derecho Mercantil”, tomo I, 7ª edición, Madrid, MCMLXXVI. (15). FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES: “Tratado de Derecho Comercial Comparado”, tomo I, Montaner y Simedón S.A., Barcelona, MCMLXIII. (16). ANDRES LEÓN MONTALBAN: “Derecho Comercial (Primer Curso)”, Lima, 1908.
- (17). ULISES MONTOYA MANFREDI: “Derecho Comercial” (1ª edición aumentada y actualizada por Ulises y Hernando Montoya Alberti), Editorial Grifley, Lima, 1908.

Así, pues, a la luz que irradia la lectura de estos grandes clásicos, podemos sostener con Ascarelli, que todo el Derecho es un producto de la Historia, porque el Derecho vive como historia y su momento culminante es el momento interpretativo. El Derecho Comercial, según Ascarelli, no es una categoría lógica, sino una categoría histórica.. Surgido en el medioevo en el ámbito de los comerciantes matriculados en el “*liber mercatorum*”, fueron, así, surgiendo la sociedad colectiva y la sociedad en comandita, la letra de cambio, la Banca, el seguro, el comercio marítimo, la avería, la quiebra, todo un nuevo derecho desconocido por el Derecho Romano cuyas instituciones se fueron perfilando merced a una interpretación histórica por la jurisdicción consular en la que los Cónsules, sin formalidad alguna, resolvían sumariamente “*de plano ac sine strepito et figura iudiciis*”, según la equidad únicamente: “*ex bono et aequo*”.

“Así nació – dice Alfredo Rocco-, <sup>(18)</sup> una verdadera jurisdicción consular que impulsó notablemente el desenvolvimiento autónomo del Derecho Mercantil”... La jurisdicción consular marítima tuvo importancia especial porque motivó importantes colecciones de normas jurídicas como las *Capitulare Nauticum* de Venecia (1255), la *Tabula Amalfitana* de Amalfi (siglos XIII y XIV). El monumento más notable en España fue el célebre “**Consulado del Mar**”, compilación particular del siglo XIV, redactada sobre la jurisprudencia del Tribunal Consular marítimo de Barcelona. **Los Roolos de Olerón.**- Fueron una compilación de las sentencias expedidas por los Tribunales de Olerón, isla situada al Sur Oeste de Francia y cuyos textos estaban escritos en francés antiguo mezclados con términos gascones. “El nombre de ellos- decía el maestro Andrés León Montalban<sup>(19)</sup>-, deriva, para unos, del hecho de ser éste el nombre de las sentencias de los tribunales franceses; pero, para otros, porque Rool era el pergamino que contenía la sentencia, documento que se entregaba enrollado. Algunos autores creen que el nombre de Olerón proviene de una antigua copia que había sido certificada por un funcionario de esa isla. Los Roolos de Olerón tienen como materia varios aspectos del Derecho Marítimo. La edición primitiva constaba de 25 artículos y constituyó la ley mercantil del Atlántico.

“**Las leyes de Wisbuy.**- Se denominó así a una colección del siglo XV muy en boga en los mares del Norte. Al principio tuvo carácter particular, pero después fue adoptada por todos los países escandinavos. Su materia es de menor importancia que la de los Roolos de Olerón. Wisbuy es una villa de la isla de Gotland (Suecia), isla situada en el mar Báltico, entre Suecia y Finlandia, y alrededor de 150 millas al norte de la costa alemana, en la que se reunían suecos, moscovitas, flamencos, escoceses, franceses, ingleses, etc. De los usos y costumbres allí imperantes, muchos de los cuales se tomaron de los Roolos de Olerón, se formó una compilación conocida con el nombre de Ordenanzas de Wisbuy, escrita en lengua alemana. Las leyes u Ordenanzas de Wisbuy constan de 70 artículos. Esta compilación data de época anterior a la de los Roolos de Olerón y también se afirma que apareció en 1288. Su verdadero nombre era “Ordenanzas que los mercaderes y patronos de nave formaron antiguamente en la antigua ciudad de Wisbuy”.

“**La Guía del Mar.**- Redactada desde 1556 a 1584. Es una compilación formada por los comerciantes de Ruan. Tiene como materia el seguro marítimo. Puede decirse que la mayor parte de las codificaciones de hoy han conservado las disposiciones de la Guía del Mar en la materia concerniente a este contrato”.

<sup>(18)</sup>. ALFREDO ROCCO: “Principios de Derecho Mercantil. Parte General”, traducción de la Revista de Derecho Privado, Prólogo de Joaquín Garrigues, pag. 11 y passim., Editora Nacional México, 1966.

<sup>(19)</sup>. ANDRÉS LEÓN MONTALBAN: “Derecho Comercial” (Primer Curso), pag. 1., Lima, 1941.



**“Las Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica.**- La liga Hanseática, tuvo por objeto proteger el comercio de las ciudades alemanas de las incursiones de los piratas del Báltico y del Mar del Norte. La región del Báltico era una excelente ruta comercial desde mucho tiempo atrás; pero solo en los siglos XII y XIII experimentó otra dirección. Como consecuencia del estado jurídico de la época, se formaron asociaciones de comerciantes destinadas a obtener, por la unión que representaban, la protección legal que les era difícil obtener por la falta de relaciones de carácter internacional. Se generalizaron los tratados y alianzas comerciales entre las ciudades ribereñas del Báltico y del Mar del Norte, y fruto de ellas fue lo que se conoció con el nombre de Hansa teutónica o Hansa alemana, que dejó sentir su influencia en el desarrollo del comercio y por ende del Derecho Comercial. Fue pactada por Lübek, Bremen y Hamburgo y llegó a comprender cerca de 80 ciudades, cada una de las cuales elegía sus diputados que se encontraban presididos por los de la ciudad de Lübek. A ellos se deben las Ordenanzas de Marina de la Liga Hanseática, publicadas en 1591, y que no son otra cosa que los Reglamentos de la Liga redactados por la Asamblea de Diputados”<sup>(20)</sup>.

A estas fuentes normativas, contractuales y jurisdiccionales, hay que añadir las fuentes doctrinarias representada por las obras de Benvenuto Stracca, Segismundo Scaccia, Rafael De Turri, Francesco Rocco, Ansaldo de Analdi, el Cardenal Juan Bautista de Luca, Carlos Targa, José María Lorenzo de Casaregis, Pompeo y Ascanio Baldasseroni.

**BENVENUTO STRACCA** nació en Ancona en 1509 y murió a los 69 años en 1578. A Stracca corresponde el mérito de haber escrito el primer gran tratado de Derecho Mercantil, publicado en Venecia en 1553, con el título de *“Tractatus di mercatura seu mercatore”* en el que se trata el tema del comercio y de la navegación. La obra tuvo gran fortuna y fue largamente conocida y apreciada en toda Europa. Stracca publicó también un *“Tractatus de sponsionibus et assecurationibus mercatorum”* editado en Venecia en 1552 que también tuvo gran éxito.

**SEGISMUNDO SCACCIA** Jurisconsulto genovés que vivió en la segunda mitad del siglo XVI y en los primeros decenios del siglo XVII cuya fama se debió a su *“Tractatus de commerciis et cambio”*, escrito en Roma en 1618 y cuya importancia es decisiva para el estudio de la historia del derecho monetario y bancario.

**RAFAEL DE TURRI**, otro gran jurisconsulto genovés quien, como Scaccia, también estuvo atraído por la misma materia que la desarrolló en su *“Tractatus de cambiis”*, editado en Genova en 1641.

**FRANCESCO ROCCO**, nacido en 1605 en Lettere, en la Provincia de Nápoles y murió a los 71 años en 1676 en Nápoles donde está sepultado en la Iglesia de la Piedad, bajo una lápida de marmol que recuerda su vida. Estudió Derecho en la Universidad de Nápoles y ejerció con éxito la abogacía. Atraído por el Derecho Comercial y Marítimo publicó en 1645 dos volúmenes de *“Responsorum legalium sum decisionibus ac mercatura notabilia”* en cuyo apéndice expuso en seis títulos la letra de cambio, el mandato mercantil, la sociedad, la nave, el flete, el seguro y la quiebra.

<sup>(20)</sup>- ANDRES LEÓN MONTALBAN: “Derecho Comercial” (Primer Curso), pag. 35, Lima, 1990.



**ANSALDO DE ANSALDI**, nació en Florencia el 7 de Octubre de 1651, estudió Derecho en la Universidad de Pisa, hizo su práctica legal en Florencia y ejerció la abogacía en Florencia y luego en Roma, donde frecuentó al Cardenal de Luca, quien fue su maestro en el Derecho Comercial y quien lo inspiró en su método de plantear casos y cuestiones prácticas. En 1696 fue nombrado por el Papa Inocencio XII auditor de la *Sacra Rota* en la que llegó a ser su Decano. Murió en Roma el 7 de Diciembre de 1719. Su fama de gran comercialista la debió a su gran obra **“De commercio et mercatura discursus legales”** publicada en Roma en 1689, obra en la que trata de las grandes decisiones de la Rota de Roma, de Florencia y de Livorno sobre el contrato de cambio, la compra-venta, la sociedad, el mandato, el mutuo, el seguro, el concurso de acreedores, la insolvencia comercial, entre otros grandes temas de Derecho Comercial, que concluyen con el valor probatorio de los libros de comercio.

**EL CARDENAL JUAN BAUTISTA DE LUCA**, muerto en 1683 dedicó a la materia comercial varios libros, especialmente el 5º, 7º, y 8º de su monumental **“Theatrum veritatis et iustitiae”** escrito en Venecia en 1734.

**CARLOS TARGA**, Fue otro gran comercialista de la época quien trató sobre el Derecho Marítimo en su **“Ponderationi sopra le contrattazioni maritime”** publicada en Genova en 1692.

**JOSÉ MARÍA LORENZO DE CASAREGI o CASAREGIS**, nació en Genova el 9 de Agosto de 1670 y murió en Florencia el 8 de Agosto de 1737.

Fue un notable jurista dueño de una excepcional cultura jurídica y de un profundo conocimiento del Derecho y de la jurisprudencia comercial y marítima, como lo demuestra su obra fundamental titulada **“Discursus legales de commercio”** editada en Florencia en 1719. Luego publicó como Apéndice al mismo libro un “Comentario al Consulado del Mar” y, luego, en 1723, publicó en Florencia **“il cambista istruito per ogni caso de fallimenti o sia instruzione per le piazze mercantili”**, obra en 8 capítulos, en la que con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales examina la validez de los actos del fallido antes de la declaratoria de quiebra. Esta obra fue reeditada en Florencia en 1729, edición corregida y aumentada por el autor con nueva doctrina y luego reeditada en Venecia en 1737.

La obra de Casaregis representa una contribución fundamental para el Derecho Comercial y Marítimo por su claridad, por su profundidad, por su gran versación doctrinaria, que hacen de Casaregis, al más completo y profundo de los tratadistas del Derecho Comercial de aquella época.

**POMPEO BALDASSERONI**, nació en Livorno en 1743 y murió el 4 de Diciembre de 1807 cuando ejercía la magistratura en la Corte de Apelación de Brescia. Estudió Filosofía en la Universidad de Roma y luego Derecho en la Universidad de Pisa. Ejerció la abogacía en Livorno. En 1784 escribió su obra más conocida: **“Leggi e costumi del cambio”** que tuvo gran éxito y que lo llevó a escribir luego en 1806 su **“Progetto di codice generale per il commercio di terra e di mare”**.

**ASCANIO BALDASSERONI**, nació en Livorno en 1741 y murió en Florencia el 12 de Diciembre de 1824. Fue autor de un tratado **“Delle assicurazioni marittime”** escrita en Florencia en 1786. En 1810 publicó el **“Dizionario ragionato di Giurisprudenza marittima e di commercio”** que constituyó una amplia tratadación del Derecho Comercial que ubican a Ascanio Baldasseroni entre los más notables tratadistas del Derecho Comercial.

Vistos los más notables tratadistas del Derecho Comercial en la época de su génesis del siglo XII al siglo XVIII, que se caracteriza por ser un derecho de los comerciantes, cábeme dejar establecido que su desarrollo ulterior se caracterizó por ser un derecho de los actos de comercio el que fue consagrado por el Código de Comercio Francés de 1808 cuyo artículo 631 establecía que *“La competencia del Tribunal de Comercio se extiende a la controversia relativa a todos los actos de comercio”*.

El desarrollo ulterior de esta doctrina ha sido desarrollada por las escuelas cuyos grandes maestros estan citados en la bibliografía citada en la iniciación de este capítulo; así como al recordar las vicisitudes de la unificación del Derecho Civil y Comercial en el Código Civil Italiano de 1942 y la teoría de la empresa en la doctrina del profesor Alberto Asquini cuyo pensamiento lo he evocado al tratar sobre la *“Scuola italiana del diritto y sus grandes maestros”* en otro capítulo de este libro, así como en la evocación de mi maestro el doctor Ulises Montoya Manfredi en la página pertinente de este libro.



# CAPÍTULO XC



## LA EDAD DE LA RAZÓN EL PENSAMIENTO DE LA ILUSTRACIÓN





## CAPÍTULO XC

### LA EDAD DE LA RAZÓN

#### EL PENSAMIENTO DE LA ILUSTRACIÓN

El carácter principal de la Filosofía medieval fue su espíritu religioso. Fue “*la edad de la fe*”, a diferencia de la Filosofía moderna, que fue “*la edad de la razón*”, y de los grandes sistemas inspirados en el culto a la razón, como fueron el *Discurso del método* de **RENÉ DESCARTES** (1596-1650), escrito en 1637, para establecer la fe en la razón frente a la duda metódica; como lo fue también el otro gran sistema de esta época, la “*Ética demostrada según el orden geométrico*” de **BARUCH SPINOZA** (1632-1677), en el que se emplea el método matemático auspiciado por Descartes para construir la Metafísica. Tanto Descartes como Spinoza querían emplear el método matemático para la reflexión filosófica.



**BARUCH SPINOZA** fue un filósofo racionalista holandés, nacido en el barrio judío de Ámsterdam, de una familia hebrea originaria de Espinoza de los Monteros (Burgos), emigrada primero a Portugal y luego a Holanda. Fue educado en la escuela judía, a los 15 años ayudaba a su padre en el comercio mientras se preparaba para ser rabino y prosiguió su formación conociendo la cultura de tradición musulmana y judeo-hispana.

Enfermo de tisis, murió a los 44 años de edad, el 21 de febrero de 1677, dejando sin terminar un tratado político, una gramática hebrea y un tratado sobre el arco iris. Fue enterrado el 25 de febrero en una fosa común.

**RENE DESCARTES**, cuyo apellido latino era “*Cartesius*”, había nacido en La Haya el 31 de marzo de 1526. Educado en un colegio de jesuitas y, por consiguiente, en íntimo contacto con Aristóteles y el escolasticismo, se dio cuenta de que su época y sus tiempos, necesitaban la búsqueda de un nuevo método, de un nuevo *ars inveniendi* que explicara la nueva concepción del mundo y de la vida. Es justamente la búsqueda de este nuevo método lo que caracterizó la obra de Descartes. Ya **Francis Bacon** (nacido en Londres en 1561 - muerto en Londres en 1626) había sostenido en el *Novum organum*, publicado en 1620 y cuyo título revela la intención polémica de la obra, que la lógica aristotélica, entonces en uso, “*es inútil para la invención científica*” y “*sirve más para fijar y consolidar errores, fundados en nociones vulgares, que para inquirir la verdad; de tal modo que es más perjudicial que útil*”. Sostiene que “*el silogismo no es aplicable a los principios de la ciencia*”, “*y solo sirve para imponer la razón frente al sentimiento, pero no para aprehender la realidad*”.



**MÉTODO CARTESIANO.**- Retomando la posición escéptica, Descartes inicia su pensamiento filosófico dudando y sintiéndose inseguro de todo lo que le rodea. Para él nada es merecedor de confianza. La historia de la Filosofía nos muestra un proceso constante de contradicciones en el que las opiniones más opuestas han sido sostenidas con igual fervor. Los sentidos nos engañan frecuentemente, por lo tanto no podemos sentirnos seguros de lo que ellos nos digan.

El mismo pensamiento no merece confianza, porque se comete una serie de crasos errores al pensar. Las únicas ciencias que nos parecen seguras (la Lógica y las Matemáticas) no sirven para conocer la realidad última de las cosas.

Descartes, pues, se encierra solitario con su duda, “Hay que poner en duda todas las cosas, siquiera una vez en la vida”, dice Descartes. No ha de admitirse apriorísticamente ninguna afirmación de tipo filosófico sin antes haberla sometido a un constante bombardeo de interrogaciones y dudas. Descartes solo acepta aquellas aseveraciones que no admitan ninguna posibilidad de duda, en las que no quepa un “tal vez” o un “pero”.

La “duda metódica” planteada por Descartes parte de una duda de los sentidos, del pensamiento, de Dios y hasta de su existencia. Derriba toda la filosofía que le antecedió. Hasta que llega un momento en que, rectificándose, afirma que de todo dudó, menos de esa misma duda; luego, para dudar, tiene necesariamente que estar pensando; y para pensar, tiene necesariamente que estar existiendo. Pienso, luego, existo. *Cógitó ergo sun* es la conclusión a la que arriba la duda metódica.

## BLAS PASCAL

En medio del racionalismo imperante en el siglo XVII y frente a los altos farallones que dominaban las cumbres de la inteligencia en la época de la Ilustración, evocar a Pascal es un contraste, como quien desde un avión, contempla precipicios y alturas, cimas y hondonadas abisales para, luego, refugiarse en Shangri-Lá, tranquilizando el alma en el frescor de las aguas cristalinas, donde murmulla el remanso de la vida espiritual, donde los estados del alma nos transportan del culto de la razón pura a la espiritualidad del corazón.

“Hay razones del corazón que la razón no conoce”. Tal es, en esencia, la filosofía de Pascal.

**BLAS PASCAL** nació en Clermont-Ferrand el 19 de junio de 1623 y murió en París a los 39 años, el 19 de agosto de 1662.

Habiendo quedado huérfano de madre a los tres años —ella se llamaba Antoinette Begon—, su padre, Etienne Pascal, quien era un alto magistrado, presidente del Tribunal de Cuentas, lo introdujo en el círculo académico de Mersenne, de orientación anticartesiana. Desde joven, Pascal dio muestras de su genio, redescubriendo las proposiciones, el método y los principios de Euclides y el cálculo de probabilidades, como lo demuestran su correspondencia con Fermat y sus obras de juventud dedicadas, fundamentalmente, al pensamiento matemático y a la Física: *Traité des sections coniques* (1639); *Traité de l'équilibre des liqueurs* (1651); *Traité de la pesanteur de la masse de l'air* (1652); *Discours sur les passions de l'amour* (1653-1654); *Traité du Triangle arithmétique* (1654); “*Petit traité des solides circulaires, etc.*”, y el descubrimiento de una máquina calculadora.

No obstante haber profundizado la Geometría, sus conclusiones lo llevaron a afirmar que “no todo se demuestra con la Geometría” y que “hay cosas como el tiempo y el espacio que no pueden definirse pero que el corazón las siente y las presiente y ello basta”, porque “es el sentimiento y no el razonamiento quien pone los fundamentos de la infinitud, de la grandeza y de la pequeñez”.

La filosofía de Pascal tiene como eje fundamental a su obra decisiva: *Pensées* (*Pensamientos*), editada póstumamente en Port-Royal en 1670 y que constituye el punto de partida de una apología de la religión cristiana (*Pensées sur la religion chrétienne*), obra que nunca terminó y cuyos fragmentos son conocidos, simplemente, con el nombre de *Pensées*, que ha sido objeto de múltiples ediciones posteriores, reagrupadas con el nombre de *Oeuvres Complètes* en 14 volúmenes (1908-1914); hay una nueva reedición del año 1965, que contiene también las fuentes testimoniales y documentales de su biografía: “*Lettres, opuscules et mémoires de Madame Périer et de Jacqueline, soeurs de Pascal, et de Marguerite Périer, sa nièce*”.

La obra *Pensamientos* de **BLAISE PASCAL** la tenemos a la vista en castellano en la edición y traducción de Mario Parajón (2008).

El pensamiento de Pascal debe integrarse a la luz de sus reflexiones religiosas suscitadas por la lectura de la obra del profesor de Lovaina y Obispo de Yprés, **JANSENIUS** o **CORNELIUS JANSEN** (1585-1638): *Reforma del hombre interior*, más conocido como el *Augustinus* o *Augustinus, seu doctrina sancti Augustini de humanae naturae sanitate*, publicada en Lovaina en 1640. El pensamiento jansenista fue desenvuelto por la Escuela de Port-Royal, que tuvo decisiva importancia en la Teología, la Lógica, la Pedagogía, la Metodología y la Filosofía, fundamentalmente por la influencia de **ANTOINE ARNAULD** y **PIERRE NICOLE** y cuyos seguidores eran conocidos con el nombre de “los Solitarios”. Sobre el particular, léase: **SAINTE BEUVE**: *Port-Royal* (1867, Pascal en los tomos II y III).

La hermana de Pascal, Jacqueline, ingresó a Port-Royal en 1652 y el propio Blas Pascal se retiró a Port-Royal en 1655. Cuéntase que Jacqueline exhortaba a menudo a su hermano a renunciar a las vanidades de este mundo, incluyendo no solo la frivolidad social y las huecas conversaciones de salón, sino hasta la austera felicidad de la vida académica e intelectual. Producto de este pensamiento lo constituyen sus *Cartas provinciales* o *Lettres écrites à un provincial par un de ses amis*, más conocida bajo el título de *Las provinciales*, publicadas por entregas de



enero de 1656 a marzo de 1657, obra en la cual nos da cuenta de un cristianismo profundamente exigente y que representa una conciencia intensa de los derechos de la persona humana. Las *Cartas provinciales* deben situarse dentro de ese contexto o, como dice **STEINMANN**, en una triple lucha: a) contra la dogmática doctoral de los profesores de La Sorbona; b) contra la rigidez de los jesuitas y c) contra las ideologías políticas.<sup>(1)</sup>

La filosofía de Pascal es una filosofía de la fe que fluye raudamente de su obra: *Pensamientos*, obra en la cual, distingue entre el *esprit de finesse* que se contrapone al *esprit de géométrie* que caracteriza a los matemáticos y a los filósofos racionalistas. Nada hay de falso en el espíritu de la Geometría, ni en el espíritu puramente lógico. La falsedad consiste en considerarlo como el único espíritu posible para hallar la verdad. Pero, es que hay *raisons de coeur*, “razones del corazón que la razón no conoce”.

La influencia de Pascal en el pensamiento contemporáneo ha sido decisiva, sobre todo en **BERGSON** y entre nosotros, en el pensamiento del maestro **MARIANO IBERICO**, quien desarrolló sus doctrinas en una célebre conferencia pronunciada en la Universidad de San Marcos el 11 de agosto de 1923 titulada “La personalidad y la obra de Blas Pascal”, publicada en su libro *El nuevo absoluto* (p. 191 y ss., 1926); **ROMANO GUARDINI** también se pronunció al respecto en su estudio titulado *Pascal ou le drame de la conscience chrétienne* (1951; traducción castellana: *Pascal o el drama de la conciencia cristiana*, 1953); así como **CHARLES BAUDOIN** en su estudio *Blaise Pascal ou l'ordre du coeur* (1962); **JEAN LAPORTE** en *Le coeur et la raison selon Pascal* (1950); **H.F. STEWART** en *The hearth of Pascal* (1945); **J. STEINMANN** en *Pascal* (1962); **G. LE ROY** en *Pascal, savant et croyant* (1957); **LUCIEN GOLDMANN** en *El hombre y lo absoluto* (1968); **FRANÇOIS MAURIAC** en *De Pascal a Graham Greene* (1952); **M. SCHOLTENS** en *Le mysticisme de Pascal* (1974); **F. T. H. FLETCHER** en *Pascal and the mystical tradition* (1954); **HANS URS VON BALTHASAR** en *Gloria: una estética teológica*, t. 3 (1993); **JOAQUÍN LLANSÓ** en *De la nada al infinito: metafísica y tragedia en Pascal* (1984); **FRANÇOIS MAURIAC** en *Blaise Pascal y su hermana Jacqueline* (1953); **JEAN MESNARD** en *Pascal. El hombre y su obra* (1973); **AUGUSTO VALENSIN** en *Lecciones sobre Pascal* (1963); **ALICIA VILLAR** en *Ámbito de la razón y del corazón en Pascal* (1986); etc.

(1) J. STEINMANN: *Pascal*, p. 11, Paris, 1962. Véase también EVANGELISTA VILANOVA: *Historia de la Teología Cristiana*, tomo III, Siglos XVIII, XIX, XX, p. 1, editorial Herder, Barcelona, 1962.



**CAPÍTULO XCI**

**EL RACIONALISMO JURÍDICO Y  
LA ESCUELA PRUSIANA**



## CAPÍTULO XCI

# EL RACIONALISMO JURÍDICO Y LA ESCUELA PRUSIANA

La Escuela Racionalista prusiana floreció en los siglos XVII y XVIII, teniendo como principales representantes a Leibnitz, Puffendorf, Wolff, Nettelbladt y su método que se conoce, desde Wolff, con el nombre de *mos geometricus iura docendi* y cuyas doctrinas se consagraron en dos grandes códigos: El A. L. R. y el A. G. O.: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* y *Allgemeines Gerichtsordnung*, conocidos como el Código Federiciano de 1794 y el Ordenamiento Judicial General de 1791.

La Escuela Racionalista prusiana se desarrolló en el Siglo de las Luces o época de la Ilustración o del Iluminismo, tal como fue elaborado por los juristas de la *Aufklärung*; es decir, por la Escuela Prusiana de LEIBNITZ-PUFFENDORF-WOLFF-NETTELBLADT. Pero la filosofía de la Ilustración no solo fue la ideología predominante en Prusia. También Francia recibió su influencia a través de los grandes enciclopedistas como ROUSSEAU, VOLTAIRE y MONTESQUEU y los “PADRES DEL CÓDIGO CIVIL” como se llamó a los grandes juristas POTHIER y DOMAT por haber inspirado a los redactores del Code Napoléon.



**GOTTFRIEDWILHELMLEIBNITZ** fue un gran filósofo, matemático, jurista, teólogo; un sabio en la cabal extensión de la palabra, quien nació en Leipzig el 21 de Junio de 1646 y murió en Hannover el 14 de Noviembre de 1716. Descubridor del cálculo diferencial, hizo de la teoría de los principios lógicos la premisa y el punto de partida de su razonamiento metafísico y jurídico, que culminó en la Escuela Prusiana, representada por Leibnitz-Puffendorff- Wolff-Nettelbladt, también llamada Escuela del *mos geometricus iura docendi*.

Genial matemático y metafísico profundo, sus reflexiones filosóficas están consagradas en su “*Monadología*” escrita en 1714; desde su juventud, sentó las bases de los principios generales del Derecho en su tesis de 1667, titulada *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, “*Nuevo método de aprender y enseñar la jurisprudencia*” (hay traducción al italiano por la Editorial Giuffrè de Milano en el año 2012), en la que plantea una nueva ciencia jurídica exacta, lógica y sistemática a partir de ciertos postulados axiomáticos: los principios generales del Derecho. El “principalismo” de Leibnitz ha sido puesto en evidencia en un brillante ensayo de Ortega y Gasset titulado “Godofredo Guillermo Leibnitz y la evolución de la teoría deductiva”, en el cual sostiene que “Leibnitz era el hombre de los principios generales”. El principalismo de Leibnitz ha sido fuente de inspiración para los principios generales del Derecho que tanta importancia tienen en el Derecho Civil, en el Derecho Penal, en el Derecho Procesal, etc.



Al año siguiente de escrita su famosa tesis, Leibnitz publicó, en 1668, otra obra genial: “*Ratio Corporis Juris reconcinnandi*” (“Procedimiento para armonizar el Cuerpo Legislativo”) en la que proponía la redacción de un “nuevo Código, breve, claro y suficiente”, capaz de replantear “con claras luces” el Derecho Romano-Germánico entenebrecido por el pueblo y por la oscuridad e imperfección de las leyes y por las contradicciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Se imponía pues un verdadero culto de la actividad legislativa y una verdadera fé en la bondad y en la racionalidad de la creación del Derecho. “En esto radica la modernidad de Leibnitz- dijo el maestro Adriano Cavanna (1938-2002)<sup>(1)</sup> - : “de una parte su idea de reordenar científicamente el Derecho vigente (y no simplemente de renovarlo o reformarlo), de otra parte, sus indicaciones metodológicas constituyeron un auténtico prontuario de técnica legislativa al proponer un nuevo Código que sustituyera a todas las otras fuentes conocidas”.

Esta obra de Leibnitz – dijo Cavanna- se inspiraba en la convicción de que todo el Derecho Romano se podía reducir “en un modo completamente nuevo y jamás visto antes, en una sola foja de reglas generales a través de cuyas combinaciones se pudieren resolver todos los casos proponibles”. La “sola foja” de Leibnitz era, “como se ve una suerte de cerebro electrónico del Derecho, el instrumento de una verdadera y propia – *ars combinatoria*”<sup>(2)</sup>.

**SAMUEL FREIHERR VON PUFFENDORF (1632-1694)** fue profesor en Heidelberg, Lund y Berlín y es considerado “*el Padre de la Parte General*”, por haber desarrollado en su *De iure nature et Pentium libri octo* (1672), el primer sistema de una Teoría General del Derecho, un sistema que se corresponde con el casi contemporáneo sistema racionalista de Spinoza y con el del físico Newton; su sistema perdura hasta hoy en el Código alemán con el nombre de Parte General, cuyo núcleo central es la teoría del Negocio Jurídico.<sup>(3)</sup> Tuvo brillantes discípulos : **Samuel von Cocceji (Coccejus)** autor de un avanzadísimo Proyecto de “*Corporis iuris Fride-riciani*” que no llegó a promulgarse por la muerte del autor en 1755, **Johann von Carmer** que llegó a ser gran Canciller de Prusia quien, con la ayuda de **Carl Gottlieb Svarez** y de **Carl Ernst Ferdinand Klein** promulgó los dos grandes códigos prusianos de **Federico el Grande**: el Código Civil Federiciano o A.L.R. de 1794 y el Código Judicial Prusiano o A.G.O. de 1791 en el que se consagraron dos principios procesales fundamentales: a).- el *fóhler prinzip* o principio de dirección del proceso por el Juez y b).- el principio inquisitorio por el cual el Juez podía abrir un proceso sin demanda y resolver *ultra petita* en su sentencia.

**CHRISTIAN WOLFF (1679-1754)** es considerado “el caudillo de la Filosofía de la Ilustración” y “representa el intelectualismo de la gran tradición aristotélico-tomista de la baja escolástica”.<sup>(4)</sup>

Con **WOLFF** y su discípulo **DAVID NETTELBLADT (1719-1791)** se desarrolla la dirección que bien puede denominarse, siguiendo a Paul Koschaker, la escuela del *mos geometricus iura docendi*.<sup>(5)</sup>

A Leibnitz le debemos el poder de remontarnos a la contemplación de los principios generales; a Puffendorf la génesis en la elaboración de la Parte General, por eso lo llamamos “el Padre de la Parte General”. A Wolff y a su Escuela —el “*Wolffismo*”, es decir, la ideología o, mejor, la metodología “lógico-matemática” o *more geometricus*, basada en la elaboración de un sistema deductivo de conceptos desarrollados a partir de los principios contenidos en la Parte General. David Nettelbladt fue, acaso, el más insigne representante del “*Wolffismo*” y del racionalismo prusiano.

---

(1).- ADRIANO CAVANNA: "Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico", pag. 347; Giuffrè Editore, Milano, 1982.

(2).- ADRIANO CAVANNA: Ob. y loc. cit.

(3).- FRANZ WIEACKER, Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, p. 274-275, Ed. Aguilar, Madrid 1997.

(4).- WIEACKER, Ob. cit. p. 281, 282.

(5).- PAUL KOSCHAKER, Europa y el Derecho Romano, p. 281.



A faded, sepia-toned portrait of a man with long, wavy hair, wearing a white cravat and a dark coat. The portrait is the background of the page.

## CAPÍTULO XCII

LOS GRANDES JURISCONSULTOS  
FRANCESES PRECURSORES DE LA  
CODIFICACIÓN





## CAPÍTULO XCII

### LOS GRANDES JURISCONSULTOS FRANCESES PRECURSORES DE LA CODIFICACIÓN

No obstante las investigaciones y estudios desarrollados por la escuela Culta, Humanista o Elegante y de su método conocido con el nombre del *mos gallicus iura docendi* desenvuelto en la Universidades de Bourges y Orleáns el Derecho Francés carecía de unidad por estar totalmente fraccionado y dividido al extremo que, según el dicho de Voltaire “*viajando se cambiaba de ley con tanta frecuencia como se cambiaba de caballos*”.

Ello se debía a la multiplicidad de costumbres locales conocidas con el nombre de *DROIT COUTUMIER* o Derecho Consuetudinario y, por otra parte, otra gran influencia se debía a la enseñanza de las Universidades en las que se enseñaba el Derecho Romano y el Derecho Canónico.

Los grandes jurisconsultos franceses de la época (siglos XV, XVI y XVII) o fueron grandes comentaristas del *Droit Coutumier* o fueron grandes tratadistas del *Droit écrit*, como se enseñaba en las Universidades. Atendiendo a ello, Francia estaba dividida jurídicamente en regiones o países del Derecho Consuetudinario (*Pays de Droit Coutumier*) y en regiones o países del Derecho escrito (*Pays de Droit écrit*) según que predominare en ellas la costumbre o la tradición romanista. Los países del *Droit Coutumier* estaban situados al norte del río Loire; la línea de separación iba desde los alrededores de Ginebra hasta la desembocadura del Charente y, luego, se desviaba al sur hacia las regiones de Auvergne y Angoumois. Las regiones situadas al Sur de esta línea constituían los países del Derecho escrito o *Droit écrit*.

Las Costumbres tenían el grave inconveniente de constituir una fragmentación, una dispersión del Derecho que variaba no solamente de provincia a provincia o de región a región sino, también, de ciudad a ciudad propiciando una tremenda incertidumbre por falta de regla precisa aplicable a cada caso. Hay que mencionar a la “*Trés ancien coutume de Normandie*”, la “*Coutume du comté de Clermont en Beauvoisis*” que tuvo un genial comentarista: **PHILIPPE de RÉMY, SIRE DE BEAUMONNOIR**, nacido en Beauvoisis en 1246, muerto en 1296, Senescal y Baile en el Poitou, en Vermandois, en Touraine y en Senlis, quien fue un espíritu abierto, viajero y poeta y uno de los más grandes juristas del antiguo Derecho Consuetudinario francés. Su gran obra “*Les livres des coutumes et des usages de Beauvoisis*” se distinguió entre todas las otras obras del Derecho Consuetudinario por la abundancia y el desarrollo de las fuentes del Derecho a la cabeza de las cuales Beaumonoir citaba al “*Ordo iudicarius*” de Tancredo “*Bononiensis*”, el gran procesalista y profesor en la escuela de Bolonia, discípulo de Azón, quien vivió, más o menos hasta el año 1234, y de quien nos hemos ocupado en páginas anteriores al estudiar la escuela de Bolonia. Nos cuenta **PHILIPPE de BEAUMONNOIR** en su obra “*Les livres des coutumes et des usages de Beauvoisis*” que el Señor Feudal al sentirse agraviado por la sentencia errónea del juez se presentaba ante éste y le decía: “*Sire, je dis que chis jugement qui est prononciés contre moi, est faux et malvés et desloiax*”, dando lugar a un desafío ordálico del Derecho Feudal conocido con el nombre de “*Faussation de Jugement*”.

### ¿Qué era la “Faussation de Jugement”?

El tema lo he explicado en este mismo libro al estudiar el Derecho Germánico y, concretamente, todo lo referente a la Lex Sállica en el capítulo LXII, n.º. 2, de esta obra.

La “**Faussation de Jugement**” la trató **BEAUMANOIR** en su obra “*Les livres des coutumes et des usages de Beauvoisis*”, escrita entre 1279 a 1283.

Era un Instituto del antiguo Derecho Feudal francés, proveniente del Derecho Germánico, por el cual el Señor Feudal retaba a duelo a los Jueces por considerar que la sentencia pronunciada contra él era “*malvada y desleal*” y, en consecuencia, el agravio inferido sólo podía dilucidarse en duelo caballeresco, a punta de lanza y espada, como se zanjaban, en aquella época, todas las cuestiones inherentes al honor de un caballero.

Otras grandes Costumbres de aquella época fueron las “*Anciens usages d’Artois*”, así como la “*Trés ancienne coutume de Bretagne*”; que sería comentada por Pothier; en fin, hemos de citar, por su importancia, la Costumbre de París, que sería comentada por Dumoulin, por considerarla la más notable de todas las costumbres y, sobre la cual, Du Breuil, abogado en el Parlamento de París, muerto hacía 1344 o 1345 escribió una obra importante conocida bajo el título de “*Stylus curiae Parlamenti*” o “*Stylus du Parlement de Paris*”. El “*Stylus*” era un Tratado de Procedimiento Civil y criminal. El “*Stylus*” de Du Breuil estaba redactado en latín y fue escrito alrededor de 1330.

Entre los más grandes jurisconsultos precursores de la codificación he de mencionar a :

- 1.- **CHARLES DUMOULIN** o du **MOULIN** o, en latín, **MOLINAEUS**, quien nació en París en el año 1500 y murió el 27 de Diciembre de 1566. Por algún tiempo fue abogado en el Parlamento de París, cargo que dejó para dedicarse a la enseñanza del Derecho Romano y el comentario de todas las “Costumbres”, pero, fundamentalmente, a la Costumbre de París a la que consideraba el modelo, el arquetipo del Droit Coutumier a la que dedicó páginas célebres intituladas “*Oratio de concordia et unione consuetudinem Franciae*”, pensando y proyectando una codificación general y única de todas las costumbres de la Francia consuetudinaria.

La influencia de Dumoulin sobre los destinos del Derecho Francés ha sido grande y, por eso, lo consideramos uno de los grandes patriarcas o precursores de la codificación.

- 2.- **BERTRAND D’ARGENTRÉ**. Nació en Vitré en 1519 y murió en 1590. Su pensamiento jurídico puede ser considerado como un antagonista del pensamiento de Dumoulin en tanto que fue el gran teórico del Derecho Feudal, del provincianismo de los privilegios de casta, como resulta de la lectura a sus “Comentarios a la costumbre de Bretaña” publicada en 1539.
- 3.- **GUY COQUILLE**. Nació en 1523 en Nièvre y murió en 1603. Estudió Derecho en la Universidad de Padua y, luego, en Orleans, dedicándose a la abogacía en París. En su obra “*Institution au droit francais*” y en sus “*Commentaires sur les Coutumes de Nivernois*” este gran jurista nivernés se convirtió en uno de los primeros generalizadores del Derecho francés procurando la redacción de un Código único y por ello es otro de los grandes patriarcas de la codificación.

- 4.- **ANTOINE LOISEL.** Nació en Beauvois en 1536 y murió en 1617. Fue uno de los “hombres simbólicos” del siglo XVI: poeta, literato, erudito, discípulo del gran Cujaccio ó Cujas, de quien heredó su afición por la Jurisprudencia Culta, Humanista o Elegante, bajo cuya inspiración escribió sus “*Institutes Coutumières*” publicada en 1607, obra que ejerció gran influencia sobre los juristas de esa época por sus célebres aforismos o brocardos. Las máximas de Loysel constituyeron un hermoso Manual o Vademécum de Derecho por su estilo ameno y fácil de recordar, como se puede apreciar en las lecturas que corren en las páginas 74 y 75 del tomo primero de las “*Lecciones de Derecho Civil*” de los hermanos **Mazeaud**, (E.J.E.A., Buenos Aires, 1959), que también las evocan **Ripert** y **Boulanger** en el tomo primero, pag. 64 y 65 del “*Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1963.
- 5.- **GUILLAUME de LAMOIGNON.** Nació en París el 23 de Octubre de 1617 y murió el 10 de Diciembre de 1677. Fue el primer Presidente del Parlamento de París en 1658. Las sentencias de Lamoignon influyeron decisivamente en las Ordenanzas de Colbert por su gran interpretación de las costumbres que tenían la autoridad de una ley.
- 6.- **JEAN DOMAT.** Fue el gran inspirador del Código Civil Francés por su fundamental obra publicada en 1694 “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*”. Domat nació en Clermont el 30 de Noviembre de 1265 y murió en París en 1696. Fue educado por su tío-abuelo, el sabio jesuita Sirmond, quien le hizo estudiar en París Filosofía, Matemáticas, Griego, Latín, Italiano y Español; luego lo matriculó en la Universidad de Bourges, licenciándose en Abogacía y doctorándose a los 20 años. Tuvo una estrecha vinculación con Blas Pascal y, luego, ejerció la abogacía en Clermont donde tuvo la oportunidad de tener grandes casos en los que demostró su grandeza, su talento y su genial profundidad filosófica. Luego, se estableció en París donde publicó en 1694 su obra cumbre “*Las leyes civiles en su orden natural*” que constituye una obra clásica por su genial sistematización de todas las materias del Derecho Civil que serviría de inspiración a los redactores del Código Civil.
- 7.- **HENRI FRANCOIS DAGUESSEAU.** Nació en Limoges el 27 de Noviembre de 1668 y murió en París el 5 de Febrero de 1751. Abogado en el Parlamento de París, Procurador General y Canciller, pasó a ser uno de los más grandes juristas en la historia del Derecho Francés por haber redactado y publicado tres ordenanzas notables destinadas a unificar toda la jurisprudencia francesa. Las Ordenanzas de Daguesseau tuvieron una recepción parcial en el Código Civil Francés, especialmente en materia de Donaciones, Testamentos y Sustituciones.
- 8.- **ROBERT JOSEPH POTHIER.** Nació en Orleáns el 9 de Enero de 1699 y allí murió el 2 de Marzo de 1772. Ha sido llamado “**el padre del Código Civil**” porque sus obras, singularmente su hermoso “*Tratado de las Obligaciones*”, sirvió de inspiración a los redactores del Código Civil. Hombre genial, profesor en la Universidad de Orleáns y Magistrado – Consejero en el Presidial de Orleáns, vivió y murió en su ciudad natal dedicándose exclusivamente al estudio y a la investigación como Profesor de Obligaciones y Contratos y al ejercicio de la magistratura, lo que le permitió profundizar, como Juez, la teoría y la ciencia del Derecho. Obras fundamentales: “*Comentario a la Costumbre de Orleáns*” que fue impreso en 1740 y cuya segunda edición ampliada fue publicada en 1760; “*Pandectae iustinianee in novum ordinem Digestae*” París, 1748; “*Tratado de las Obligaciones*”, publicada en París, 1761, traducción castellana, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947. Según Dupin, que escribió una hermosa semblanza de Pothier, el “*Tratado de las Obligaciones*” de Pothier “*era el libro*



más bello de Derecho producido por los hombres". Según Dupin "esta inmortal obra no solamente es un excelente libro de Derecho, sino, ante todo, un excelente libro de Moral, una obra para todos los tiempos y para todos los países, que no tiene más libro superior que el Evangelio que es la palabra de Dios"; "Tratado de los Contratos", I: "Tratado del Contrato de Venta", Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948; "Traité des retraits", París-Orleáns, 1762; "Traité du contrat de constitution de rente", París-Orleáns, 1763; "Traité du contrat de change", París-Orleáns, 1763; "Traité du contrat de Louage", París, 1764; "Traité du contrat de bail á rente", París-Orleáns, 1764; "Traité du contrat de la société", París-Orleáns, 1764; "Traité des contrats de louage maritime", París-Orleáns, 1765; "Traité des cheptels"; París-Orleáns, 1765; "Traité des contrats de bienfance", 2 vols., París-Orleáns, 1766; "Traité du contrat de prêt de consommation", París-Orleáns, 1766; "Traité du contrat de dépôt et de mandat", París-Orleáns, 1766; "Apéndice du quasi-contrat negotiorum gestorum", París-Orleáns, 1766; "Traité du contrat de nantissement", París-Orleáns, 1767; "Traité des contrats aléatoires", 3 vols., París-Orleáns, 1767; "Traité du contrat de mariage", 2 vols., París-Orleáns, 1769; "Traité du donation", París-Orleáns, 1770; "Traité du droit d'habitation", París-Orleáns, 1771; "Traité du droit de domaine et de propriété", París-Orleáns, 1772; "Traité de la possession et de la prescription", París-Orleáns, 1762; "Traité sur diferentes matières de droit civil et de jurisprudence française", 4 vols., París-Orleáns, 1773-74.

- 9.- **JEAN JACQUES RÉGIS CAMBACÉRÉS.** Con Cambacérés entramos de lleno a la época de la codificación propiamente dicha. Cambacérés nació en Montpellier el 8 de Diciembre de 1753 y murió en París el 5 de Marzo de 1824. Formó parte de la Convención, pero en el proceso a Luís XVI votó por la pena de muerte, voto que años más tarde le valió que durante la Restauración de los Borbones fuera considerado como un regicida y luego fuera exiliado. Antes de este evento se dedicó al estudio de la codificación escribiendo tres anteproyectos para que fueran aprobados por la Asamblea Revolucionaria. Se puede afirmar, pues, que con el primer Proyecto de Cambacérés empezó la verdadera génesis del Código Civil. Los tres proyectos de Cambacérés (el primero del 9 de Agosto de 1793, el segundo presentado ante la Convención el 23 Fructidor del año II y el tercero presentado ante el Consejo de los Quinientos el 24 de Prerial del año IV), no obstante no fueron aprobados por la Convención, como tampoco lo fue el cuarto Proyecto sustentado por **Jacqueminot**. Debemos atribuir a la ignorancia, a la demagogia y al aventurerismo de los integrantes de la Asamblea el no haberse puesto de acuerdo sobre la necesaria e impostergable obra de codificación. Fue necesario el advenimiento de Napoleón, un espíritu fuerte, un genial estadista y un hombre con ideas muy claras sobre lo que debía hacerse en materia de codificación para que se lograra el viejo sueño de consagrar un Código Civil. Y esto solo fue posible con la fuerza y la clarividencia de Napoleón Bonaparte, un soldado a quien no le temblaba el pulso para arrojar a cañonazos y a punta de bayoneta a los charlatanes y a los demagogos, como lo demostró inequívocamente con el golpe de estado llamado "el 18 Brumario" en el que, bajo sus órdenes, el General Murat desalojó a los jacobinos que gritaban "¡Muera!", "¡Muera!" "¡que se lo declare fuera de la ley!" ante la impotencia de su hermano Luciano para poner orden como Presidente en el Consejo de los Quinientos. El "primer Cónsul" reveló, pues, que era el hombre del destino. La historia de Francia se engrandece ante esta clase de hombres que forman, como escribía Carlyle "la médula de la historia". "La historia es el campo de acción de las grandes personalidades". Así, el 24 Termidor del año VIII (13 de Agosto de 1800) dictó el siguiente Decreto: "Los Cónsules de la República decretan: Artículo primero. El Ministro de Justicia reunirá en el Ministerio a los Señores Tronchet, Presidente del Tribunal de Casación, a Bigot-Préameneu, Comisario del Gobierno ante este Tribunal, y a Portalis, Comisario ante el Consejo de acuerdos,

para conferenciar sobre la redacción del Código Civil; -Art. 2. A estas conferencias concurrirá el Señor Malleville, miembro del Tribunal de Casación, quien desempeñará las funciones de Secretario redactor; -Art. 3. El Ministro de Justicia entregará, al iniciarse estas conferencias, los tres proyectos de Código Civil redactados por orden de la Convención nacional, y el presentado por la sección de legislación de las Comisiones legislativas: -Art. 4. Los Señores Tronchet, Bigot-Préameneu y Portalis compararán el orden seguido en la redacción de los proyectos de Código Civil publicados hasta hoy, y determinarán el plan que estimen sea más conveniente adoptar; -Art. 5. A continuación discutirán, según el orden adoptado, las bases principales de la legislación civil; -Art. 6. El Trabajo de esta comisión debe terminarse en la última década de Brumario del año IX, y ser presentado, en esa fecha, a los Cónsules por el Ministro de Justicia: -Art. 7. Los Señores Tronchet, Bigot-Préameneu y Portalis, asistirán a las sesiones del Consejo de Estado, en las que se discuta el Código civil”.

Malleville dio cuenta en estos términos: “Abrial, entonces Ministro de Justicia, al comunicarnos el Decreto, nos anunció que el Primer Cónsul exigía que esta obra estuviese terminada tan pronto como fuera posible. Nos apresuramos a cumplir su deseo; desde luego convenimos el orden de los títulos, dividimos las materias y fijamos los días de reunión en el despacho de Tronchet, nuestro digno presidente, para examinar el trabajo de cada comisario, y a fuerza de constancia, logramos hacer un Código Civil en cuatro meses, que se acabó de imprimir el 1º Pluvioso del año IX. El proyecto, precedido de un notable discurso de Portalis, fue presentado al Gobierno. Los Cónsules comprendieron cuán importante era rodearse del mayor número posible de luces, y por ello, antes de someter el trabajo a la Comisión relativa del Consejo de Estado, solicitaron las observaciones del Tribunal de Casación y de todos los de Apelación de Francia: para este efecto se les envió el Proyecto. Las observaciones que hicieron casi todos los Tribunales fueron impresas por el Gobierno, y en el Consejo de Estado sirvieron para mejorar grandemente el proyecto”. El discurso de Portalis, contiene toda la filosofía del Código Civil cuyo texto fue votado por partes mediante 36 leyes que luego se reunieron unificadamente en un Código único por una ley del 30 Ventoso del año XII (21 de Marzo de 1804), fecha memorable por la cual se derogaba en bloque todo el antiguo Derecho y se adoptaba como único texto las materias que son objeto del presente Código Civil.

Luego, se promulgaron:

En 1807 el Código de Procedimiento Civil.

En 1808 el Código de Comercio;

En 1811 el Código de Instrucción Criminal y el Código Penal.





A detailed engraving of a man, likely a French jurist, shown in profile from the chest up. He has long, wavy hair and is wearing a dark coat over a white cravat. The background is a light, textured wash.

## CAPÍTULO XCIII

**EL CÓDIGO CIVIL FRANCES**

**LA RAZÓN DE SER DEL LEGALISMO  
SURGIÓ DE LA ADMIRACIÓN AL  
“CODE NAPOLEÓN”**

**SU INFLUENCIA EN EL DERECHO  
COMPARADO**

---





## CAPÍTULO XCIII

# EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS.- LA RAZÓN DE SER DEL LEGALISMO SURTIÓ DE LA ADMIRACIÓN AL “CODE NAPOLEÓN”.- SU INFLUENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Modelo insuperable de claridad y de virtuosismo estilístico el Código Civil francés de 1804 nació bajo la inspiración de sus cuatro grandes redactores y de la influencia personal del primer Cónsul Napoleón Bonaparte:

**TRONCHET**, Presidente de la Corte de Casación, nació en París en 1726 y murió en 1806. Había sido un gran abogado en el Parlamento de París y uno de los defensores de Luis XVI, en cuya residencia llena de libros se reunían los redactores del Código Civil. Se cuenta que Napoleón se levantaba siempre para saludar a Tronchet que era el primer magistrado de Francia y a quien le manifestaba siempre su profundo respeto poniéndose de pie ante él al hacer uso de la palabra.

**BIGOT DE PRÉAMENEU, FÉLIX JULIEN**, Magistrado de la Corte de Casación nacido en Rennes en 1747, muerto en París en 1825. Había sido un gran abogado en el Parlamento de Rennes y en París, cuyas intervenciones brillaban por el espíritu de equidad y moderación. Fue un gran jurisconsulto, miembro de la Academia de Francia. Defendió el Proyecto de Código Civil ante el Cuerpo Legislativo como Presidente de la Sección Legislativa del Consejo de Estado. Su argumentación fue decisiva, para la interpretación del Código Civil.

Napoleón lo nombró Conde del Imperio y luego Ministro de Justicia y Culto hasta la caída del imperio. Con la “Restauración” Borbónica se retiró a la vida privada.

**PORTALIS JEAN-ETIENNE-MARIE**. Comisario del gobierno ante el Tribunal de Presas, fue un brillante abogado, un gran jurista y un notable político. Había nacido en Bausset (Var) el 1º de Abril de 1746 y moriría en París el 25 de Agosto de 1807. Dice Planiol que *“fue el filósofo de la Comisión: el fue quien inspiró las principales doctrinas del Código Civil; quien fue elegido para redactar el Discurso Preliminar que es una obra admirable. Afirmó un concepto de la codificación cuya exactitud ha sido confirmada por los acontecimientos y subrayó el papel que desempeñaría la jurisprudencia. Era un hombre lúcido, un espíritu abierto, de una gran moderación de ideas. Defendió, de acuerdo con Malleville, las ideas romanas, sin que pudiesen hacerlas triunfar contra las tradiciones consuetudinarias representadas por Tronchet y Bigot Du Préameneu”*<sup>(1)</sup>.

De precoz inteligencia, Portalis fué un gran jurista. Abogado en Aix en 1765 y joven aún publicó algunos escritos sobre las relaciones entre el Estado y la Iglesia y sobre el matrimonio de los Protestantes, escrito que fue elogiado por Voltaire como un “verdadero Tratado de Filosofía, de Legislación y de Política”, tema que lo impulsaría más tarde a analizar y redactar el concordato con la Santa Sede de 1801, en su calidad de Director General para los asuntos de

<sup>(1)</sup>.- GEORGES RIPERT-JEAN BOULANGER: “Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol”, pag. 66, tomo I, Parte General: El Derecho-Instituciones Civiles, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1962.

Culto. Pero la fama de Portalis estaría indisolublemente ligada a la redacción del Código Civil Francés y a su célebre Discurso sobre el Título Preliminar.

**MALEVILLE**, Juez del Tribunal de Casación, Secretario de la Comisión Redactora, fue uno de los que defendió con Portalis, el espíritu y la doctrina del Derecho Romano, frente a las tradiciones del Derecho Consuetudinario representadas por Tronchet y Bigot de Prémeneu.

**LA INFLUENCIA DE NAPOLEON.**- El primer Cónsul, gran soldado y genial estadista, influyó decisivamente sobre el Código, especialmente en el Derecho de Familia y en la Prueba de las Obligaciones. Atribulado por las infidelidades de Josefina de Beauharnais, quería plantear legalmente el divorcio y en vista que ella no le daba un hijo propuso la Adopción. En materia de Obligaciones el profesor François Gorphe nos ha narrado en un libro notable su decisiva intervención en cuanto a la crítica del principio *Testis unus, testis nullus* que provenía de la tradición romanista “*Así pues -decía Napoleón-, el testimonio de un hombre honrado no puede condenar a un bribón; mientras que dos bribones pueden condenar a un hombre honrado!*”<sup>(2)</sup>; y añadió, poniendo su sable de General sobre la mesa, “*los testigos no se cuentan; se pesan*”, frase genial, consagratoria de la apreciación crítica de la prueba, sobre la cual el profesor François Gorphe, Juez en el Tribunal de Lille, escribió dos grandes libros: “*La crítica del testimonio*”, traducción española de Mariano Ruiz – Funes, Profesor en la Universidad de Murcia, Editorial Reus, s/f y “*De la apreciación de las pruebas*”, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1950, cfr. pag. 30.

Por estas y otras intervenciones en el seno de la Comisión redactora, el Código Civil francés, promulgado por ley del 30 de Ventoso del año XII, 21 de marzo de 1804, aunque denominado en esa célebre fecha “*Code civil des français*”, pasó a denominarse a partir de la segunda edición ordenada por la ley del 3 de setiembre de 1807 “*Code Napoleón*”. A la caída de Napoleón y de la Restauración de los Borbones, volvió a llamarse Código Civil Francés. Cuando Napoleón III asumió la conducción de Francia se restableció el título de “*Code Napoleón*”, “para rendir homenaje a la verdad histórica” según lo establecido por el decreto del 27 de marzo de 1852. Este decreto jamás fue derogado por lo que desde entonces se utiliza universalmente la expresión “*Code Napoleón*”.

En sus Memorias dictadas al General De Montholon durante su cautividad en la isla de Santa Elena y publicadas con el título de “*Histoire de la Captivité de Sainte Hélène*” (1846), Napoleón evocaba a su Código inmortal con estas palabras “*Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borraré el recuerdo de tantas victorias; lo que nada borraré, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil*”, (De Montholon, “*Récit de la captivité de l’empereur Napoléon*”, t. I, p. 401, citado por Planiol: “*Tratado elemental de Derecho Civil*”, t. I, pag. 86; véase: “*Histoire de la Captivité de Sainte Hélène*” (1846)).

Los grandes redactores del Código Civil Francés nos legaron un Código inmortal por su gran luminosidad. Dícese que **STENDHAL**, el autor de “*Rouge y Negro*”, una obra clásica, leía todos los días el Código Civil para inspirarse en su elegante estilo. “*Cortante como la guillotina y luminoso como la luz del sol*”, es el estilo del Code Napoleón.

A su vez **PAUL VALERY**, el gran poeta de la literatura espiritualista, decía que este Código “*es una obra clásica de la literatura mundial de todos los tiempos*”. A diferencia del Código Civil

<sup>(2)</sup>- **FRANÇOIS GORPHE**: “De la apreciación de las pruebas”, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, pag. 30, Ediciones Jurídicas Europa – América, E.J.E.A., Editores, Buenos Aires, 1950.



Alemán que es metafísico y profundo, el Código Francés brillaba por su claridad y espíritu cartesiano, por su orden, por su lógica; por la vigorosa concatenación de sus artículos, todo un modelo clásico en el Derecho Comparado.

La estructura del Code Napoleón es la siguiente:

## TÍTULO PRELIMINAR DE LA PUBLICACIÓN, DE LOS EFECTOS Y DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES EN GENERAL

LIBRO I: **DE LAS PERSONAS**

LIBRO II: **DE LOS BIENES**

LIBRO III: **DE LAS DIFERENTES MANERAS DE  
ADQUIRIR LA PROPIEDAD**

Una gran obra literaria, cuasi-poética, obra inspirada y de influencia decisiva en el Derecho Comparado, por sus características, el Código de Napoleón ha sido y seguirá siendo un modelo insuperable. No obstante, desde su promulgación hasta nuestros días, sufrió una serie de transformaciones y reformas en su contenido que llevaron a plantear la tesis de la “Revisión del Código Civil” la que, en 1904, amenazó con su tesis derogatoria planteada en el “Libro del Centenario del Código Civil”. La tesis revisionista dió lugar, a una célebre polémica cuyas dos argumentaciones contrapuestas estuvieron representadas por dos brillantes protagonistas, que fueron, de una parte, Larnaude y, de otra parte, Planiol.

**FERDINAND LARNAUDE** (1853-1930), profesor de Derecho Público en la Universidad de París, publicó en el “*Livre du centenaire du Code Civil*” un estudio intitulado “*Le Code Civil et la nécessité de sa revision*” en el cual sostenía que: “no tenemos más que “un derecho civil fragmentario, hecho de piezas y de trozos, complicado y lleno de demasiadas lagunas”. “Instituciones que ni siquiera nombra nuestro Código Civil, tales como el seguro de vida, han tomado un inmenso desarrollo, mientras que, a la inversa, en esta obra envejecida se encuentran “partes muertas”; ha llegado el momento de fijar la regla social en una codificación de conjunto, armoniosa y completa”.

A esto respondió **PLANIOL** en un estudio publicado en el mismo “*Livre du centenaire*”, pag. 901 a 955, intitulado: “*Inutilité d’une revision générale du Code civil*”, sosteniendo que “el Código Civil de 1804 no ha quedado petrificado en su gloria, sino que se ha flexibilizado continuamente bajo los esfuerzos del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina. ¿A qué, pues, hablar de revisión si ésta se hace todos los días progresivamente? Vale más esta revisión continua y lenta que una revisión total y brutal que transtornaría las relaciones jurídicas durante largo tiempo; “un Código completamente nuevo es un instrumento incómodo”; no sabe uno cómo servirse de él, cómo interpretar sus disposiciones; y verdaderamente “sería locura derrumbar el castillo para cambiar algunas vigas y algunas pizarras. Los inconvenientes ciertos y los peligros posibles de tal operación sobrepasan con mucho las ventajas de la misma”.

Estos argumentos de Planiol bien podrían tenerse en cuenta, entre nosotros, en un país que tiende a cambiar de Constitución y de Códigos, como quien se cambia de camisa. Además, téngase presente lo que dijo Jossierand, al respecto: “Es verdad que la revisión, la refundición o la refacción de un Código, es empresa peligrosa. Resulta de ella, de una manera especial, y durante largo tiempo, un estado de estancamiento y de inseguridad, pues nadie sabe cómo serán



*aplicados e interpretados por la jurisprudencia los textos nuevos; y también un estado de esterilización para la ciencia, porque los autores se asignan entonces la tarea casi exclusiva de descifrar, de deletrear el nuevo texto palabra por palabra y coma por coma. En compensación, es preciso convenir que un Código reciente extiende, más fácilmente que una obra envejecida, su influencia al extranjero: los pueblos que quieren darse una legislación nueva vuelven su mirada hacia los instrumentos legislativos de la última época más que hacia los Códigos centenarios". "En todo caso, el día en que venza la causa de la revisión, convendrá, a todo trance, edificar el nuevo Código no siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, que no dejaría de producir crueles desengaños, sino recurriendo a técnicos versados en la lengua y en la ciencia jurídica; convendrá volver a emplear el método de Bonaparte y confiar a juristas, elegidos fuera del Parlamento, la labor de redactar el proyecto. La incoherencia de las leyes recientes y de los decretos-leyes muestra bien que nadie puede improvisarse como jurista y que ninguna obra legislativa digna de tal nombre emanará jamás de Asambleas esencialmente políticas, mal preparadas para un trabajo que exige de quienes a él consagran, ciencia, prudencia, reflexión y ponderación".<sup>(3)</sup>*

Es por ello que lo imitaron todos los grandes Códigos del mundo: el Código de Bélgica, de Holanda y Luxemburgo de 1810, el Código de Westfalia de 1808, el Código de Hanover de 1810, el Código de Frankfurt de 1819, el Código de Nápoles de 1808, el Código de Parma, Placencia y Guastalla de 1820, el Código Sardo fue promulgado con el nombre de Código Albertino en 1837, los Cantones suizos y también la Ciudad Libre de Dantzig así como el gran Ducado de Varsovia lo adoptaron hasta el advenimiento del Código Polaco, el Código Civil Español de 1888, vigente desde 1889, que sufrió una serie de modificaciones, la más importante la de 1973 que sancionó el Nuevo Título Preliminar del Código Civil Español y otras reformas introducidas con motivo de la Constitución de 1978, la que en su artículo 149º, 3 dispone que "El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas". Así se consagra la co-existencia del régimen foral compilado con el del Código Civil (Derecho Estatal).

## EL CÓDIGO CIVIL DE 1836 DEL ESTADO SUD-PERUANO EN LA CONFEDERACIÓN PERÚ-BOLIVIANA

En el Perú debemos tener presente que el Mariscal don Andres de Santa Cruz dispuso que el Código de Napoleón se tradujera del francés al castellano para promulgarlo en 1836 como el Código del Estado Sud-Peruano en la Confederación Perú-Boliviana.

### EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852

El 29 de julio de 1852, siendo Presidente del Perú don José Rufino Echenique se promulgó el **Código Civil, inspirado en el Code Napoleon** con sus mismas virtudes y cualidades estilísticas que lo hicieron inmensamente popular.

El maestro Jorge Basadre Grohmann ha dicho por ello que en todas las bibliotecas de las casas del Perú no podían faltar tres libros fundamentales: la Biblia, el Quijote y el Código Civil. Era un libro poético el Código del 52. Allí teneis el artículo 1343 que decía: "Puede venderse la esperanza incierta, como la redada del pescador antes de echarla". La estructura del Código de 1852 es la siguiente:

<sup>(3)</sup>- JOSSEMAND: "Derecho Civil", tomo I, Volumen 1º, pag. 1031, Ediciones Jurídicas Europa-America, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1990.

Titulo Preliminar; **Libro Primero:** De las personas y sus Derechos; **Libro Segundo:** De las cosas.- Del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; **Libro Tercero:** De las Obligaciones y Contratos.

Este Código entró en vigencia el 29 de julio de 1852 y rigió hasta el 13 de noviembre de 1936. No hay una Exposición de Motivos de este Código, pero, de su lectura se infiere que su inspiración fue el Código de Napoleón y sus comentarios por los célebres profesores de la escuela francesa de la Exégesis, quienes influyeron en el pensamiento del Senador **don Andrés Martínez**, político y jurista arequipeño, y de **don José Luís Gómez Sánchez** también Senador, así como de los Diputados **Manuel Toribio Ureta, Pedro Galvéz, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Caveró y Pedro José Flores**, quienes fueron nombrados por el Congreso en su sesión del 12 de junio de 1851. La Comisión desarrolló sus funciones entre junio y diciembre de 1851, bajo la Presidencia del Senador por Arequipa **don Andrés Martínez y Orihuela**, teniendo como base el Proyecto de Código Civil de 1847 elaborado por una Comisión integrada por **don Manuel Pérez de Tudela, don Francisco Javier Mariátegui, don Manuel López Lisson, don Mariano Carrera, don José Luís Gómez Sánchez, don José Manuel Tirado y don José Julio Rospigliosi**, quienes fueron nombrados por una ley promulgada por el Presidente, don Ramón Castilla, el 8 de octubre de 1845, siendo refrendada por su Ministro de Justicia, don José Gregorio Paz Soldán.

## EL CÓDIGO CIVIL CHILENO DE 1857

También fue carismático el Código Civil Chileno de 1857, redactado por un notable jurista que fue **don Andres Bello** (Caracas, 20-XI-1781- Santiago, 15-X-1865) y que fue adoptado, por sus notables virtudes, como el Código Civil del Ecuador de 1861 y como Código Civil de Colombia de 1873, aplicable a toda la República por una ley del 15 de abril de 1887.

## EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

En Argentina es preciso evocar la memoria del doctor Dalmacio Vélez Sársfield redactor del Código Civil Argentino promulgado en 1869 vigente desde 1871.

**Don DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD** nació el 18 de febrero de 1800 en Amboy, un pueblito que pertenecía a la Intendencia de Córdoba y falleció en Buenos Aires el 30 de Marzo de 1875. Estudió en la Universidad de Córdoba donde destacó por su brillantez y su precocidad que lo llevaron a la cátedra y al ejercicio de la abogacía. Fue Diputado, Senador y Ministro de Hacienda durante la Presidencia de Mitre. El Poder Ejecutivo por Decreto del 20 de Octubre de 1864 le encargó la redacción del Código Civil. Para tal efecto se inspiró en el luminoso *Code Napoléon* del cual extractó 1150 artículos, de los cuales 145 serían literalmente traducidos; pero, además, se inspiró en las doctrinas de **AUBRY y RAU**, los célebres profesores de Estrasburgo, en la tercera edición (de 1856) de su famosísimo *“Manual de Derecho Civil Francés”*, que lo inspiró en 700 artículos; así como en su modelo alemán: el *“Manual”* de **ZACHARIAE**, a los que Vélez Sársfield citaba reiteradamente en sus notas de pié de página. Pero, además se inspiró en los otros grandes comentaristas franceses como **Demolombe, Demante y Colmet de Santerre** y el belga **Laurent**. Otra fuente de inspiración del gran jurista argentino fue la *“Consolidação das leis civis”* y el *“Esboço do Codigo Civil”* de **AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**, el gran jurista brasileño cuyos planteamientos constituyeron toda una fuente de inspiración para Vélez Sársfield y para el redactor del Código Civil Brasileño de 1916: **CLOVIS BEVILACQUA**. Pero, además, se inspiró en el Proyecto de Código Civil Español de 1851 redactado por una Comisión presidida



por don **FLORENCIO GARCÍA GOYENA** quien publicó una obra titulada “*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*”, que es hoy un libro clásico para el conocimiento de este importante precedente del Código Civil Español de 1889 y del Código de Vélez Sársfield.

El Código Civil Argentino se promulgó el 25 de setiembre de 1869 y entró en vigencia el 1º de enero de 1871. Su primera edición se conoce con el nombre de: “**edición de Nueva York**”. Con motivo de algunos errores gramaticales y de imprenta y a la luz de la Ley de Fé de Erratas, se publicó una segunda edición, conocida con el nombre de “**edición de La Pampa**”, publicada en Buenos Aires en 1883. La edición oficial del Código Civil Argentino ha surgido, pues, sobre la base de las ediciones oficiales de Nueva York (año 1872) y la Pampa (año 1883), con las correcciones dispuestas por la Ley 1196 del 9 de setiembre de 1882, conocida como Segunda Ley de Fe de Erratas. **Las notas del doctor Vélez Sársfield, corren en la edición de La Pampa, única edición oficial que las contiene.** Las notas del doctor Vélez Sársfield corren en unos cuadernos manuscritos que actualmente se conservan en la Universidad de Córdoba, como una preciosa reliquia, gentilmente donados por doña Aurelia y don Constantino Vélez Sársfield, hijos del Codificador, quien no tuvo colaborador alguno, salvo un escribano llamado Eduardo Diaz del Vivar a quien Vélez Sársfield le dictaba los textos famosos y su hija Aurelia quien, también solía escribir los dictados de su padre. Conmemorando el sesenta aniversario del fallecimiento del inmortal codificador argentino la Universidad de Cordoba lo declaró “*hijo preclaro de Córdoba y de su Universiad*”, oportunidad en la cual el Rector de la Universidad, Sofanor Novillo Corvalán, - quien, años después, actualizaría la cuarta edición de la parte referida a los Derechos Reales del gran “*Tratado*” de Salvat -, en la ceremonia realizada el 14 de Noviembre de 1935 presidió las jornadas de Derecho Civil en las que se evocó el pensamiento de Vélez Sársfield y se inauguró un templete destinado a guardar los libros del maestro y sus manuscritos del Código Civil.

La estructura del Código Civil Argentino es la siguiente:

## TITULOS PRELIMINARES

**TITULO I** – De las leyes

**TITULO II**– Del modo de contar los intervalos del derecho

### LIBRO PRIMERO

De las personas

### LIBRO SEGUNDO

**De los derechos personales en las relaciones civiles**

(que trata de las Obligaciones, del acto jurídico y de los contratos)

### LIBRO TERCERO

De los derechos reales

### LIBRO CUARTO

**De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes**

(que trata de las Sucesiones)

El mérito del Código Civil Argentino radica en su gran claridad que lo convierte en uno de los grandes modelos del Derecho Civil Comparado. Es un texto altamente pedagógico en la conceptualización y análisis de las acciones reales, que nacen del Derecho de Propiedad, como la Reinindicatoria (arts. 2758 a 2794), como la Acción Confesoria (arts. 2795 a 2799) para la defensa de las Servidumbres; como la Acción Negatoria (arts. 2800 a 2806) para declarar judicialmente la inexistencia de derechos afirmados por otros sobre la propiedad del demandante; etc., acciones que el Código Civil Peruano ni siquiera las menciona no obstante su consagración en la tradición romanista y en el Derecho Comparado y que, por ello, las considero como “las Cenicientas del Derecho Civil”. Este problema ha dado lugar a que en la jurisprudencia peruana reine una tremenda ignorancia y una grave confusión entre la acción reivindicatoria – la acción real por excelencia –, y “el mejor derecho de propiedad” – que no es una acción sino, una cuestión probatoria ubicada en el seno mismo de la acción reivindicatoria. Yo he hecho innumerables discordias en la Sala Civil de la Corte Suprema con motivo de esta equívoca cuestión que, paradójicamente, sigue confundiendo a numerosos magistrados, abogados, profesores y estudiantes del Perú a quienes les recomiendo la lectura del Código Civil Argentino por su alto valor pedagógico.

No obstante sus grandes méritos el Código Civil Argentino ha sido objeto de una serie de modificaciones y de proyectos de reforma entre las que menciono el anteproyecto del profesor doctor Juan **Antonio Bibiloni** de 1936 publicado en varios tomos por la Editorial Valerio Abeledo de Buenos Aires; el anteproyecto de 1954 elaborado por una comisión presidida por el profesor Dr. **Jorge Joaquín Llambías**; el anteproyecto de 1966 elaborado por una comisión presidida por el profesor Dr. **Guillermo A. Borda** e integrada por los profesores Dalmiro Alsina Atienza, Abel Fleitas, José María López Olaciregui, Roberto Martínez Ruíz, Alberto Spota y José Bidau. Existe otro gran anteproyecto elaborado en 1998 y que recoge los anteproyectos de 1987, de 1993, de 1995 en el que se consagra la unificación del Derecho Privado elaborado por los profesores doctores Atilio Anibal Alterini, Hector Alegría, Jorge Horacio Alterini, Julio Cesar Rivera, María Josefa Mendez Costa, Horacio Roitman que actualmente ha quedado archivado en el Congreso Argentino.

Debe consultarse el libro del profesor Dr. **Norberto Gorostiaga** “*El Código Civil y su Reforma ante el Derecho Civil Comparado*”, editado por la Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1940; **Raymundo M. Salvat**: “*Tratado de Derecho Civil Argentino*”, tomo I, 9ª edición, actualizada por Víctor Romero del Prado, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951; **Guillermo Borda**: “*Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*”, tomo I, 3ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1959; **Manuel Arauz Castex**: “*Derecho Civil. Parte General*”, tomo I, Empresa Tecnicojuridica Argentina, Buenos Aires, 1965; **Luis Moisset de Espanés** (Córdoba, 20 de Febrero de 1930): “*Estudios de derecho civil: cartas y polémicas*”. Editor Universidad Nacional de Córdoba, 249 pp., 1982; **Jorge Mosset Iturraspe** (Santa Fe, 21 de Julio de 1930): “*Estudios sobre responsabilidad por daños*”, 4 tomos, Rubinzal Culzoni editores; **Ricardo Luis Lorenzetti** (Santa Fe, 19 de setiembre de 1955): “*Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*”, Buenos Aires, Rubinzal, 2005; “*Justicia Colectiva*”, Buenos Aires, Rubinzal, 2010; “*Consumidores*” 2ª edición actualizada, Rubinzal, 2009; “*Teoría del Derecho Ambiental*”, Buenos Aires, La Ley 2008; “*Tratado de los contratos. Parte general*”, Editorial Rubinzal y Culzoni. 2004; “*Tratado de los contratos. Parte especial*”, Editorial Rubinzal y Culzoni. 2000; “*La emergencia económica y los contratos*”, Editorial Rubinzal y Culzoni. 2002; “*Las normas fundamentales de Derecho Privado*”, Rubinzal y Culzoni, 2003; **Atilio Anibal Alterini**: “*Curso de Obligaciones*”, 2 volúmenes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977; “*Derecho Privado*”, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977; “*Contratos. Civiles*



- Comerciales - de Consumo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; “Treinta Estudios de Derecho Privado”; Atilio Aníbal Alterini. Bogotá, 2011. “La responsabilidad”, Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana. Buenos Aires, 1995. **Julio Cesar Rivera**: “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. “El proyecto de unificación de normas civiles y comerciales”. Alsina Atienza Dalmiro, 1987. “El proyecto de reformas al Código Civil”, Pedro N. Cazeaux. L.L.1988. **Emma Adelaida Rocco**: “Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil Argentino con sus fuentes”. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires: 2011. **Emma Adelaida Rocco**: “Boleto de Compra-Venta”. Segunda Edición Ampliada, Editorial La Ley. Buenos Aires: 2009. Emma Adelaida Rocco: “Temas de Derecho”. Quinta Edición. Editorial La Ley. Buenos Aires: 2012.

---

A faded, sepia-toned portrait of a man with short, dark hair, wearing a dark suit jacket, a white shirt, and a patterned tie. The portrait is the background of the page.

## CAPÍTULO XCIV

### EL LEGALISMO A ULTRANZA Y LA ESCUELA FRANCESA DE LA EXÉGESIS

---

---



## CAPÍTULO XCIV

### EL LEGALISMO A ULTRANZA Y LA ESCUELA FRANCESA DE LA EXÉGESIS

La concepción legalista de Derecho es la que establece una relación de identidad entre Derecho y Ley y está representada por la Escuela francesa de la exégesis en el Derecho Civil.

**JULIEN BONECASSE**, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, fue quien acuñó e hizo circular esta denominación en seis libros admirables que deben leerse:

1. *“La Escuela Francesa de la Exégesis en el Derecho Civil”*. Traducción castellana del Licenciado José M. Cajica, Editorial Cajica- Porrúa, México, 1944.
2. *“Elementos de Derecho Civil”*, tomo I, traducción castellana, Editorial Cajica Porrúa, México, 1945; pp. 118 a 145.
3. *“La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia”*, Traducción cast., Editorial Cajica-Porrúa, México, 1945.
4. *“Introducción al estudio del Derecho”* Trad. Cast., Ed. Cajica-Porrúa, México, 1945.
5. *“La notion du droit en France au XIX siècle. Contribution a l’etude de la philosophie du droit contemporaine”*, París, 1919.
6. *“La pensée juridique française de 1804 a l’heure présent”*, Burdeos, 1933.

En suma y siguiendo a Bonecasse el pensamiento jurídico de esta escuela se resume en la frase lapidaria de **BUGNET** quien absolviendo la pregunta que le formulara uno de sus alumnos sobre “Q’est que c’est le droit civil”, respondió: “Yo no conozco el Derecho Civil. Yo solo enseño el Código de Napoleón”.

“Los Códigos,- escribía **LAURENT**,- no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho. El Derecho ya está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”.

A su vez **BLONDEAU** no vaciló en proclamar que “La ley es la única fuente de las decisiones jurídicas” y “si el juez se encuentra en presencia de una ley ambigua o de leyes contradictorias, escapándosele el pensamiento del legislador tendrá motivos tan poderosos para abstenerse como para actuar y considerar esas leyes como no existentes, y por lo mismo, para rechazar la demanda”.

El colmo de esta actitud positivista lo planteó **MOURLON**: “Para el jurisconsulto, para el abogado, para el Juez- escribe, un solo Derecho existe: el Derecho positivo... Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí. Las demás no son materias de Derecho, y si el juez se apoyara en ellas para motivar sus decisiones, sobrepasaría los límites de sus facultades. Solamente al legislador pertenece la facultad de determinar, entre las numerosas y algunas veces tan controvertidas reglas del derecho natural las que son igualmente obligatorias... Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley”.



**BAUDRY-LACANTINERIE**, se adhirió también a las opiniones de **BLONDEAU** y de **MOUR-LON: Dura lex, sed lex**, “Hay un inconveniente -dice - en permitir al juez que falle según la equidad cuando la ley es muda; consiste en que se le somete. Sería aún más inconveniente obligar en estos casos al juez a remitirse al poder legislativo, es decir, a solicitar de este poder la ley que constituiría la regla de su decisión futura; y, como dijo **PORTALIS**, “entre dos males, el legislador debió escoger el menor”. Por una contradicción muy singular, **BAUDRY - LACANTINERIE** declara que siendo la independencia del legislador más grande que la del Juez, “su arbitrio es más temible que el del juez”; en estas condiciones, el honorable Decano concluye que debería evitarse “transformar al legislador en juez”, pues este resultado es más grave que el “transformar al juez en legislador”.<sup>(1)</sup>

### III. CRÍTICA DEL LEGALISMO

#### a) Las sentencias de **MAGNAUD**

El primero en arremeter contra la dogmática del legalismo a ultranza fue un Juez en sus sentencias: **PAUL MAGNAUD** quien llegó a ser Presidente de Tribunal de Chateau- Thierry a quien sus compatriotas lo llamaban “le bon juge”- el buen juez-, por sus fallos lapidarios, por sus sentencias justas, por su interpretación suprallegal, porque tuvo la virtud de satisfacer los anhelos de justicia de un pueblo desconfiado ya de ella. Su fama traspasó las fronteras y sus sentencias fueron recopiladas por **HENRY LEYRET**. El famoso libro de Leyret lo tengo a la vista en su traducción castellana, publicado por la editorial Temis, Bogotá, 1976, bajo el título de “Las sentencias del Buen Juez Magnaud”, en las que no sé si admirar más su intuición emotiva del Derecho o su interpretación supra-legal o su creación pretoriana del Derecho en la que la Jurisprudencia es la fuerza viviente, la verdadera fuente creadora del Derecho, argumentos éstos, que hacen de **MAGNAUD** a uno de los grandes pioneros de la escuela del Derecho Libre, que tuvo en Alemania su gran auge, bajo el nombre de movimiento del “Frei-Recht” y que, en Francia, brilló y se conoció con el nombre de escuela de la libre investigación científica cuyos grandes representantes fueron Génny, Mornet, Morin, Maury, Jean Cruet, Ripert y Motulsky.

Así, cito el caso de la sentencia absolutoria de Luisa Menard, por la que en Audiencia del 4 de Marzo de 1898 el Tribunal Absuelve considerando que la procesada tiene a su cargo un hijo de dos años, para el cual nadie le presta auxilio, y que, desde hace algún tiempo se encuentra sin trabajo, a pesar de sus esfuerzos para procurárselo. Que al realizar el hecho contaba por todo recurso con el pan de dos kilos y las dos libras de carne que le entrega cada semana al despacho de beneficencia de Charly, para ella, su madre y su hijo.

Considerando que en el instante en que la procesada hubo de arrebatar un pan en casa del panadero X., no tenía dinero, y que los artículos que había recibido estaban agotados hacía ya treinta y seis horas.

Que ni ella ni su madre habían comido durante ese lapso de tiempo, dejando para el niño algunas gotas de leche que tenían en la casa.

Que es lamentable que en una sociedad bien organizada, uno de los miembros de esta sociedad, sobre todo una madre de familia, no pueda encontrar pan de otro modo que comiendo una falta.

<sup>(1)</sup>- JULIEN BONECASSE: “Elementos de Derecho Civil”, Tomo I, pp. 126-127. Ed. Cajica, Puebla, 1996

Que cuando se presenta una situación semejante a la de Lucía Ménard, muy claramente establecida, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley.

Considerando que el hambre es susceptible de arrebatarse a todo ser humano una parte de su libre arbitrio, y de aminorar en él, en una gran medida, la noción del bien y del mal.

Que un acto ordinariamente reprensible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que le comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad, sin el cual la naturaleza rehúsa poner en ejercicio nuestra constitución física.

Que la intención de delinquir está todavía mucho más atenuada cuando a las torturas angustiosas resultantes de una larga privación de nutrición se junta, como en este caso, el deseo, tan natural en una madre, de evitarlas a su tierno hijo, del que solo ella tiene la carga.

Que de todo esto resulta que los caracteres de la aprehensión fraudulenta, libre y voluntariamente perpetrada, no se encuentran en el hecho cometido por Luisa Ménard, que se ofrece a restituir al panadero X, por el producto del primer trabajo que pueda procurarse.

Que si ciertos estados patológicos, notablemente el estado de preñez, han sido muchas veces motivo de estimar irresponsables a los autores de robos cometidos sin necesidad, esta irresponsabilidad debe, con más poderosa razón, ser admitida a favor de los que no han obrado sino según los irresistibles impulsos del hambre.

Que ha lugar, en consecuencia, a declarar la absolución de la procesada, sin costas, por la aplicación del art. 64 del Código Penal.

Por esos motivos, el tribunal absuelve a Luisa Ménard del hecho por el que ha sido perseguida, sin costas.

Como dijo **HENRY LEYRET**: “La sentencia absolutoria de Luisa Ménard es universalmente conocida. La prensa francesa la reprodujo, la prensa extranjera también. Comentada, discutida, aplaudida, reprobada, suscita tanto la admiración de unos como la indignación de otros. En verdad que fue la inmensa mayoría de los ciudadanos la que se admiró; que fue una ínfima minoría de fariseos la que se indignó. Mientras que el presidente Magnaud recibía la aprobación casi unánime de Francia”.<sup>(2)</sup>

“Los periodistas se juntaron para incriminar sus sentencias con la misma mala fe que habían empleado para atacar su sentencia. Hay que citar, para memoria, los dos órganos parisienses donde se produjeron estas críticas acerbas, estas invectivas apasionadas: “Le Journal des Débats” y “La République Française”, precisamente, los dos periódicos más identificados con la política retrógrada, salvajemente egoísta, suave con los ricos y dura con los pobres, del gran avaro de Francia, señor Méline.” “La République Française” reprocha con acritud al magistrado de Chateau-Thierry el “ruido” hecho alrededor de su nombre, lo vitupera por no haber socorrido a Luisa Ménard, ni reintegrado al panadero, lo ridiculiza de poseer “una visión harto falsa de la sociedad y del papel del magistrado en ella”.

<sup>(2)</sup> Cfr. LEYRET: “Las sentencias del buen juez Magnaud” cit., p. 11

El “*Journal des Débats*”, extremando su malevolencia, se mostró todavía más duro y despiadado censor del magistrado que ha tenido la audacia de absolver a una “ladrona”.

Añade LEYRET “;Qué innovación, que peligro!...Como “*Le Journal des Débats*”, como la “*Republique Française*”, los dos principales reflectores del pensamiento ministerial de esta época, el fiscal general ante la Audiencia de Amiens no soporta semejante revolución de las costumbres judiciales. Cortesano respetuoso de los prejuicios de sus señores, no puede tolerar que uno de los jueces de su jurisdicción ose desafiar a la sociedad con tales doctrinas”.

“Inamovible, el presidente Magnaud escapa por lo mismo a toda remoción a toda medida de rigor. Queda al alto magistrado un medio de combatir a este juez independiente: la apelación a mínima. Él la usa, y la sentencia de Chateau-Thierry fue diferida de urgencia a la Audiencia de Amiens.

Ante esta noticia se produce en el país una conmoción general. Esa desaprobación oficial de un magistrado compasivo con los pobres sobreviene en el momento en que, por un voto expresivo de la Cámara, era fijado en el tablero de anuncios de todas las alcaldías de Francia, un discurso del diputado Viviani fustigando a los indignos magistrados complacientes con los poderosos, y la escandalosa apelación contra la piedad subleva la conciencia pública”.

“En vano los triunfantes fariseos escriben en “*Les Débats*” que no podía ser de otro modo, “porque entonces valía más cerrar nuestros tribunales, poner en la reserva a los jueces, licenciar la Guardia Civil y abandonos los unos a los otros a las alegrías del estado de naturaleza”. La opinión no perdona esa decisión monstruosa”.<sup>(3)</sup>

b) La crítica del legalismo por Francois Géný.- La “*Science du droit civil*”.

Empero la crítica del juez Magnaud estaba limitada y circunscrita a la singularidad del caso.

Fue preciso llegar a la obra de FRANCOIS GÉNY, (1861-1938) profesor y decano en la facultad de Derecho en la Universidad de Nancy con su fundamental libro que todos deberíamos leer: “*Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*”, París, 1899, segunda edición París 1932, para llegar a las conclusiones de que: a) El derecho es una ciencia interpretativa; b) A la luz de sus métodos de interpretación el juez debe renovar el espíritu de la ley, sin esperar la intervención del legislador, casi siempre tardía, ante la acelerada dinámica de la evolución social a la que el Derecho debe adaptarse. c) En una frase escultórica: “Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil”, Géný no solamente lapidó a la escuela de la Exégesis y, con ella, al legalismo a ultranza, sino que, propició el advenimiento de dos grandes escuelas: 1) La escuela científica del Derecho Civil Francés, que tuvo en Marcel Planiol al más insigne y brillante de todos los profesores de nuestra disciplina; 2) A la escuela de los arretistas (de arrêt = sentencia) que fueron los grandes comentaristas, no ya del Código Civil, sino de la Jurisprudencia. Léase en tal sentido, una obra fundamental: HENRY CAPITANT: “*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*”, décima edición, por los profesores François Terré et Yves Lequette, ediciones Dalloz, Paris 1994.

El tema de la libre investigación científica y el de la creación jurisprudencial del Derecho ha sido desarrollado por la ESCUELA CIENTÍFICA FRANCESA en las siguientes obras fundamentales:



- **A. ESMEIN:** “*La jurisprudence et la doctrine*”, estudio inaugural en el primer número de la *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, p. 5 y siguientes.
- **MORNET:** “*Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*”, París, 1904.
- **JEAN CRUET:** “*La vie du Droit et l’impuissance des lois*”, París, 1908.
- **GASTON MORIN:** “*La révolte des faits contre le Code*”, París, 1920.
- **GASTON MORIN:** “*La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*”, París, 1927.
- **JACQUES MAURY:** “*Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*”, Investigación publicada en los “*Études Ripert*”, Volumen I, París, 1950.
- **JACQUES MAURY:** “*Essai sur le rôle de la notion d’équivalence en droit civil français*”, 2 volúmenes, París, 1920.
- **JACQUES MAURY:** “*La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation*”, estudio publicado en la *Révue de droit international privé*, París, 1931.
- **GEORGES RIPERT:** “*Les forces créatrices du droit*”, París, 1955.
- **GEORGES RIPERT Y JEAN BOULANGER:** “*Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*”, tomo I, Parte General, pp. 195 a 197, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1963.
- **GEORGES RIPERT:** “*El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*”, editorial Comares, Granada, 2001. Estudio Preliminar por José Luís Monereo Perez.
- **GEORGES RIPERT:** “*Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950.
- **GEORGES RIPERT:** “*Tratado elemental de Derecho Comercial*”, traducción de Felipe de Solá Cañizares, 3 volúmenes, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.
- **HENRI MOTULSKY:** “*Principes d’une réalisation méthodique du droit privé*” (La théorie des éléments générateurs des droit subjectifs), Preface de M. Paul Roubier (Professeur a la Faculté de Droit de Lyon), Librairie du Recueil Sirey, París, 1948, Réimpression édition de 1948. 1991.
- **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF:** “*Les dimensions du droit, études de philosophie du droit*”, 1978.
- **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF:** “*Politique, droit, raison. Recueil d’Études*”, 1982.
- **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF:** “*Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*”, 1973.
- **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF:** “*Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*”, 1983.
- **CHARLES GRZEGORCZYK:** “*La théorie générale des valeurs et le droit*”, 1981.
- **ARNAUD:** “*Critique de la rason juridique*”, Tomo I, 1981.
- **P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE:** “*Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*”, Bruxelles, 1983.
- **GILLSEN:** “*Introduction historique au droit. Esquisse d’une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIIIe siècle. Eléments d’histoires du droit privé*”, Bruxelles, 1979.
- **VALLIMARESCO:** “*La justice privée en droit moderne*”, 1926.
- **F. GERBER:** “*Justice indépendante, justice sur commande*”, París, 1990.
- **M. VAN DE KERCHOVE ET F. OST:** “*Système juridique entre ordre et désordre*”, 1988.
- **VAN GERVEN:** “*La politique du juge, essai sur la misión du juriste dans la société*”, Bruxelles, 1983.
- **ZENATI:** “*La jurisprudence*”, París, 1991.
- **J. LENOBLE:** “*La crise du juge*”, París, 1990.



Confróntese referencias de fondo en: **LUIGI LOMBARDI**: “*Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*”, pp. 242-243, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1975; **FRANCESCO OLGIATI**: “*Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*”, seconda edizione, pp. 290 -291, Milano, Società editrice vita e pensiero, 1950.

### c) Los grandes maestros de la “science du droit civil”

El sumo maestro de la escuela civilista francesa fue **MARCEL PLANIOL**, quien nació en Nantes en 1853 y murió en París en 1931, víctima de un derrame cerebral que le aconteció en la Sorbona, cuando dictaba una de sus brillantes clases.

“La science du droit civil” en el estilo de Planiol se caracterizaba por su profundo dominio de la Historia del Derecho, del Derecho Comparado y de la Jurisprudencia. Por eso sus grandes libros revelan su estilo, tan lejano a la dogmática abstracta y metafísica, que han hecho de su pensamiento a uno de los inmortales y al más grande de los clásicos. Su tesis doctoral de 1879 se intitulaba “*Droit romain. des bénéfices accordés aux hérétiques. Droit français: du bénéfice d’inventaire*” (1879). Luego **Planiol** escribió: *L’Assise au Cte Geffroi*, 1888; *L’esprit de la coutume de Bretagne* (El espíritu de la costumbre de Bretaña, 1891; “*La très ancienne coutume de Bretagne* (La muy antigua costumbre de Bretaña, 1896.



Pero sus dos más geniales obras que lo representan fueron su “*Tratado Elemental de Derecho Civil*” cuya décima edición es de 1925; y su “*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*”, en 13 tomos, escrito en colaboración con su discípulo y sucesor en la cátedra, Profesor **GEORGES RIPERT**, con el concurso de los profesores **SAVATIER, ROUAST, PICARD, MAURY, VIALLETON, TRASBOT, ESMEIN, RADOUANT, GABOLDE, NAST, HAMEL, PERREAU, LEPARGNEUR** y **BE-CQUÈ** quienes escribieron una obra formidable: el “*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*”, traducción española del dr. Mario Díaz Cruz en 13 volúmenes, Cultural S.A., La Habana, 1937.

La doctrina francesa, la “*science du droit*”, enriqueció la argumentación científica del pensamiento jurídico francés con las grandes sentencias de la *Cour de Cassation* y de las *Cour d’appel*. Los comentarios críticos a las sentencias de las Cortes constituyó todo un pensamiento y una verdadera escuela, conocida con el nombre de escuela de los arretistas (*de arret = sentencia*).

Grandes comentaristas de esta escuela fueron: Meynial, “*Les recueils d’arrêts et les arrêtistes*” (*Livre du Centenaire du Code Civil*, t. I, p. 173); Cohendy, “*Le méthode d’un arrêtiste au XIXè siècle: Labbé*”, Lyon, 1910; E.-H. Perreau, “*Technique de la jurisprudence en droit privé*”, 2 vol., París, 1923. Pero quienes, decididamente, llevaron este método a la perfección fueron Aubry y Rau, y, años más tarde, los discípulos de Planiol, Henry Capitant, su escuela y, en general, todos los grandes maestros de la “*science du droit*”.



**CHARLES AUBRY**  
**Profesor de la Facultad**  
**de**  
**Derecho de Strasburgo**



**FEDERICO RAU**  
**Profesor de la Facultad**  
**de**  
**Derecho de Strasburgo**

**CHARLES AUBRY** fue un brillante profesor en la Universidad de Estrasburgo. Nació en Saverne, en el Bajo Rin, el 20 de junio de 1803 y murió en París el 12 de marzo de 1883. Su nombre y apellido está immortalizado con el de otro genial profesor de Estrasburgo: **FEDERICO RAU**, quien nació el 3 de agosto de 1803 en Boux-Willer, y murió el 10 de abril de 1877.

Aubry y Rau escribieron un libro inmortal que es todo un clásico: el “*Cours de droit civil français*” que, en vida de ambos maestros, llegó a tener cuatro ediciones. Pero la primera edición fue, sencillamente, la traducción del alemán al francés del “Manual” o “Handbuch” de un célebre pandectista alemán: **KARL SCHLOMO ZACHARIAE VON LINGENTHAL** (Meissen: 14 de setiembre de 1769 - Heidelberg: 27 de marzo de 1843) profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Romano en la Universidad de Heidelberg donde escribió su célebre “*Handbuch des französischen Privatrechts*” Heidelberg, 1808, 2 volúmenes, posteriormente ampliada a 4 volúmenes en 1827, obra de avanzada, traducida al italiano por Ludovico Barassi (Génova, 1907) y al francés por Aubry y Rau. La evidencia de esta mera traducción ha sido “confesada” por los mismos maestros de Estrasburgo, según reza el título de la primera edición: “F. Aubry - F.C. Rau: “*Cours de droit civil français traduit de l’allemand de M. C. S. Zachariae revue et augmenté avec l’agrément de l’auteur*”, 5 vols., 1838. Las posteriores ediciones, especialmente la tercera, publicada en 1856 y la cuarta, publicada en 1876, fueron el desarrollo de las doctrinas personales de los maestros de Estrasburgo a la luz de la jurisprudencia francesa y, sobre todo, de Rau quien fue un gran abogado y quien, luego, como Aubry, fue un gran consejero de la Corte de Casación.

Ha dicho el profesor Julien Bonnecase en un hermoso libro que todos deberíamos leer que: “*Nunca un Tratado de Derecho Civil hubiera revestido un carácter práctico y científico a la vez, como el “Cours de Droit civil français” de Aubry y Rau, si uno de sus dos autores no hubiese estado en contacto íntimo con las luchas de la audiencia y con las dificultades de aplicación de la ley a esas situaciones tan complejas y, a veces, absolutamente imprevistas, que revela la vida del Palacio de Justicia. El jurista, por eminente que sea, no puede representarse por sí solo, en la soledad de su gabinete, todas las hipótesis susceptibles de presentarse al práctico. Aubry muchas veces, en sus discursos de apertura, declaró que la tarea de los civilistas comprende esencialmente el examen y análisis de la jurisprudencia, y en los mismos discursos aseguró que los profesores de Estrasburgo, cumplían cuidadosamente con esta obligación*”.<sup>(5)</sup>

<sup>(5)</sup>. JULIEN BONNECASE: “La escuela de la exégesis en Derecho Civil”, pag. 9, editorial José M. Cajica, Puebla, México, 1991.



Sostengo que los maestros Aubry y Rau, aun cuando cronológicamente podrían ser ubicados en la época de la escuela de la exégesis, (y así los ubica, por ejemplo, Julien Bonecasse en su hermoso libro “La escuela de la exégesis en el Derecho Civil”), en mi opinión, creo que, por su estilo y por su método, pertenecieron, de lleno, a la escuela científica del Derecho Civil Francés.

A su vez, los discípulos de Planiol, consumaron con gran maestría este método en el célebre “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés” en 13 tomos, del que ya he dado cuenta precedentemente.

**HENRY CAPITANT** fué el gran representante de la metodología arretista, en una obra ya clásica: “*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*”, obra que sigo estudiando a la vista de su décima edición actualizada por los profesores François Terré et Yves Lequette, ediciones Dalloz, Paris 1994.

Es una obra clásica ya la de los maestros **COLIN** y **CAPITANT**: “Curso Elemental de Derecho Civil”, con notas de Demófilo de Buen; Madrid, Ed. Reus, 1922, 9 volúmenes.

**HENRI CAPITANT** fué, después de Planiol, la figura más gloriosa de la escuela civilista francesa. Nació en Grenoble el 15 de setiembre de 1865 y murió en Allinges, allá en la Alta Saboya, el 21 de setiembre de 1937. Fue profesor de Derecho Civil y de Derecho Industrial en la Universidad de Grenoble y, luego, de Derecho Civil y Derecho Comparado en la Universidad de París desde 1908 hasta su muerte. Acaso su obra más clásica y leída por todos nosotros ha sido su famosa “*Introduction à l'étude du droit civil*” (1897), con la que se inicia mundialmente la bibliografía del curso de Introducción al estudio del Derecho.

No menos famoso es su célebre Tratado intitulado “*Cours élémentaire de droit civil*”, cuya primera edición fue de 1914 y que fue escrito en colaboración con otro insigne maestro de la escuela civilista francesa: el profesor **AMBROISE COLIN** que nació en París en 1863 y murió allí mismo en 1929. Profesor en la Universidad de Caén y luego en París, fue consejero de la Corte de Casación y fue uno de los principales autores del proyecto franco-italiano de las obligaciones. El “*Curso elemental de Derecho Civil*” escrito en nueve tomos por Colin y Capitant fue actualizado, años más tarde, por otra figura gloriosa: el profesor **JULLIOT DE LA MORANDIÈRE**. Tengo a la vista la traducción castellana en 9 tomos de esta obra insigne que constituye una lectura obligatoria para todo jurista en cualquier país del mundo; aludo a la traducción de Demófilo de Buen, quien fuera profesor en la Universidad de Sevilla, publicada por la editorial Reus, Madrid, 1922.

“*De la causa de las obligaciones*” es otra de las grandes obras de Henri Capitant. Tengo a la vista la traducción castellana con notas y adiciones de Eugenio Tarragato y Contreras, publicada por la Editorial Góngora, Madrid, 1927. En el “post-scriptum” de esta versión castellana escribió el traductor: “*Henri Capitant además de jurista y de literato de ameno gusto, de honrado léxico, sobrio de figuras y de tropos, es un eminente filósofo, porque sabe abrir a la investigación nuevos métodos en pos de la verdad jurídica. Su filosofía es espiritualista, de amplio contenido ético y fervorosamente jurídica. Es un pensador del siglo XX que no puede permanecer extraño a las tendencias de últimos del siglo XIX,...* en cuanto que niega al pensamiento su infalibilidad y a la filosofía sus dogmas para situarse en lo alto de la Ciencia del Derecho. Henri Capitant es uno de los pensadores más profundos, uno de los civilistas más sabios de este siglo”.

“De la causa de las obligaciones” empieza con una paradójal frase del maestro: “obligarse sin tendencia a un fin es acto propio de locos”.

Por eso es que en el Prólogo escribió Henri Capitant: “*así como nadie se obliga sin causa, así tampoco se hace entrega de una cosa sin causa; o si se quiere, la entrega se verifica siempre con vista a un fin determinado, que puede ser bien cumplir una obligación preexistente, animus solvendi, bien pasar a ser acreedor, animus credendi, bien hacer una liberalidad, animus donandi*” (pág. 12). Y es que, explica el maestro: “*La doctrina está envuelta en una interminable y estéril controversia sobre la realidad de la causa, cuya exposición forma el objeto principal del desarrollo que los tratados dedican a esta materia*” (pág. 7). Y agrega: “*Se considera a esta materia como una de las más oscuras del Derecho Civil; se esquivo el hablar de ella. Esto nos explica la ausencia de una verdadera teoría*” (pag. 7 in fine).

“Al paso que estas cuestiones permanecían en la sombra entre los autores, un movimiento opuesto atraía hacia ellas la atención de los Tribunales” (pag. 8).

“Puede decirse que la Jurisprudencia ha dado vida a textos cuya utilidad había sido desconocida por los autores. Ha sabido extraer la savia que se encuentra allí realmente contenida. Nuestros Tribunales han elaborado poco a poco, día tras día, sin el apoyo de la doctrina, y a pesar de sus observaciones y sus críticas, una teoría de la causa que ocupa puesto considerable en el Derecho jurisprudencial. Los elementos de esta teoría se encuentran dispersos en innumerables sentencias. Nos ha parecido haber llegado el momento oportuno de su sistematización” (pag. 8 y 9).

“Una de las principales funciones del jurista de hoy debe ser interpretar la Jurisprudencia” (pag. 9).

“Verdadero derecho moderno, que vive en estado latente mal conocido, estudiado sólo fragmentariamente, ignorado a veces, hasta tal extremo, que los doctores ni siquiera han recogido, criticado, formulado, clasificado y armonizado sus disposiciones”.

“Debido a esto, nos ha parecido necesario buscar a través de la historia el origen, las vicisitudes y las aplicaciones de la idea de causa” (pag. 9 in fine)

“Ordinariamente no se llega más allá de Domat, Domat es el primero que hace una exposición metódica de la causa” (pag. 10). “Domat no ha creado nada, ni inventado nada. No ha hecho más que construir una teoría con materiales preparados por sus predecesores. Ha interpretado las ideas hasta él fluctuantes. En esto estriba su mérito” (pag 11).

“Merlín, el más célebre de los primeros comentaristas del Código Civil, se expresó diciendo que “la causa de una obligación es... el motivo que impulsa a contraerla, lo que Blackstone llama en inglés consideration inducement, y en latín id quod induxit ad contrahendum”.

“Delvincourt es todavía más breve: la causa de un contrato, es aquello que determina a contratar”.

“Es -dice Zachariae -, la razón jurídica que ha determinado a la parte a contratar”.



“Aubry y Rau (t. IV, párrafo 345), se explican más claramente: El Derecho francés, como condición de la forma obligatoria y de toda convención, que el autor de la promesa haya sido determinado a obligarse por un motivo jurídicamente suficiente. A este motivo se llama causa de la obligación”.

“Demante y Colmet de Santerre reputan a su vez que en los contratos sinalagmáticos, la obligación del uno tiene por causa la obligación del otro, y que las dos obligaciones se sirven recíprocamente de la causa” (pag. 39).

En el párrafo 3, pag. 39, de esta fundamental obra que estoy condensando, cita Henri Capitant a los autores anti-causalistas:

“Ernst, profesor en la Universidad de Lieja, ha sido el primero que en 1886, en un folleto titulado “La causa condición esencial para la validez de los contratos”, publicado con ocasión de la revisión del Código Civil Belga, planteó que se supriman los textos relativos a esta noción, porque no correspondían a nada real, y son fuente de errores y de confusiones. Esta opinión no ha tenido éxito en Bélgica, aunque Laurent la ha apoyado con su grande autoridad. Así lo ha hecho, en efecto, en sus “Principios de Derecho Civil Francés” (t. XVI, n. 111), en donde sostiene a su vez que la teoría del Código sobre la causa no es jurídica, y que el Código había distinguido injustamente la causa del objeto con el cual se la confundía, para hacer una cuarta condición esencial en la validez de los contratos” (pag. 40).

“Algunos años más tarde, en Francia, dos excelentes tesis doctorales, de Artur (“De la causa en Derecho Romano y en Derecho Francés”, París, 1878) y Timbal (“De la causa en los contratos y obligaciones en Derecho Romano y en Derecho Francés”, Tolosa, 1882) emprendieron el desarrollo de estas críticas, concluyendo ambos en que la teoría del contrato se complicaba inutilmente con el análisis de sus elementos. Reunieron en torno suyo cierto número de jurisconsultos, entre los cuales cabe citar a Huc, Baudry-Lacantinerie y Planiol; en Bélgica, Cornil; y, en Italia a Giorgi” (pag. 40).

En la Sección Tercera, pag. 41 y siguientes nos dá Henri Capitant su planteamiento, refutando los argumentos dirigidos contra la teoría de la causa:

“La imperfección de estas definiciones procede de que sus autores no han tenido un concepto bastante claro de la cosa que se trataba de definir: Todo se simplifica, por el contrario, y la respuesta que buscamos se presenta fácil si partimos de la identidad de las nociones de fin y causa, pues basta buscar cual es el fin pretendido por cada una de las partes, y no es cosa difícil precisar este fin. En realidad es evidente que si una parte se compromete, no lo hace solamente para que la otra se obligue también. Las dos obligaciones correlativas son como el primer paso para preparar el resultado definitivo, que no es otro sino la realización de las prestaciones pactadas. Lo que determina a una persona a vender sus cosas, no es sólo la promesa hecha por el comprador de pagarle el precio convenido, sino el deseo de tener a su disposición la suma prometida” (pag. 42).

“A su vez el comprador consiente en pagar el precio por adquirir la propiedad pacífica y útil de la cosa vendida”.

“En un contrato sinalagmático, por ejemplo, la causa que determina a obligarse a las dos partes, es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio”.

“Este análisis de la causa difiere, sin duda, algo del que acostumbran a hacer los civilistas, pero nos parece que no se le puede censurar de inexacto. Por lo menos no innova nada, ni es inédito tampoco, pues se le encuentra en un importante estudio de M. Labbé, y aparece igualmente en numerosas resoluciones de la jurisprudencia” (pag. 42 -43).

Otra obra fundamental del maestro, consagratoria del método arretista y de la así llamada “escuela de los arretistas” es un libro fundamental para la hermenéutica y para el Derecho Civil Comparado: “Les grands arrêts de la jurisprudence civile”, décima edición, por los profesores François Terré et Yves Lequette, ediciones Dalloz, Paris 1994. En el Prefacio a la primera edición (1934) de esta gran obra dijo Henri Capitant: “La jurisprudence est, en effet, bien qu’on l’ait contesté, une source de droit comme la loi elle-même, et cette source devient de plus en plus abondante à mesure que la loi vieillit. Sans sortir de leur rôle d’interprètes, cherchant dans les textes du code ou, à défaut, dans les principes généraux qui les dominent, les motifs de leurs jugements, les tribunaux créent peu à peu un corps de droit, une doctrine qui complète, enrichit, amende l’oeuvre législative. Sans cet apport constant, sans ce rajeunissement incessant, les lois vieilliraient et se dessécheraient. Elles n’échappent à la décrépitude que par cet afflux de sang nouveau, par cette végétation complémentaire que leur apporte cette adaptation quotidienne aux besoins du commerce juridique. Les juristes contemporains ont compris que leur mission consistait à étudier, à critiquer ce droit en formation, à le dégager de la masse des décisions où il se trouve enfoui comme le minerai dans le sol, à le mettre au jour, à le dépouiller de ses scories, en un mot à le systématiser. C’est à eux, en effet, qu’incombe cette mission de découverte, de direction et de redressement. Les magistrats, absorbés par le jugement des procès qui viennent successivement devant eux, statuant sur des espèces toujours variables, ne peuvent saisir les traits généraux des règles à l’élaboration desquelles ils participent, pas plus que le promeneur dans la forêt n’en voit l’ensemble. C’est pourquoi les maîtres de nos Facultés se penchent aujourd’hui sur les décisions de la jurisprudence, comme le savant sur la matière, pour en scruter la composition. Mais, à la différence du savant, qui observe les choses du monde extérieur, le juriste travaille sur une matière essentiellement mouvante et changeante, parce qu’elle est l’oeuvre de la volonté des hommes. Aussi son rôle ne se borne-t-il pas à observer; il doit critiquer à l’occasion, en vue de redresser, s’il se peut, l’interprétation que les tribunaux donnent des textes des lois. Quoiqu’il en soit, le juriste ne peut aujourd’hui se flatter de connaître le droit que s’il complète et vivifie l’étude des textes par celle de la jurisprudence. Mais ce n’est pas seulement en tant que source alimentaire du Droit que le juriste doit étudier la jurisprudence. Son examen présente pour lui un second et précieux avantage. Il lui permet en effet de saisir sur le vif la formation et l’évolution des rapports juridiques. Il y voit en action la lutte des intérêts, la complexité des relations humaines, les mobiles qui déterminent la conclusion de ces rapports, les conflits qu’ils suscitent. Dans un procès, l’examen des faits qui ont provoqué le différend est aussi profitable que l’étude de la solution adoptée par les juges”.

Una preciosa semblanza de Henri Capitant que nos revela magistralmente su perfil de gran maestro fue el que nos diera el profesor Henri Mazeaud en su discurso pronunciado en Varsovia el 7 de marzo de 1938 dedicado a la memoria del gran maestro francés:

“... Dejando un lado su obra científica, no intentaré sino aportaros un testimonio, explicar por qué lo he apreciado profundamente, deciros lo que era él para sus discípulos, revivir la gran figura del que sigue siendo, para todos nosotros, el modelo del verdadero maestro”.

“Lo vi por primera vez cuando me decidí a preparar, en París, la auxiliaría de la cátedra. Dirigía la conferencia de los auxiliares de derecho civil y era usual, entre los aspirantes, efectuar una

visita al profesor que orientaba su preparación. El corazón palpitaba un poco cuando se llamaba por vez primera en la calle Cassini. Pero el corazón era conquistado al instante, porque uno se sentía unido a él –y apelo a cuantos a él se han acercado- desde el instante en que se le veía. Desde el momento en que hablaba, se le creía. ¿Tenía, pues, ese poder en la demostración, esa fuerza, con frecuencia brutal, que compele a inclinarse a los espíritus? Ahí está, casi siempre, el secreto de la autoridad: mirada imperiosa, voz potente, ademanes que imponen la obediencia. Nada de eso había en él; y eso es lo que siempre he admirado sobre todo. Nadie ha poseído más que él ese don, sin el cual no existe maestro: la autoridad, pero esa inmensa autoridad provenía de una fuente distinta. Estaba formada enteramente por la atracción y la dulzura. Ahí es donde residía el milagro. Se creía en él, porque se le quería. Su atractivo, su distinción, su manera de hablar, concisa y algo cansada, el timbre de su voz eran los que nos arrebatában, unidos a la sencillez del razonamiento”.

“Dirigía la conferencia de los auxiliares de derecho civil sentado junto a nosotros, oyendo al aspirante que actuaba. Las críticas que él hacía de las lecciones quedarán siempre para mí como modelos”.

“Allí nos dominaba su autoridad. Un día empezó a hablar de la teoría del riesgo, que había pretendido demoler la construcción clásica de la responsabilidad civil. No le dedicó sino una frase; pero esa frase fue suficiente: en algunos segundos me había convertido; me había conducido a la vieja teoría de la culpa que, desde entonces, he defendido siempre. Así son los verdaderos maestros. Os arrebatan y tan sólo más adelante, tras un largo trabajo, surge ante vosotros el fundamento exacto de la decisión adoptada en un instante. Pero ;cuánta sencillez unida a tanta autoridad! Cuántas veces, nosotros, todos los que seguíamos el curso de auxiliares, lo hemos visto plantearse una cuestión, confesar que no conocía la respuesta, tratar de informarse cerca de nosotros y decirnos finalmente sonriendo: “Denme, pues, mi obra”. Cuántas veces le hemos oído comenzar una crítica de la lección que había sido dictada ante él por uno de nosotros y luego detenerse de pronto, descansar la cabeza entre las manos, meditar y decirnos: “Es usted el que tiene razón”.

“Porque su sencillez se aliaba con una sinceridad absoluta”.

“Era el atractivo de los cursos de los auxiliares. No concurría a ellos con una crítica preparada de antemano. Nos escuchaba y, luego de habernos oído, pensaba en voz alta ante nosotros. Ensayaba un plan, después otro, y luego se decidía. “Los textos legales -decía-, partid de los textos”. Se veía así construirse la lección, una lección en la que todo no era sino claridad. Sacrificando los detalles, sabía establecer las ideas esenciales, y agrupar en torno a ellas toda la clase o conferencia! ;Qué sencillo parecía todo cuando había reconstruido así el edificio...!”.

“Lo queríamos porque sabíamos que nos quería. En seguida se adquiría la confianza, porque concedía su amistad sin dilación. Le bastaba un instante para juzgaros; y por eso se estaba reconocido a él. Se creía en él, porque él había creído en vosotros”.

El afecto puesto en el profesor continuaba sintiéndose por el que se había convertido en vuestro guía. Ya que, como ha escrito con tanta justicia RIPERT (Rev. crit. légis. et juris., 1937, pág. 607, IX), “seguía a través de la vida a los que habían sido sus discípulos. Era el maestro al que se acude para contarle las penas o las esperanzas”.

*“Lo importunábamos sin cesar y nos escuchaba siempre. Jamás se negó a darnos el consejo que se le pedía, la ayuda que se le solicitaba. Siempre tenía tiempo. Pero, a continuación, debía trabajar durante la noche y así arruinaba su salud”.*

*“Qué encanto poseían las largas conversaciones en su despacho de la calle Cassini, con frecuencia en el comedor también; porque nos introducía muy pronto en la intimidad tan grata y acogedora de su familia”.*

*“Qué encanto asimismo los paseos por la avenida del Observatorio. Le gustaba que se le acompañara cuando regresaba de la Facultad a la calle Cassini: “Vengan conmigo”, decía, mientras os tendía el brazo”.*

*“Se ha marchado. Para cuantos lo queríamos, el dolor ha sido inmenso. Pienso en la que ha sido la compañera admirable de su vida y que nos acogía siempre junto a ella. “Cada día que pasa -me ha escrito-, aumenta mi desdicha y mi profundo dolor, y me lleva a medir mejor la magnitud de su pérdida”. Ese pesar lo compartimos; porque es preciso repetir las palabras del decano ALLIX (en su discurso en la sesión de apertura del curso de 1937 en la Facultad de Derecho de París): “Al duelo público se mezcla para mí, como para todos aquellos que pertenecieron a su intimidad, la tristeza de un luto familiar”. Pero, aun cuando se haya ido, sigue estando todavía entre nosotros. Se encuentra en todo aquello que nos ha legado, por el ejemplo que nos ha dado”.*

(Extracto de este gran discurso que figura en el Prólogo de HENRI MAZEAUD a su “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual” y que se intitula “Henri Capitant y la evolución de la teoría francesa de la responsabilidad civil”, pág. XIII a XV del tomo primero de la traducción castellana editada por Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961).

Otra obra notable de la gran escuela civilista francesa es la del profesor LOUIS JOSSERAND: “Curso de Derecho Civil Francés”, París, 1938, traducción castellana por Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1950.



El profesor Louis Josserand nació en Lyon en 1868 e ingresó a la docencia universitaria en 1898. En 1903 fue nombrado profesor ordinario de Derecho Civil en la Universidad de Lyon en la que llegó a ser Decano de la Facultad de Derecho y posteriormente Decano Honorario de la misma. En 1935 fue nombrado Consejero de la Corte de Casación y ha sido “doctor Honoris causa” en las Universidades de Bruselas, Coimbra, Lisboa y Montreal. Entre sus obras más destacadas hay que recordar: “Les successions entre époux”, Lyon, 1892; “De la responsabilité du fait des choses inanimées”, 1897; “De l’abus des droits”, 1905; “De l’esprit des droits et de leur relativité”, 1927; “Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé”, 1928; “Évolutions et actualités, Conférences de droit civil”, 1936; “Études sur l’évolution et les tendances actuelles du droit des obligations et des contrats”, (Livre jubilaire de François Geny); etc.



En las brillantes páginas del volumen primero de su “Derecho Civil” hay un tema perfectamente aplicable a la situación del Perú, en lo que se refiere a la reforma del Código Civil. Leámoslas:

**“Las modificaciones aportadas al Código Civil.-** En el curso de siglo y cuarto, el Código Civil ha sido objeto de innumerables retoques destinados, bien a colmar lagunas, bien a modificar disposiciones. Obra de adaptación siempre en construcción y jamás acabada. Las leyes que realizaron este trabajo de renovación son tan numerosas e importantes que un civilista (Planiol) pudo escribir que “nuestro Código Civil está en 1904, casi tan alejado del Código de Portalis y de Tronchet como lo estaba aquél de la “Costumbre de París”; dichas modificaciones han sido, en su mayor parte, incluidas en el mismo Código Civil, en el cual numerosos textos han sido alargados, acortados o, más raramente, suprimidos; pero hay algunas leyes que han quedado al margen de la gran codificación modificada por ellas sin penetrar materialmente en la misma (por ejemplo, las leyes de 23 de marzo de 1855 sobre transcripción; la de 10 de agosto de 1927 sobre la nacionalidad, reemplazada por la Ordenanza de 19 de octubre de 1945)”.

“La mayor parte de las reformas efectuadas se contraen a un pequeño número de directivas que, sobre todo desde hace un cuarto de siglo, tienen un valor constante: se esfuerzan en proteger a los débiles contra la tiranía de los fuertes; en facilitar el matrimonio; en mejorar la condición de la mujer casada; en dar a los actos jurídicos importantes y a las situaciones jurídicas una publicidad cada vez más efectiva; en desarrollar y reglamentar el crédito; en facilitar el acceso de todos a la pequeña propiedad inmueble, en hacer más efectiva la responsabilidad, y, al mismo tiempo, la solidaridad humana, etc”.

**“La cuestión de la revisión del Código Civil.-** La evolución de que el Derecho Civil ha sido objeto y continúa siéndolo debería hacer que se planteara la cuestión de la revisión del Código de 1804. No obstante los retoques ¿no correría el riesgo de encontrarse en desacuerdo con el medio social en que se realiza? ¿No convendría dar una nueva carta a una sociedad nueva?”

“Esta cuestión fué viva y elocuentemente debatida en 1904, con motivo de la celebración del centenario del Código Civil: jamás se trató de tal manera de abatir o de transformar dicho edificio como en el curso de las solemnidades destinadas a exaltar su mérito y a perpetuar su gloria. Las dos tesis opuestas encontraron dos brillantes protagonistas en Larnaude, y en Planiol. Larnaude sostenía que no tenemos más que “un derecho civil fragmentario, hecho de piezas y de trozos, complicado y lleno de demasiadas lagunas”; instituciones que ni siquiera nombra nuestro Código civil, tales como el seguro de vida, han tomado un inmenso desarrollo, mientras que, a la inversa, en esta obra envejecida se encuentran “partes muertas”; ha llegado el momento de fijar la regla social en una codificación de conjunto, armoniosa y completa. A esto respondió PLANIOL sosteniendo que el Código civil de 1804 no ha quedado petrificado en su gloria, sino que se ha flexibilizado continuamente bajo los esfuerzos del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina. ¿A qué, pues, hablar de revisión si ésta se hace todos los días progresivamente? Vale más esta revisión continua y lenta que una revisión total y brutal que trastornaría las relaciones jurídicas durante largo tiempo; “un Código completamente nuevo es un instrumento incómodo”; no sabe uno como servirse de él, cómo interpretar sus disposiciones; y verdaderamente “sería locura derribar el castillo para cambiar algunas vigas y algunas pizarras. Los inconvenientes ciertos y los peligros posibles de tal operación sobrepasan con mucho las ventajas de la misma”.

*“Es verdad que la revisión, la refundición o la refacción de un Código, es empresa peligrosa. Resulta de ella, de una manera especial, y durante largo tiempo, un estado de estancamiento y de inseguridad, pues nadie sabe cómo serán aplicados e interpretados por la jurisprudencia los textos nuevos; y también un estado de esterilización para la ciencia, porque los autores se asignan entonces la tarea casi exclusiva de descifrar, de deletrear el nuevo texto palabra por palabra y coma por coma. En compensación, es preciso convenir que un Código reciente extiende, más fácilmente que una obra envejecida, su influencia al extranjero: los pueblos que quieren darse una legislación nueva vuelven su mirada hacia los instrumentos legislativos de la última época más que hacia los códigos centenarios”.*

*“En todo caso, el día en que venza la causa de la revisión, convendrá, a todo trance, edificar el nuevo Código no siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, que no dejaría de producir crueles desengaños, sino recurriendo a técnicos versados en la lengua y en la ciencia jurídica; convendrá volver a emplear el método de Bonaparte y confiar a juristas, elegidos fuera del Parlamento, la labor de redactar el proyecto. La incoherencia de las leyes recientes y de los decretos-leyes muestra bien que nadie puede improvisarse como jurista y que ninguna obra legislativa digna de tal nombre emanará jamás de Asambleas esencialmente políticas, mal preparadas para un trabajo que exige de quienes a él se consagran, ciencia, prudencia, reflexión y ponderación”.*<sup>(6)</sup>

Los hermanos **MAZEAUD (Henri, León y Jean)** han escrito unas hermosas “Lecciones de Derecho Civil” cuyo volumen primero contiene una brillante introducción histórica al Derecho Civil francés, que constituye una obligada lectura para nuestro curso.

**HENRI MAZEAUD** nació en Limoges el 15 de abril de 1898. Fue abogado ante la Corte de Apelación de Lyon y luego profesor agregado en la Facultad de Derecho en 1926. Pasó luego a la Universidad de Lille y luego fue Director del Instituto francés en Varsovia. Finalmente fue profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de París. Su obra más conocida ha sido el famoso “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, escrita en cuatro volúmenes cuya quinta edición contó con la colaboración de sus hermanos León y Jean Mazeaud y del profesor André Tunc. Así mismo ha escrito sus hermosas “Lecciones de Derecho Civil”, traducidas al castellano por Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Hermoso texto el que le dedica a la Jurisprudencia en la pág. 170 del volumen primero: *“Este lento proceso de formación de la regla de derecho, que es la jurisprudencia, no carece de relación con la costumbre; a veces se confunden; en Inglaterra se llama costumbre a los precedentes judiciales”.*

*“Se trata, sin embargo, de una costumbre muy particular; puesto que, por una parte, no es creada directamente por la conciencia popular, sino por los magistrados, juristas de profesión; y porque, de otro lado, la jurisprudencia se muestra respetuosa con los textos legales sobre los cuales funda sus resoluciones y que, como decía SALEILLES, le sirven de “pasaporte”. Innovando para poner el derecho en armonía con la moral y la vida social, la jurisprudencia toma, sin embargo, como punto de partida, el sistema legislativo. Así, no existe hiato entre la ley y la jurisprudencia; ésta infunde sangre nueva en aquélla; la torna aplicable a las situaciones más nuevas”.*

<sup>(6)</sup>- **JOSSERAND**: “Fuentes del Derecho positivo” en su libro “Derecho Civil”, tomo I, vol. I, pag. 9, 10. “Teorías generales del Derecho y de los Derechos. Las personas”, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa - América, Bosch y Cía.- Editores, Buenos Aires, 1990.



“Incluso cuando toma grandes libertades con la ley, la jurisprudencia le asegura su perennidad. El principio de que las leyes no son derogadas por el desuso se encuentra justificado por esta comprobación de que, gracias a su esfuerzo constante de adaptación, **la jurisprudencia es para la ley la fuente de la juventud**. Si los tribunales se contentaran con aplicar, sin adaptarlas, todas las leyes no derogadas, el legislador debería proceder sin cesar a una refundición de los textos. Esa refundición no resulta indispensable, y la reforma de un Código Civil, con más de 150 años, no aparece como absolutamente necesaria; y es que el Código, merced a la interpretación que del mismo hacen los tribunales, responde, en la mayor parte de sus disposiciones, a las necesidades actuales”.

**LEÓN MAZEAUD** nacido en Limoges el 7 de marzo de 1900, profesor en Grenoble, en el Cairo y en el Instituto Francés de Tokio, llegó a ser profesor en la Universidad de París, en donde escribió con su hermano Henri el famoso “Tratado de la Responsabilidad Civil”.

Debe leerse asimismo, del profesor **GÉRARD CORNÚ** “Derecho Civil. Introducción” volumen I, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1997.

- **M. J. GHESTIN ET GOUBEUX:** “*Traité de droit civil*”, Tome I, Introduction générale”, 3<sup>a</sup> édition París, 1990.
- **ROUAST - ROUBIER - MAZEAUD - DAVID** - y otros: “*L’influence du Code civil dans le monde*”; París, 1950.

Los profesores **GABRIEL MARTY** y **PIERRE RAYNAUD** de las Universidades de Toulouse y de París, respectivamente, han escrito “*Droit Civil*”, (Introducción Générale a l’étude du Droit), tomo I, 2<sup>e</sup> édition, Sirey, París 1972.

- **J. HÉRON:** “*Droit judiciaire privé*”, París, 1991.
- **HENRI SOLUS ET ROGER PERROT:** “*Droit judiciaire privé*”, 3 Tomos, París, 1991.
- **P. BELLET, A. TUND, A. TOUFFAIT:** “*La Cour Judiciaire Suprême. Une enquête comparative*”, París, 1978.
- **FR. RIGAUX:** “*La nature du contrôle de la Cour de Cassation*”, Bruxelles, 1966.

#### **Le Tribunal et la Cour de cassation 1790 – 1990. Volume jubilaire, París, 1990.**

En fin, además de los recientes grandes tratados de Derecho Civil de la escuela francesa, como lo son los de **MARTY, CARBONNIER, GHESTIN y GOUBEUX, A. WEIL y F. TERRÉ, CABRIILLAC**, etc., es preciso citar a una revista cuya lectura es fundamental: la **REVUE TRIMESTRIELLE DU DROIT CIVIL** fundada en 1902 por A. **ESMEIN** con la colaboración de Raymond Saleilles, C. Massigli, A. Wahl y Henri Capitant; continuada bajo la dirección de René Demogue (1919 – 1938), luego dirigida por Henri Solus (1938 - 1962), y luego, por P. Raynaud.

La primera investigación aparecida en el primer número de esta gran revista francesa fue un brillante estudio del profesor A. Esmein intitulado: “La jurisprudence et la doctrine”, en la p. 5 y ss, constituía todo un programa: “Es preciso que la doctrina tome a la jurisprudencia como su principal objeto de estudio: no perderá por ello ni su originalidad, ni su fuerza; ad-

quirirá, por el contrario, una savia rejuvenecida y nuevas floraciones” A. **ESMEIN**, “La jurisprudence et la doctrine”, estudio inaugural en el primer número de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 5 y siguientes.

O, como decía **JOSSERAND**: “No es posible decir mejor que la jurisprudencia es la materia prima sobre la cual tienen que trabajar el escritor y el profesor; corresponde a estos estudiarla, sistematizarla y guiarla también: “por la jurisprudencia, pero más allá de la jurisprudencia”, esa debe ser su divisa; hay lugar en ella a la vez para una especie de clínica jurídica y para lo que **GÉNY** llama muy felizmente “La libre investigación científica”.<sup>(7)</sup>

O, como dicen los **MAZEAUD**: “No existe hiato entre la ley y la jurisprudencia, ésta infunde sangre nueva en aquella, la torna aplicable a las situaciones más nuevas. Incluso cuando se toma grandes libertades con la ley, la jurisprudencia le asegura su perennidad: la jurisprudencia es para la ley el elixir de la juventud”.<sup>(8)</sup>

En los textos y en las paginas de los grandes maestros de la escuela francesa citadas precedentemente se advierte la brillantez y el gran estilo de la “science du droit civil”. Por ello admiramos al genio jurídico francés.

La causa de nuestra admiración se explica por una razón evidente: la diafanidad y luminosidad del Código Civil, modelo de estilística y de sintaxis, a tal punto que Paul Valéry consideraba que el Código Civil era “un libro grandioso de la literatura francesa” y Stendhal, el célebre autor de “Rojo y Negro”, leía diariamente una sección del código para afinar su estilística, “pour prendre le ton”.

“El estilo del código, dice el Profesor Gerard Cornú, es la claridad, la precisión, la concisión, la sobriedad y la limpieza”.

Frente a esto, el estilo del B.G.B. fue criticado, desde el comienzo, por Gierke, como el de “un Gótico denso, abstracto y metafísico”. Tal es la diferencia que media, también entre la “science du droit civil”, versus, la “Rechtswissenschaft”, entre la escuela francesa y la escuela alemana, reveladoras del temple, del alma y de las características de una y otra escuela y de uno y otro pueblo: el genio jurídico francés y el genio jurídico alemán.

Debemos interpretar cabalmente el sentido, y la idiosincrasia de uno y otro código.

Así, pues, como en un contrapunto, las dos grandes escuelas y los dos grandes códigos tienen su estilo y su carácter que responden a la genialidad distintiva de esos dos grandes pueblos. El Código Francés es como el alma apolínea, en tanto que el Código alemán es como el alma fáustica; y este contrapunto se inspira, en lo que Spengler caracteriza como el alma apolínea frente a lo que el mismo Spengler llama el alma fáustica. Páginas más adelante desarrollo los rasgos esenciales de la historiología de Spengler. (Véase, supra, pag. 808 ).

<sup>(7)</sup>- **LOUIS JOSSERAND**: “Derecho Civil”, Vol. 1, p. 5, Editorial Bosch, Buenos Aires, 1902.

<sup>(8)</sup>- **HENRY, LEON y JEAN MAZEAUD**: “Lecciones de Derecho Civil”, Vol. 1, p. 100, E.J.E.A., Buenos Aires, 1900.



Entre los dos, el Z.G.B., o Código Civil suizo, filtra el rigorismo abstracto de la “Begriffjurisprudenz”, en cuyas rigurosas canteras se había templado y forjado el pensamiento pandectístico de Eugen Hüber, autor del Código Suizo, para sintetizar los abstraccionismos “more geometricus” del B.G.B., con la estilística del luminoso Código francés.

El Código suizo, de inspiración pandectística, tiene, pues, los destellos de claridad y de sistema que, a su vez, motivaron la decisión adoptada por la comisión redactora del Código Civil Peruano de 1936, de inspirarse en su sistema: Título Preliminar, Personas, Familia, Sucesiones, Reales y Obligaciones.

Con ello, el Derecho Civil peruano cuya codificación en el siglo XIX se había inspirado en el Código Civil francés y en todo lo que ello significa, dio un paso adelante, al adoptar el sistema del Código Suizo y, su ideología, que no era otra que la de los Pandectistas alemanes del siglo XIX.

# CAPÍTULO XCV

## LA ESCUELA DE LA “RECHTSWISSENSCHAFT” Y SUS GRANDES MAESTROS



## CAPÍTULO XCV

### LA ESCUELA DE LA “RECHTSWISSENSCHAFT” Y SUS GRANDES MAESTROS

El Derecho entendido como **Rechtswissenschaft** es la más alta creación de la escuela Histórica y merced a ello la Ciencia Alemana del Derecho se puede y debe distinguir de la Ciencia Francesa del Derecho entendida como “*science du Droit Privé*” o como “*science du Droit Civil*” y de la Ciencia Italiana del Derecho entendida como “*scuola italiana del diritto*”.

El espíritu neoclásico de Savigny al inspirarse en el Derecho Romano innovó la tradición romanista y la concepción medioeval del Derecho dando lugar a una ciencia histórica que se conoce con el nombre de la “*Rechtswissenschaft*”. Esta expresión constituye todo un neologismo creado por Savigny y desarrollado por la Escuela Histórica. Así lo sostiene el maestro Paul Koschaker en la pág. 300, 301 y *passim*, de su áureo libro “*Europa y el Derecho Romano*” cuando nos habla de un “*Derecho Profesoral*” (“*Professorenrecht*”) y en la pag. 378, 379 y 380 de su magistral obra, cuando sostiene que: “*la expresión “Ciencia del Derecho” adquirió carta de ciudadanía en Alemania y en todo el mundo, merced al influjo de Savigny*”; y cuando añade que “*toda la ciencia del Derecho, no es otra cosa que historia del Derecho*”, agregando en nota de pie de página que “*el siglo de oro de la Universidad y de sus profesores fue en Alemania el siglo XIX y no puede negarse la brillantez de las aportaciones de estos en todas las zonas del saber en este siglo*”.

Por su parte el maestro Riccardo Orestano en las págs. 236, 237, 238 y 239 de su hermoso y fundamental libro “*Introduzione allo studio del diritto romano*” (Società editrice il Mulino, Bologna, 1987) nos dice que “*Rechtswissenschaft*” es, pues, una novedad. ¿Cuál es la razón? Simple gusto de enriquecer la terminología, de añadir un nuevo termino para un significado que ya preexistía con otras palabras... Podría engañarme, pero la vía de gestación y nacimiento pasa a través de la adjetivación de “*wissenschaftlich*” (“*científicamente*”) que traduce el post renacimiento e iluminístico “*método científico para tratar*”, aplicado al Derecho, precisión mediante la cual el término “*wissenschaft*” recibe una connotación adicional, una repotenciación. No se trata solamente de “*saber*”, de “*conocer*”, sino de conocer científicamente: se podría decir que se trata de la promoción del “*saber*” a un grado superior”, dice el maestro Orestano; y en nota de pie de página número 47, en la pág. 237, nos remite a Ferdinand Macqueldey (1784 - 1834) quien sostiene que la expresión “*Rechtswissenschaft*” es el “*conocimiento científico*”, expresión distinta a la de “*Rechtslehre*”, que es la “*doctrina iuris*” y a la de “*Rechtsgelehrsamkeit*”, que es la “*ciencia iuris*”, esta última, en sentido romano. Prosiguiendo su reflexión filológica a través de la filosofía iluminística, concluye el maestro Orestano que “*Rechtswissenschaft*” es la afirmación -querida y consciente- de un “*conocimiento del Derecho organizado sobre un modelo científico, en todo el sentido del término, es una palabra potente y nobilísima, destinada a reforzar, bajo la inspiración de la jusfilosofía, el sentido de la expresión. Ella desencadena inmediatamente otros problemas: sobre todo aquellos de la relación entre la “ciencia del Derecho” y la “filosofía del Derecho” y luego aquello del “modelo de ciencia” que se debe tener presente y, más aún, lo referente a las características teóricas*



de la ciencia del Derecho, entendida en un nuevo sentido y de cómo es posible establecer una relación o un ensamblaje entre la teoría y la práctica del Derecho o si se trata de vías insoluble o irremediabilmente divergentes” (pág. 239).

Esta reflexión filológica del maestro Ricardo Orestano nos permite distinguir el sentido trascendental y profundo de la ciencia alemana del Derecho versus el sentido cartesiano y coherente de la “science du droit française”, cortante como la guillotina y diáfana como la luz del sol.

Como es sabido, la escuela Histórica surgió al comenzar el siglo XIX como una reacción contra los excesos del racionalismo metafísico ius-naturalista consagrado por el Iluminismo y por el “mos geometricus iura docendi” de la escuela de Leibnitz-Puffendorf-Wolff-Nettelbladt; como una reafirmación del espíritu nacional de los pueblos y, concretamente, de las tradiciones ancestrales y del espíritu vernacular alemán; como una reacción contra el afrancesamiento imperante y por el surgimiento de un nuevo espíritu consagrado en el movimiento denominado “**Sturm und Drang**” (“**Tempestad de Pasiones y Pujanza**”), corriente que se rebelaba contra el Iluminismo conforme se expresaba en la escuela del “mos geometricus” pero, también, se alzaba contra las reglas éticas de la burguesía.

Los representantes del “Sturm und Drang” anhelaban aniquilar las tablas tradicionales de valor y exigir como único ideal la exigencia de la Justicia del caso aislado. El fundador del movimiento fue Johan Georg Hamann, llamado “el mago del norte”, a semejanza de Nietzsche, “que quema cuanto toca”, “convirtiéndolo en cenizas”, pero el verdadero jefe del “Sturm und Drang” es Herder, discípulo de Hamann, seguido por Schelling y Novalis, y el inmortal autor de “*Wilhelm Meister’s Lehrjahre*” (“Años de aprendizaje de Wilhelm Meister”), de “*Götz von Berlichingen*” y de “*Werther*”.

Con GOETHE se reafirmó el hallazgo de lo espontáneo como organismo histórico. Pero con la música de Beethoven, de Brahms, de Liszt, de Chopin, de Schumann y Tschaikowsky, se consagró el Romanticismo que también triunfó con la poesía de Hölderlin y de Schiller y con la ópera de Wagner.

Con estos antecedentes, el Derecho también tenía que alinearse con estas nuevas corrientes del espíritu. Este fenómeno se dio con los trabajos de GUSTAVO HUGO, SAVIGNY y PUCHTA.

GUSTAVO HUGO (1764-1844), profesor en la Universidad de Gotingen sostenía que “el Derecho Romano es nuestro Derecho natural” y que “toda la ciencia del Derecho no es otra cosa que la Historia del Derecho”. Tal es la tesis fundamental desarrollada en su obra “*Historia del Derecho Romano*”.

El genio máximo de la escuela Histórica fue FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY, nacido en Frankfurt el 21 de febrero de 1779, muerto en Berlín el 25 de octubre de 1865.

Teórico perfecto; sus doctrinas se plantearon desde su tesis doctoral en la cual sostuvo que la esencia y naturaleza jurídica de la Posesión está constituida por el “ánimus rem sibi habendi”. Es la teoría espiritualista o animista de la posesión la misma que se suele contraponer a la doctrina de JHERING, según la cual es el “corpus” y no el “animus” lo que determina la

esencia de la posesión. Ésta se determina solo por la tenencia de la cosa. Es la teoría realista de la posesión.

En 1814 SAVIGNY en una célebre polémica con el profesor THIBAUT escribió un libro fundamental que constituyó el símbolo y el programa de la escuela Histórica: *“De la Vocación de Nuestro Siglo para la Codificación y la Ciencia del Derecho”*.

Los principios que inspiraron a este libro constituyeron el programa de la escuela Histórica: a).- la evolución constante del Derecho, como manifestación del espíritu popular (*“Volksgeist”*); b).- esta conciencia o espíritu popular (*“Volksgeist”*), es el verdadero creador del Derecho, que tiene en la costumbre su norma fundamental (*“das Gewöhnheitsrecht”*); c).- los juristas deben ser los intérpretes de esta conciencia popular; d).- gracias a este espíritu se redescubre en el Derecho Romano y en el Derecho Germánico las verdaderas fuentes inspiradoras de la Ciencia del Derecho; e).- la **Ciencia del Derecho (Rechtswissenschaft)** es eminentemente histórica; f).- la *Rechtswissenschaft* tiene como tarea fundamental la elaboración de una *“Parte General” (Allgemeine Teil)* y de un Sistema; g).- el Sistema “es la totalidad unitaria de las normas jurídicas y de las instituciones que las fundamentan” (Savigny); o “la reducción a unidad de una multiplicidad que viene reconocida en su coherencia lógica” (Puchta).

La **Escuela Histórica Alemana** desarrolló magistralmente estos temas, empezando por el muy apreciado libro del gran jurista de Frankfurt: **FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY** (nacido el 21 de febrero de 1779 y muerto el 25 de octubre de 1865), en su inmortal obra *“Historia del Derecho Romano en la Edad Media”*, cuya primera edición en alemán, se escribió en Heidelberg en 1815, y cuya traducción al italiano por Bollatti, la tenemos a la vista en nuestra Biblioteca de la Facultad de Derecho de San Marcos. La obra de Savigny constituye la resurrección del Derecho Romano Medieval por un espíritu neoclásico; “su actitud espiritual se inspira en el clasicismo y su temperamento repudia todo lo que signifique violencia o exageración.”

Para ampliar estos temas, consúltense estos libros:

- **HELMUT COING:** *“Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte”*, band I, Mittelalter, Verlag C.H. Beck, Munchen, 1973.
- **HELMUT COING:** *“Derecho Privado Europeo”*, 2 volúmenes, Madrid, 1997.
- **MOLITOR-SCHLOSER:** *“Perfiles de la Nueva Historia del Derecho”*, Ariel, Barcelona 1979.
- **FRANZ WIEACKER:** *“Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna”*, Editorial Aguilar, Madrid 1957.
- **PAUL KOSCHAKER:** *“Europa y el Derecho Romano”*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- **ARTHUR ENGELMANN:** *“A history of continental civil procedure”*, Boston, Little Brown and Company, 1927.
- **GERHARD WESENBERG - GUNTHER WESENER:** *“Storia del Diritto Privato in Europa”*, Cedam, S.P.A., Padova, 1999.

Savigny escribió además su *“Historia del Derecho Romano en el Medioevo” “Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter”* (1ª edición: Heildelberg, 1815-1831, 2ª edición en 7 volúmenes (I,III,1834), (IV, VI, 1850), (VII, 1851), reedición anastática por Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1956. Existe una traducción italiana, muy buena, de Emmannuele Bollatti en 3 tomos, Turín, 1854-1857. Hay una reimpresión anastática de esta formidable obra en Roma, Multigráfica Editrice, 1972. La obra de Savigny constituye la resurrección del Derecho Romano Medioeval por un espíritu neo-clásico. “Su actitud espiritual -dice Paul Koschaker en su áureo libro- se inspira



en el clasicismo y su temperamento repudia todo lo que signifique violencia o exageración". El virtuosismo clásico de Savigny ha sido remarcado también por Franz Wieacker en su libro fundamental de Historia del Derecho en el que compara el estilo y el temperamento clásico de Savigny con la música clásica que va de Glück hasta Mozart y con la poesía de Goethe y Schiller y del círculo cultural de Weimar.

El espíritu neoclásico de Savigny al concentrarse en el Derecho Romano con la visual y los métodos de la jurisprudencia elegante han sido relievados también por Carlos Augusto Cannata y Antonio Gámbaro en un bello "capolavoro" de la escuela historiográfica italiana: "Lineamenti di storia della Giurisprudenza Europea. Dal Medio Evo all'epoca contemporanea" quarta edizione, Giapichelli editore, Torino, 1989, página 283.

En suma, érase un "jurista ideal" y un "teórico perfecto" cuya característica principal fue ver a lo grande, como dice Riccardo Orestano en su hermosa "Introduzione allo studio del diritto romano".

En 1840 a 1849 Savigny escribió el "*System des heutigen römischen Rechts*", "Sistema de Derecho Romano Actual" obra de madurez en la cual delinea su Sistema cuya clave esta en la Parte General, que sirvió de inspiración para el libro primero del Código Civil Alemán (B.G.B.). "El System es, dice Norberto Gorostiaga, la obra cumbre de Savigny. En él sintetizó los materiales reunidos y examinados durante cuarenta años de enseñanza, y dió al derecho civil el tono de grandeza que sólo suele encontrarse en las obras que logran mostrar las ciencias en la unidad". ("Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny, Jhering. Resurgimiento del Derecho Alemán", pag. 30, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945).

En 1851 al 53 escribió su "Obligationenrecht", "Derecho de Obligaciones", lamentablemente incompleto y en 1850 su "Vermischte Schriften", colección de estudios.

Órgano dialéctico y fuerza motriz de la escuela Histórica fue la célebre revista que fundara en 1815 Savigny con el nombre de "*Zeitschrift für die Geschitliche Rechtswissenschaft*" en la cual germanistas y romanistas contribuyeron decisivamente al estudio y a la investigación científica. Colaboradores en la dirección de la revista fueron junto a Savigny: C. F. Eichhorn y J. F. L. Göschen. La revista fue la "central atómica" de la inteligencia alemana. Fue el órgano retórico y dialéctico de la escuela histórica. Allí escribirían los más brillantes profesores de la escuela histórica como Gustavo Hugo, que era la figura patriarcal, Cramer, Grimm, Dirksen, Mittermaier, Hoffmann, Niebuhr, quienes nos deleitaron con sus brillantes investigaciones.

Así, el trabajo fundamental de **FEDERICO BLUHME** quien descubrió las reglas de compilación del Digesto mediante el descubrimiento de las famosas masas bluhmianas: "*Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*", fundamental estudio publicado en la gran revista fundada por Savigny en 1915: "*Zeitschrift für die Geschitliche Rechtswissenschaft*", año 1918, 4.

La escuela Histórica contribuyó decisivamente al estudio de las interpolaciones en la que insignes romanistas alemanes e italianos han llevado a sus más altas cumbres este tema fundamental en la ciencia del Derecho Romano. Así: **FRIDOLIN EISELE** (1837-1920) profesor en Basilea y en Friburgo quien escribió: "*Zur diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*", publicado en la *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, año 1886, p. 15 y ss.

Así también **OTTO GRADENWITZ** (1860-1935), profesor en Berlín, en su libro cumbre: *“Interpolationen in den Pandekten”*, Berlín, 1887.

Pero a quien debemos un invaluable aporte es a **OTTO LENEL** (1849-1935), profesor en Leipzig, Kiel, Marburgo, Estrasburgo y Friburgo de Brisgovia, por su grandiosa reconstrucción del Edicto Pretorio llevada a cabo en su fundamental estudio *“Das Ediktum Perpetuum”* (Leipzig 1884), traducción francesa: *“Essai de reconstitution de l’Edit Perpetuel”*, París, 1901, obra que le valió un premio de la academia Bávara y el puesto de catedrático ordinario en la universidad de Kiel, obra en la que Lenel nos descubre un gran número de interpolaciones.

Otra obra fundamental del gran maestro alemán fue su famosa *“Palingenesia iuris civilis”* publicada en dos volúmenes en Leipzig en 1889, obra en la que se recogen sistemáticamente los fragmentos de los jurisconsultos clásicos que se encontraban desperdigados en el Digesto y otras fuentes.

Otro notable maestro de esta escuela y a quien tanto admiramos fue **LOTHAR ALFRED PERNICE** profesor de Derecho Romano en las universidades de Halle y de Berlín. Nació en Halle en 1841 y murió en Berlín en 1901. Gran admirador del jurisconsulto clásico Labeón y de su tiempo. Escribió en 1873 su obra fundamental intitulada: *“Marcus Antistio Labeo. Das Römische Privatrecht in erste Jahrhundert der Kaiserzeit”*. (*“Marcus Antistio Labeon. El Derecho Privado Romano en los primeros años del Principado”*).

Pernice publicó, además, una serie de formidables investigaciones en la revista *“Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte”* de la cual fue codirector. Destaca entre sus estudios su investigación sobre Ulpiano: *“Ulpian als Schriftsteller”*, 1885. (*“Ulpiano como escritor estelar”*).

Otros grandes maestros de la escuela histórica alemana fueron, aparte de los grandes romanistas e interpolacionistas a quienes ya he aludido precedentemente, **HERMANN FITTING** (1831-1919), profesor en Basilea y Halle. Fue un gran medioevalista y procesalista, autor de un notable estudio sobre *“Los orígenes de la escuela de Bolonia”*, 1888; *“Los fundamentos de la Prueba”*, 1888, *“Summa Codicis des Irnerius”*, 1894; *“Questiones de Iuris Subtilitatibus des Irnerius”*, 1894; *“Pepo de Bologna”*, 1902; *“Historia de los orígenes de la Ciencia Jurídica en el Medioevo”*, 1875; etc; **RUDOLPH SOHM** (1841-1917), profesor en Friburgo, Estrasburgo y Leipzig. Fue uno de los más grandes romanistas, cuyas *“Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema”* cuya 17ª edición corregida por Mitteis y por Wenger en la versión castellana de la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, nos sirve de texto para el dictado de mis clases de Derecho Romano en la Universidad de San Marcos. Fue, además, un gran civilista y un gran historiador del Derecho que formó parte de la Segunda Comisión Redactora del Código Civil Alemán. **LUDWIG MITTEIS** (1859-1921). Profesor en Leipzig, su obra principal fue *“Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des spätrömischen Reiches”* –*“Derecho imperial y Derecho popular en las provincias orientales del tardío Imperio Romano”*– publicado en 1891, libro en el cual sostuvo la tesis de que el Derecho Romano Imperial, debió luchar contra el Derecho Popular tal como emergía de las concepciones jurídicas de los pueblos conquistados, dando lugar a una dialectica historico-jurídica cuya síntesis histórica devino en la crisis del Derecho Post-clásico. Por ello, el pensamiento de Mitteis lo convierte, sin disputa, en una de las figuras más relevantes de la escuela histórica y de la ciencia romanista de todos los tiempos. **LEOPOLD WENGER** (1874-1953), profesor en Heidelberg, Múnich y Viena, fue un notable historiador y un gran romanista, actualizó con Mitteis las *“Instituciones”* de Sohm y



escribió una notable obra titulada “*Actio Iudicati*” publicada en 1901, traducida al castellano por Roberto Goldschmidt y publicada por la E.J.E.A, de Buenos Aires en 1954, obra fundamental para la investigación del proceso de ejecución y de la “*lis infitiando crescit in duplum*”.

**ANDREAS HEUSLER** jurista suizo nacido en Basilea el 30 de noviembre de 1834 muerto allí el 2 de noviembre de 1921. Profesor en Basilea, fue un eminente historiador del Derecho, magistrado y autor del Proyecto del Código Civil de 1865 y de la Ordenanza Procesal Civil de 1875, autor de “*El Proceso Civil Suizo*”, publicada póstumamente en Mannheim, 1923. El pensamiento de estos grandes profesores de la escuela histórica constituyen el arquetipo de un Derecho Profesorial o “*Professoren – Recht*” que ha sido desarrollado por Paul Koschaker en las pags. 369 – 353- 354 y passim de su áureo libro “*Europa y el Derecho Romano*”, según su versión castellana publicada en Madrid en 1955. Estos profesores sostenían la opinión de que “*toda la Ciencia del Derecho, no es en realidad otra cosa que Historia del Derecho*”, “*Alle Rechtswissenschaft ist eine Geschichte des Rechts*”, según decía Paul Koschaker en la pag. 379 de su brillante libro. A similares conclusiones nos lleva el pensamiento de otro gran maestro alemán, el profesor **ADOLF WACH** (1843-1926), uno de los tres más grandes procesalistas alemanes, considerado como el sumo maestro de Leipzig, cuando sostiene que “*El derecho es creación histórica; toda dogmática jurídica que trate el derecho por sí solo, independientemente de su historia, no es científica*” <sup>(1)</sup>. Así, visto a través de este profundo hontanar, llegamos a la obra de los discípulos de Savigny entre los cuales hay que mencionar, en primer lugar, a **BETHMANN-HOLLWEG** (1795-1877) quien fue el primero en aplicar los métodos de la escuela histórica al Derecho Procesal Civil en su “*Grundriss zu Vorlesungen, über den Gemeinen Civilprocess*”, “*Bosquejo de un curso sobre el Proceso Civil Común*”, publicado en Berlín en 1821 y, luego, su obra de madurez en seis volúmenes titulada “*El Proceso Civil del Derecho Común en su desenvolvimiento histórico*” publicada entre 1864 y 1874, en la cual se hace un formidable análisis histórico del Proceso Civil Romano, germánico e italiano hasta llegar al siglo XI. La muerte del autor interrumpió la prosecución y finalización de esta magna obra que constituye un clásico en la historia del proceso.

Son históricas también las investigaciones de **Heffter** y **von Bayer** procesalistas de la escuela histórica de los primeros treinta años del siglo XIX, autores de unas “*Institutionen des Römischen und Deutschen Civil Processes*”, Bonn, 1825; cuya segunda edición publicada en Bonn en 1843 lleva el título de “*System des Römischen und Deutschen Processrechts*” y de un “*Vorträge über den Deutschen gemeinen ordentlichen Civilprocess*”, München, 1828 (décima edición 1869), respectivamente. Dentro de esta corriente es fundamental, asimismo, la obra de **Georg Wilhelm Wetzell**: “*System des ordentlichen Processes*”, 1ª edición, Leipzig, 1854.

Por otro lado, el descubrimiento en 1816 del palimpsesto de Verona, tras el cual se escondían las borrosas *INSTITUTAS* de **GAYO**, contribuyó a estimular el interés por los estudios históricos de los cuales son buena prueba los trabajos de **Keller**, de **Rudorf** y de **Bluhme**, de **Eisele**, **Gradenwitz** y **Lenel**, de **Mommsen**, **Kruger** y **Karlowa**, de **Wlassak**, **Sohm**, **Mitteis** y **Wenger** y toda aquella insigne escuela de romanistas de la que ya hemos hablado precedentemente y a quienes la ciencia del proceso debe tanto.

<sup>(1)</sup>.- **ADOLF WACH**: “Manual de Derecho Procesal Civil”, pag. 200, traducción del alemán por Tomás Banzhaf, E.J.E.A., Buenos Aires, 1977.

## LA ESCUELA DE LOS PANDECTISTAS

Surgió como una filial de la escuela histórica y, concretamente, de las doctrinas de Savigny planteadas en su famosa revista, la *Zeitschrift für die Geschitliche Rechtswissenschaft*, en la cual el neologismo “Ciencia Histórica del Derecho” (*Rechtswissenschaft*) denota la característica fundamental de la escuela alemana y de su modo peculiar de entender a la ciencia del derecho: “*Rechtswissenschaft*”. Los profesores de esta escuela tomaron como fuente de inspiración a las Pandectas de Justiniano, que son del siglo V pero, interpretadas a la luz de las exigencias sociales, culturales y jurídicas del siglo XIX (“*Usus Modernus Pandectarum*”) con la finalidad de desarrollar una Teoría General del Derecho Civil y una Teoría General del Negocio Jurídico. Ejemplo: las formidables obras de Andreas von Tuhr: “*Teoría General del Derecho Civil Alemón*” o el formidable “*Tratado de Pandectas*” de Windscheid” o la “*Parte General*” de Crome o el “*Error y Acto Jurídico*” de Zitelmann o el “*Sistema e Historia*” de Eugen Hüber, etc.

Así, pues, las venerandas “Pandectas” de Justiniano sirvieron de fuente de inspiración para un nuevo Derecho, el llamado “Derecho de Pandectas” o “*Pandektenrecht*” cuyos expositores se agrupaban en la así llamada “Escuela de los Pandectistas”. Los Pandectistas desarrollaron un método de reflexión eminentemente lógico y deductivo hacia la mitad del siglo XIX conocido con el nombre de la **DOG MÁTICA JURÍDICA**. Literalmente dogmática significa “ciencia de los dogmas”, o sea, “*ciencia de las normas jurídicas*” entendida como dogma, o como una verdad cierta e indiscutible. Dogma significa, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: “*proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia*”; “*fundamento o punto capital de todo sistema, ciencia, doctrina o religión*”.

Uno de los más notables pandectistas -, aunque, años más tarde se volvió uno de sus más acérrimos detractores -, **RUDOLF von JHERING** concibió a la Dogmática como una “*alquimia jurídica*” producto de la interpretación deductiva que resulta de las normas, puesto que toda norma entraña otras muchas más de orden secundaria. Concibió así **RUDOLF von JHERING**<sup>(1)</sup> la dogmática como una Jurisprudencia superior, constructiva y sistemática contraponiéndola a la Jurisprudencia inferior, simplemente expositiva y exegética. Ambas tienen como punto de partida de la construcción dogmática a la norma que es un concepto que es, en esencia, una definición o una generalización.

De tal suerte la Dogmática es una doctrina que, a partir de las definiciones normativas o de los principios entendidos como postulados axiomáticos, desarrolla a través de la alquimia de conceptos mediante deducciones o inducciones generalizadoras un sistema jurídico.

La Dogmática Jurídica fue una creación de los Pandectistas aunque ya antes, desde el Derecho Romano, esta cuestión había sido entrevista en una inmortal sentencia de **PAULUS** consagrada en el **DIGESTO** Libro L, Título XVII, Lex 1ª: “*Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*”.

“*Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay*”.

(1).- Confróntese SAVIGNY: “*Storia del diritto romano nel medio evo*”, vol. 1, pag. 41 y pag. 341, Multigráfico Editrice, Roma, 1972.



Los Glosadores también, trataron esta cuestión apasionante. Así **BULGARO, GIOVANNI BASSIANO** y el eximio **AZON** sentaron este dogma: “*Ubi eadem ratio ibi et eadem iura*” “Donde está la razón, está el derecho” <sup>(2)</sup>.

La Dogmática Jurídica ha sido, pues, una doctrina objeto de reflexión en Roma, en Bolonia, en la Pandectística, en Jhering y, en general, en todos los juristas que han reflexionado sobre la interpretación y sus clases. Ultimamente **NIKLAS LUHMANN** ha investigado la función de la Dogmática dentro del sistema jurídico en su ensayo “*Sistema jurídico y Dogmática Jurídica*”, a lo que ha respondido **JOACHIM HRUSCHKA**, profesor de Erlangen en su conferencia de Hamburgo “*¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*”.

La cuestión planteada es que “*la dogmática es una ciencia como las demás. Lo cual significa, en especial, que la dogmática jurídico-penal como tal ciencia, no se halla limitada a fronteras de Estados. Su objeto no son los preceptos de un Código penal concreto, sino las estructuras que están –o, por lo menos, deberían estar – en la base de dichos preceptos. De tal objeto se vienen ocupando, no sólo los penalistas del presente y del pasado reciente, sino sobre todo también conocidos autores más antiguos como ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO, PUFENDORF, KANT, por mencionar sólo a algunos de los que han escrito sobre Filosofía práctica. La gran obra de CHRISTIAN WOLFF se titula “Philosophia Practica Universalis” y aborda el objeto de la dogmática penal, exactamente igual que los actuales manuales de Derecho Penal.... Los grandes autores del pasado formulan propuestas en parte muy detalladas para la solución de problemas que hasta hoy nos ocupan*”<sup>(3)</sup>.

De allí la importancia de historiografiar estos antecedentes. Vayamos, pues, a los maestros de la “*Rechtswissenschaft*”.

Entre los grandes pandectistas debemos evocar a :

**GEORG FRIEDRICH PUCHTA**, nacido en 1798 y muerto en su cátedra de Berlín en 1846, a los cuarenta y ocho años. Insigne jurista y profesor; es autor de un “*Lehrbuch der Pandekten*”, 1838; “*Das Gewohnheitsrecht*”, 2 vols., 1828-1837.

**KARL ADOLF VON VANGEROW**, nació en Marburgo el 5 de junio de 1808 y murió en Heidelberg el 11 de octubre de 1870, profesor en Heidelberg, autor de unas famosas lecciones sobre las Pandectas compendiadas en su “*Grundriss zu den Pandekten*” en 3 vols., 1838-1846, reeditadas en 1876.

**ALOYS BRINZ**, nació en 1820 en Baviera y falleció en 1877. Profesor en Tubingen y en Munich en donde escribió su obra fundamental intitulada “*Tratado de Pandectas*” (“*Lehrbuch der Pandekten*”).

**BERNHARD WINDSCHEID**, nació en Dusseldorf el 20 de junio de 1817 y murió en Leipzig el 26 de octubre de 1892. Profesor en Bonn, en Basilea, en Greifswald, en Munich, en Heidelberg y en Leipzig fue acaso el más notable de todos los profesores Pandectistas llamado “el príncipe de los Pandectistas” y el “*praeceptor Germaniae in jure civile*”. Escribió en 1850: “*La Teoría de las Presunciones en el Derecho Romano*” (“*Die Lehre des römische Rechts von der Voraussetzung*”): En 1856 escribió un estudio fundamental sobre la acción que, desgraciadamente,

<sup>(3)</sup>- **JOACHIM HRUSCHKA**: “¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?”, Prólogo a la edición Argentina, pag. 1, Editorial Mediterránea, Córdoba-Argentina, 2000.

los procesalistas ni lo leen o lo citan de segunda mano: “La “actio” del Derecho Civil Romano, desde el punto de vista del Derecho Actual” traducido al castellano por Tomás Banzhaf y editado por la editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1974, estudio éste, al que algunos profesores sue- len remontar el inicio de la ciencia procesal y en el cual distingue entre la “pretensión” que se dirige contra el obligado para conminarlo al cumplimiento de su débito u obligación y la tutela jurisdiccional del derecho subjetivo. El Código Procesal Civil Peruano de 1993, por lo visto, ignora totalmente esta fundamental distinción de Windscheid y emplea equívocamente el vocablo “pretensión”. Hay que corregir este grave error del Código Peruano.

El libro fundamental de Windscheid fue su “Tratado de Pandectas” (“Lehrbuch der Pandektenrechts”) cuya primera edición se publicó el 3 de setiembre de 1862 y cuya octava y novena edición estuvieron a cargo de Theodor Kipp en 1900 y 1906. Su traducción al italiano fue realizada por los profesores Fadda y Bensa con el nombre de “Diritto delle Pandette” y editada por la U.T.E.T. (Unione Tipografico- Editrice Torinese), Torino, 1930. En castellano esta obra ha sido impropriamente traducida con el nombre de “Tratado de Derecho Civil Alemán”, Bogotá, 1987. (“Traduttore e Traditore”). El Tratado de Windscheid constituye el comentario anticipado del gran Código Civil Alemán y, desde su primera edición, se erigió como un “book of authority”, según el decir de Paul Koschaker. (Véase la “Europa y el Derecho Romano” del gran historiador de Klagenfurt, traducida al castellano por la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955).

**GOTTLIEB PLANCK**, nació en Gottingen el 24 de junio de 1824 y murió allí mismo el 20 de mayo de 1910. Fue un gran magistrado pero su fama está ligada a su aporte al gran Código Civil Alemán en el cual intervino como redactor importantísimo en la primera, segunda y tercera comisión siendo ponente del libro IV: Derecho de Familia. Fue el alma en los debates de la redacción del Código Civil, relator general de la segunda comisión y ha sido llamado por Enneccerus “el padre del Código Civil” (léase: “Tratado de Derecho Civil”, por Ludwig Enneccerus / Theodor Kipp y Martín Wolf, tomo I Pág. 81, in fine). Pero su fama de gran jurista no solamente esta ligada al Código Civil, en mérito a lo cual fue nombrado Doctor “honoris causa” en la Universidad de Tübingen y, luego, profesor “honoris causa” en la Universidad de Gottingen. Fue también miembro de la comisión redactora de la Z.P.O., jurista genial, heredaron su gran inteligencia sus hijos, sus nietos y todos sus descendientes, entre los cuales hay que mencionar al genial autor de la teoría de los quanta: Max Planck (1858- 1947) (véase: John Gribbin: “Diccionario del Cosmos”, editorial Grijalbo, Barcelona 1997, véase: constante de Planck; densidad de Planck; era de Planck; longitud de Planck; masa de Planck; partícula de Planck, etc.).

**HEINRICH DERNBURG**, nacido en Maguncia el 3 de marzo de 1829, muerto en Berlín el 25 de noviembre de 1907, profesor en Heidelberg, Zurich, Halle y Berlín, fue uno de los más grandes maestros de la escuela. Escribió “Pandekten”, 3 vols., 1884-1887; “Das burgerliches Rechts des Deutschen Reiches und Preussens”, 4ta. Edición 1908, etc.

**OTTO von WENDT**, nació en Rostock el 27 de Marzo de 1846 y murió en Tübingen el 10 de Agosto de 1911. Fue autor de un formidable estudio sobre “El Negocio Jurídico condicional” (“Das bedingte Rechtsgeschäft”), 1872, y un “Tratado de Pandectas” (“Lehrbuch der Pandekten”), 1888. Fue magistrado, profesor en la Universidad de Jena y Director de la famosa revista “Archiv für die zivilistische Praxis” en la cual publicó un estudio fundamental sobre la Prueba: “Beweis und Beweismittel”, año LXIII (1880), pag. 263 y ss. (Prueba y medios de prueba).



**FERDINAND REGELSBERGER**, nació en Gunzenhausen el 10 de setiembre de 1831 y murió en Gottingen el 28 de febrero de 1911, profesor en Zurich, en Giessen, Wurzburg y Gottingen autor de un libro de Pandectas, Parte General, 1893.

**ERNST ZITELMANN**, nació en Stettin el 7 de agosto de 1852 y murió en Bonn el 28 de noviembre de 1923. Profesor en Rostock, Halle y Bonn. Es autor de una obra fundamental: "Luc-ken im Rechts", 1903 ("Las Lagunas del Derecho"), traducida al castellano en el libro "La Ciencia del Derecho" por Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, pag. 289-322, editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1949. Ejerció una gran influencia en el Código Civil Alemán (B.G.B.) en la parte referida al negocio jurídico a través de una obra fundamental intitulada: "Irrtum und Rechtsgeschäft" "(Error y Acto Jurídico)", 1879; escribió también: "Das Recht des B.G.B., Allgemeiner Teil", 1900 (Derecho Civil. Parte General); "Internationales Privatrechts", 1897-1912, etc.

**WILHELM ENDEMANN**, fue el gran civilista, comercialista y procesalista de la escuela. Fue así mismo un gran magistrado. Nació en Marburgo el 24 de abril de 1825 y murió en Kassel el 13 de junio de 1899. Profesor en Jena y Bonn y consejero de la Corte Suprema de Turingia, entre sus obras de Derecho Procesal debe destacarse su "Das Problem der Rechtskraft" ("El Problema de la cosa juzgada"), 1860; "Die beweislehre des Zivilprozess" ("La teoría de la prueba en el proceso civil") 1860; "Das deutsche Zivilprozessrechts", 3 vols., 1878-1879 (El proceso civil Alemán); "Lehrbuch der Deutschen Handelsrechts" ("Tratado de Derecho Comercial"), 1865; "Studien in der romanistisch kanonistischen Wirtschafts und Rechtslehre" ("Estudios de Derecho Romano, Canónico, Económico y de Teoría del Derecho"), 2 vols., 1874. A Endemann debemos la célebre definición del Negocio Jurídico entendido como: "Manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar y/o a extinguir derechos y obligaciones".

**ANDREAS VON TUHR**, uno de los más grandes civilistas de la escuela. Nació en San Petersburgo el 14 de febrero de 1874 y murió en Zurich el 16 de diciembre de 1925. Profesor en Heidelberg, en Estrasburgo y finalmente en Zurich. Su obra fundamental se intitula "Teoría General del Derecho Civil Alemán", traducción castellana por Tito Ravá y prólogo del gran comercialista, maestro Tullio Ascarelli, 6 vols., editorial Depalma, Buenos Aires, 1946. Hay una recientísima edición publicada en Madrid, 1999.

**EUGEN HÜBER**. Fue el genial autor del gran Código Civil Suizo o ZGB o Zivil Gezetsbuch que sirvió de fuente de Inspiración al Código Civil Peruano de 1936 y al Código Civil Turco de 1924. Nació en Zürich el 13 de Julio de 1849 y murió en Berna el 23 de Abril de 1923. Profesor de Historia del Derecho y de Derecho Civil Suizo en las Universidades de Zürich y de Berna y, luego, en Basilea. Escribió un libro formidable "Sistema e Historia del Derecho Civil Suizo" en cuatro tomos, (1886-1893), cuyo impacto fue decisivo, no solo para la docencia en la que era un brillante profesor sino, para ser propuesto, en 1893, como redactor del Código Civil Suizo que sirvió de modelo a la codificación de otros países, como sucedió en el Perú, a propuesta del doctor Manuel Augusto Olaechea, desde la segunda sesión de la Comisión Redactora. El Código Civil Suizo fue promulgado el 10 de Diciembre de 1907; y encuentra en el "Sistema e Historia del Derecho Civil Suizo" de Eugen Hüber su anticipado comentario. Otros grandes comentaristas del Código Civil Suizo fueron: Rossel & Mentha: (Manuel de Droit Civil Suisse. 1909); Schneider & Fick (Das Schweizerische Obligationenrecht", 2ª edición, 1896); Eugène Curti-Forrer (Commentaire du Code Civil Suisse. 1912), etc.

El **B.G.B.**- No obstante la prohibición de Savigny de formular una codificación, atendiendo a que la época no poseía aún la madurez necesaria para la redacción de un Código, tesis programática planteada en su libro de 1814: “De la vocación de nuestro siglo para la codificación y la ciencia del Derecho”, obra de espiritualidad histórica y de confrontación frente a la obra del profesor de la Universidad de Heidelberg **THIBAUT** (Anton Friedrich Justus Thibaut, 1774-1840), quien postulaba la tesis de un Código General para Alemania – y, obviamente la derogatoria del Código Civil Federiciano -, los éxitos legislativos logrados mediante la unificación del Derecho Cambiario a través de la **Ordenanza Cambiaria de 1848**, elaborada por los grandes comercialistas de la época (**Einert, Liebe y Thöl**), permitieron la posibilidad de redactar un Código Civil. La propuesta se llevó a cabo por los Diputados **Johannes Miquel** y **Eduard Lasker** a través de una ley de 1873 que facultaba la codificación. Es así como el 22 de Junio de 1874 el Bundesrat (Consejo Federal) instituyó una Primera Comisión para preparar el Proyecto de un Código Civil la misma que estaba integrada por von Pape, Presidente del Alto Tribunal de Comercio Imperial, el profesor Windscheid; el brillante jurista y luego profesor en Göttingen **Gottlieb Planck**, von Kübel a quien se le encargó la ponencia del Derecho de las Obligaciones pero, su prematura muerte, determinó que su obra recién empezada, fuera completada con el **Proyecto de Dresde** elaborado por una Comisión desde 1866 más los aportes de **Gustav von Mandry**, Magistrado de la Corte Suprema de Württemberg y profesor en Tübingen; **Geibhard** a quien se le encargó la redacción de la Parte General; **Johow** quien redactaría el Libro III dedicado a los Derechos Reales y **von Schmitt** quien se encargaría del Libro V dedicado al Derecho de Sucesiones.

El primer proyecto elaborado por la Comisión que antecede fué duramente criticado por el profesor **OTTO VON GIERKE** (1841-1921) en su libro de 1888 intitulado “*El proyecto de Código Civil y el Derecho Alemán*” en el cual reprochaba el carácter abstracto y metafísico del primer proyecto y esta crítica fue acentuada por **ANTON MENGER** (1841-1906), profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Viena y militante de la Social-Democracia quien acusó al proyecto de ser “*el Código del buen burgués*” y de haber olvidado las necesidades socio-económicas del Proletariado para atender a las exigencias de la burguesía. Así lo sostuvo en su libro “*El Derecho Civil y el proletariado alemán*”, 1889.

Fue necesaria una segunda Comisión para reelaborar el primer proyecto y en esta labor tuvo un papel decisivo el **ponente general Gottlieb Planck** quien ya en la primera Comisión **había redactado el libro IV dedicado al Derecho de Familia**, incorporándose asimismo a esta Comisión el profesor Rudolph Sohm, brillante romanista, cuyas “*Instituciones de Derecho Romano*” aún constituyen un texto fundamental para la enseñanza de este curso; Ludwig Ennecerus, genial civilista, cuyo “*Tratado de Derecho Civil*” es fuente primordial para nuestras reflexiones y consultas y cuyo tomo I dedicado a la Parte General es sencillamente la evocación de sus recuerdos como Relator de la Segunda Comisión.

Empero, fue necesaria la convocatoria a una Tercera Comisión para afinar el Proyecto y, por fin, el **14 de Julio de 1896 el Proyecto fue aprobado por el Bundesrat promulgándose el Código el 24 de Agosto de 1896 por el Kaiser para que entre en vigencia el 1º de Enero de 1900.**

El Código Civil Alemán ejerció una profunda influencia sobre el Código Civil Japonés, sobre el Proyecto de Código Civil Chino de 1925-26, sobre el Código Civil de Siam y, sobre todo, sobre el Código Civil Suizo de 1907, sobre el Código Civil Brasileño de 1916, sobre el Código Civil Griego de 1922 y, a través del Código Suizo, en el Código Civil Peruano de 1936.



La estructura del B.G.B. es la siguiente: **Libro I: Parte General**, en la que la Sección Tercera dedicada al Negocio Jurídico constituye la parte más brillante de esta codificación por su envidiable valor formativo, toda una obra maestra y modelo en el Derecho Civil Comparado; **Libro II: Derecho de las Relaciones Obligatorias**; **Libro III: Derecho de Cosas**; **Libro IV: Derecho de Familia**; **Libro V: Derecho de Sucesiones**.

#### 4).-PARALELO ENTRE LA RECHTSWISSENSCHAFT Y LA SCIENCE DU DROIT CIVIL, ENTRE EL B.G.B. Y EL CODE NAPOLEÓN.

Sentadas en las páginas que anteceden las características de la escuela alemana o escuela de la *Rechtswissenschaft* y la escuela francesa o de la *Science du Droit Civil* y de sus respectivos Códigos, emerge como conclusión una reflexión filosófica que se inspira en el alma y en el genio de uno y otro pueblo y de sus respectivas escuelas.

Así, pues, como en un contrapunto, las dos grandes escuelas y los dos grandes códigos tienen su estilo y su carácter que responden a la genialidad distintiva de esos dos grandes pueblos. El Código Francés es como el alma apolínea, en tanto que el Código alemán es como el alma fáustica; y esta paráfrasis se inspira, definitivamente en la historiología de Spengler, a la que me remito.

Entre los dos, el Z.G.B., o Código Civil suizo, filtra el rigorismo abstracto de la “*Begriffjurisprudenz*”, en cuyas rigurosas canteras se había templado y forjado el pensamiento pandectístico de Eugen Hüber, autor del Código suizo, para licuar los abstraccionismos “*more geometricus*” del B.G.B., a la luz del luminoso Código francés.

El Código suizo, de inspiración pandectística, tiene, pues, los destellos de claridad y de sistema que, a su vez, motivaron la decisión adoptada por la comisión redactora del Código Civil Peruano de 1936, de inspirarse en su sistema: Título Preliminar, Personas, Familia, Sucesiones, Derechos Reales y Derecho de las Obligaciones.

Con ello, el Derecho Civil peruano cuya codificación en el siglo XIX se había inspirado en el Código Civil francés y en todo lo que ello significa, dió un paso adelante, al adoptar el sistema del Código Suizo y, su ideología, que no era otra que la de los Pandectistas alemanes del siglo XIX.



CAPÍTULO XCVI

CRÍTICA DE LOS PANDECTISTAS  
ALEMANES





## CAPÍTULO XCVI

### CRÍTICA DE LOS PANDECTISTAS ALEMANES

#### a) LA ESCUELA DE LA INTERESSEN-JURISPRUDENZ O ESCUELA DE TUBINGA: PHILLIPP HECK, MAX RÜMELIN, MÜLLER-ERZBACH, HEINRICH STOLL

El Positivismo es un producto del siglo XIX y se ha caracterizado por su tendencia antimetafísica, antifilosófica y antijusnaturalista.

El Positivismo Jurídico hace de la ley el centro de su reflexión y por ello ha sostenido siempre que el sistema legal es un todo cerrado en el que no cabe ni la interpretación supralegal ni, mucho menos, la interpretación contra legem. Ejemplo típico de esta manera de pensar el Derecho lo ha sido en Francia la Escuela francesa de la Exégesis con sus grandes maestros y representantes, como lo han sido Bugnet, Durantón, Demolombe, Mourlon, Baudry-Lacantinerie, etc. También son positivistas la Escuela de los Normativistas y los teóricos de la Allgemeine Rechtslehre como Bergbohm, Bierling, Binding, Merkel, Somló y Kelsen, entre otros. Pero también fueron positivistas los pandectistas alemanes como Windscheid, Dernburg, Crome, Brinz, Wächter, etc.

**RUDOLPH VON JHERING** (1818-1892), profesor en la universidad de Tubinga fue también, en sus comienzos, un líder a ultranza de los pandectistas, hasta que advirtió que sus doctrinas eran excesivamente conceptualistas o racionalistas y, criticando esta posición con el nombre de *Begriff-Jurisprudenz* o “Jurisprudencia de conceptos” llegó a trascenderla y superarla asumiendo un nuevo rol caracterizado con el nombre de *Interessen-Jurisprudenz* o “Jurisprudencia de intereses”, doctrina que se caracteriza porque los contenidos del Derecho deben estar orientados hacia los fines o resultados.



Tal es la tesis enarbolada en su libro *El fin en el Derecho* (*Der Zweck im Recht*), obra en la cual su tesis programática se resume en las siguientes palabras: “El fin es el creador de todo el Derecho”, tesis que ya la había asumido Jhering en otra de sus grandes obras: *El espíritu del Derecho Romano* (*Geist des römischen Rechts*), obra en la cual había declarado, en abierta disensión contra el conceptualismo de los pandectistas, que: “aquel culto de la Lógica que pensaba en hacer de la Jurisprudencia una matemática del Derecho es un error y reposa en un desconocimiento fundamental de la naturaleza del Derecho”.

La concepción finalística de Jhering sería asumida más tarde en Alemania por la concepción teleológica del Derecho de **LEOPOLD ZIMMERL**<sup>(1)</sup> y **ERICH SCHWINGE**<sup>(2)</sup> y, más recientemente, en Italia, con las doctrinas de Renato Treves,<sup>(3)</sup> Giuseppe Bettiol,<sup>(4)</sup> Giacomo Delitala<sup>(5)</sup> y Pietro Nuvulone.<sup>(6)</sup>

El finalismo ha triunfado desde la década de los cincuenta, en Alemania, con los grandes planteamientos de **HANS WELZEL**,<sup>(7)</sup> **REINHART MAURACH**, **WERNER NIESE**, **GÜNTHER STRATENWERTH** y **ARMIN KAUFMANN**.

- <sup>(1)</sup>- **LEOPOLD ZIMMERL**: *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*, Berlín, 1931 (Método de investigación de lege ferenda en el Derecho Penal); *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937 (Esencia y concreción de las formas de pensamiento en el Derecho Penal) y *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1938. (Irracionalismo y pensamiento totalitario en la ciencia alemana del Derecho).
- <sup>(2)</sup>- **ERICH SCHWINGE**: *Der methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930 (La lucha de escuelas en la actual Ciencia del Derecho); y *Teologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930 (La formación finalística de conceptos en el Derecho Penal).
- <sup>(3)</sup>- **RENATO TREVES**: *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, Roma, 1937.
- <sup>(4)</sup>- **GIUSEPPE BETTIOL**: "Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale", en la revista *Jus*, enero-marzo de 1930, fascículo I. **GIUSEPPE BETTIOL**: *Derecho Penal. Parte General*, p. 41 y ss., especialmente, 45, 46, 47, 48 y passim; concretamente, p. 50, 55, 56, 57 y passim, editorial Temis, Bogotá, 1965.
- <sup>(5)</sup>- **GIACOMO DELITALA**: *Il fatto nella Teoria Generale del Reato*; Padua, 1930; "Analogia im bonam partem" (En los Scritti im memoria di Edoardo Massari), Nápoles, 1930; *La crisi del Diritto nella società contemporanea*, Padua, 1933.
- <sup>(6)</sup>- **PIETRO NUVOLONE**: "Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del Diritto Penale" en la *Rivista italiana di Diritto Penale*, 1940. **PIETRO NUVOLONE**: "I fini e mezzi nella scienza del diritto penale", en la misma revista citada, 1940. **PIETRO NUVOLONE**: *I limiti taciti della norma penale* Palermo, 1947. **PIETRO NUVOLONE**: *Il sistema del Diritto Penale*, 2ª ed., p. 6, especialmente p. 4 y ss., CEDAM, Padua, 1962.
- <sup>(7)</sup>- **HANS WELZEL**: *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 12 y ss., especialmente p. 15. Fundamental es la tesis sostenida en la p. 19: "El juez tiene que considerar junto al texto también el fin y el sentido de la ley, para cuya investigación tienen importancia la historia del establecimiento de la ley y la conexión de los preceptos entre sí y con otras disposiciones existentes".
- <sup>(8)</sup>- **REINHART MAURACH**: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, p. 192 y ss.; muy especialmente p. 200, 207, 208; "La teoría final de la acción, en su esencia y manifestaciones, constituye el primordial objeto de la polémica que ocupa a la actual ciencia del Derecho Penal". Sígase leyendo hasta la p. 210. Editorial Ariel, Barcelona, 1962. **REINHART MAURACH** y **HEINZ ZIPF**: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1964, p. 235; "La teoría final de la acción, fundada por Welzel y continuada especialmente por Busch, Niese, Stratenwerth y Armin Kaufmann, encuentra su origen en la filosofía de Honigwald y Nicolai Hartmann. Según ello la acción —siempre una conducta humana, en oposición al acontecer causal objetivo y también a la reacción instintiva animal— consiste en la dirección del acontecer real, mediante la incorporación de componentes propios de determinación hacia lo deseado, hacia la meta (en detalle léase a Ulrich Klug en el Libro-Homenaje a Emge, p. 36). La acción es actividad humana final. Del mismo modo, el finalismo de Welzel: la finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. La finalidad y la causalidad se diferencian esencialmente por el intercambio de los momentos lógico-temporales de relación; la segunda es el producto de una cadena causal determinada en forma objetiva, cuyas conexiones requieren una explicación posterior objetiva; la finalidad, que conoce o cree conocer las leyes de la causalidad en base a la experiencia, valora estos conocimientos anticipadamente, "supradeterminando el nexo causal" y toma aquellos medios que permitirán dirigir el acontecer causal hacia el fin perseguido: "la causalidad es ciega, la finalidad vidente, un actuar dirigido desde la meta" (Welzel, *Lehrbuch* p. 80 y Engisch, *Welzel-Festschrift*, p. 153). Hasta aquí la teoría de Welzel no se diferencia de las modernas teorías causales de la acción, las que, según lo expuesto, admitían que la estructura ontológica (prejurídica) de la acción presupone la existencia de una voluntad determinada en cierto sentido. Empero la diferencia del finalismo welzeniano con respecto del grupo de las teorías causales, se manifiesta al extraer las consecuencias que deben deducirse para el Derecho Penal, es decir, al incorporar el concepto final de acción al tipo y su conexión con el resultado típico. Las concepciones se apartan —ya con toda claridad— ante la bifurcación de caminos que representa el delito culposo".- Sígase leyendo a Maurach-Zipf: *ob. cit.*, p. 236, par. 41.- Añaden los autores citados que: "Las consecuencias prácticas de la teoría final de la acción con respecto a la dogmática anterior son revolucionarias. Dentro de la estructura del delito no existe ningún campo que no sufra alteraciones fundamentales a causa de este desplazamiento estructural. No obstante, en este lugar será suficiente un breve resumen. El dolo, en cuanto elemento subjetivo del tipo, pasa a un dolo natural. En la teoría de la antijuridicidad se impone en general la significación de los elementos subjetivos de justificación. La culpabilidad del delito doloso pierde el carácter dualista que tenía hasta entonces y pasa a ser un juicio de valor puro. La conciencia potencial de la ilicitud encuentra su lugar dentro de la culpabilidad. La teoría del error es objeto de un nuevo orden y la accesoriedad de la participación recibe una base sólida. Al mismo tiempo, los hechos punibles de los inimputables adquieren una configuración más firme. La teoría de la unidad y pluralidad de hechos obtiene una delimitación más clara. Aún se encuentra pendiente la disputa acerca de los efectos de la teoría final sobre los delitos de omisión".



# CAPÍTULO XCVII

LA ESCUELA DE TUBINGA O  
DE LA  
INTERESSEN-JURISPRUDENZ





## CAPÍTULO XCVII

### LA ESCUELA DE TUBINGA O DE LA INTERESSEN-JURISPRUDENZ

**RUDOLPH VON JHERING (1818-1892)** no solamente es el precursor del finalismo sino que también lo es de la Escuela de la *Interessenjurisprudenz*, desenvuelta por sus discípulos que profesaban como docentes en la Universidad de Tubinga. Su crítica de la *Begriffjurisprudenz* o Jurisprudencia de conceptos, imputable a la Escuela de los Pandectistas, se consagra en una obra ingeniosa de ironía y humor cáustico titulada *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (*Jurisprudencia en broma y en serio*, 1884), algunos de cuyos párrafos citamos a continuación: “Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó mi espíritu al abandonar el cuerpo... el ángel que lo recibe le dice: ‘como tú eres un romanista, vas destinado a los cielos de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante su existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la Jurisprudencia por los servicios que les han prestado a los conceptos en la Tierra; aquí ellos que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que más buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el Derecho Civil, la construcción de la *hereditas jacens*, o de la obligación correal, los derechos sobre derechos, la naturaleza de la posesión, la diferencia entre precario y comodato, la prenda en cosas propias, y cualesquiera otros problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la Tierra, están aquí resueltos’.

‘Este es el cielo en el cual tú, como teórico, vas a ahora a participar.

‘-¿De modo que es solo para teóricos? ¿Dónde van, pues, los prácticos?

‘-Tienen su Más Allá especial, pero pertenece todavía al Sistema Solar. El Sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos; allí domina aún una vida como la de la Tierra: En una palabra, el práctico encuentra allá todas las limitaciones de la existencia terrena...”.

La crítica demoledora del conceptualismo jurídico planteada por Jhering engendró, de un lado, a la Jurisprudencia de intereses o Escuela de Tubinga, y, de otro lado, a la Escuela del Derecho Libre o Escuela del *Frei-Recht*.

Los principales representantes de la Escuela de la Jurisprudencia de intereses o Escuela de Tubinga han sido los profesores Philipp Heck, Paul Örtmann, Max Rümelin y Rudolph Müller-Ezrbach.

El profesor **PHILIPP HECK**, el más destacado representante de la Escuela, sostiene que su doctrina es fundamentalmente “una meditación sobre la esencia de la función judicial”. Por ello se trata de establecer cuáles son los principios que los jueces deben seguir para dictar sus sentencias.

Así, para el profesor **MAX RÜMELIN**, el juez debe guiarse “más que por las palabras del legislador, por las motivaciones que inspiraron a este. Las palabras y los conceptos empleados por el legislador son tan solo medios para llevar a cumplimiento los resultados que emanan de aquellos juicios de valor o estimaciones”. “Las sentencias deben ser el resultado de una valoración de los verdaderos intereses en juego (*Interessen-Jurisprudenz*) y no en base a los conceptos y prejuicios dogmáticos y abstractos (*Begriff-Jurisprudenz*)”.

Añade **MAX RÜMELIN** “que ahora bien, hay casos en que surgen nuevos conflictos de intereses, que no fueron previstos por el legislador, ni en términos particulares, ni siquiera tampoco de un modo general. Cuando esto ocurre, el juez debe basarse sobre su propia estimación, aunque para ello deba tomar como norma siempre que eso sea posible, las pautas de las convicciones sociales vigentes en su época. De hecho, los jueces en Alemania, antes y después de la promulgación del Código Civil, se han referido en sus sentencias a las ideas de ‘lo razonable’, lo ‘justo’, ‘la conformidad con la naturaleza de las cosas’, y ‘la buena fe’. Con estas expresiones, en realidad apuntaban a las necesidades de la vida práctica en cada momento histórico, estimadas desde el punto de vista de la justicia” (léase a **MAX RÜMELIN**: *Die Gerechtigkeit* (La justicia, 1920); *Die Billigkeit im Recht* (La equidad en el Derecho, 1921); *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein* (Sentimiento del Derecho y conocimiento del Derecho, 1925); *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre* (Transformaciones en la ciencia y en la teoría, 1930).

**PHILIPP HECK**, profesor en la Universidad de Tubinga, ha sostenido en su libro *El problema de la creación del Derecho*, que este tema: “se encuentra en el centro de la metodología jurídica porque el Derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial”. “Una ley de la que todo el mundo supiera que los tribunales no la aplican perdería toda su importancia para la vida. La ciencia del Derecho válido aspira a preparar la actividad del juez investigando los principios generales y normológicos del juicio”. “La antigua Jurisprudencia había limitado al juez a la subsunción y aplicación de normas legales y le había negado toda atribución para complementar la ley.

“El método de la jurisprudencia de conceptos o *Begriff-Jurisprudenz*, propia de la Escuela de los Pandectistas, no puede justificarse por consideraciones racionales. Su génesis debe explicarse históricamente. El origen de este método suele cargarse en la cuenta de la Escuela Histórica y, concretamente, en su filial: la Escuela de los Pandectistas”.

“Hoy puede considerarse ya opinión predominante la de que la ley no contiene solo delegaciones al juez, sino también numerosas lagunas involuntarias en las que el juez debe complementar la norma deficiente según puntos de vista prácticos, es decir, teleológicos, creando así en esa medida, la norma jurídica misma”.

“Pero el pensamiento legislativo es necesariamente insuficiente, porque la mejor ley presenta lagunas y contradicciones que exigen una actividad complementaria, y esta complementación de las lagunas se realiza por la estimación judicial. De gran importancia fue que el Código Civil suizo reconocía, en su artículo primero, la atribución del juez para complementar la ley, resolviendo como si el juez fuere el legislador del caso concreto”.

“La doctrina del Derecho Libre, cuya expresión se debe al profesor austríaco Eugen Ehrlich, quien acuñó esta frase para nombrar las decisiones no dirigidas por la ley. Los autores posteriores han transferido el concepto, y la denominación ‘método del Derecho Libre’ ha sido entonces aplicada a la Jurisprudencia teleológica, de antigüedad considerablemente mayor. En



interés de la claridad es, pues, recomendable conservar la significación originaria, única que corresponde al sentido de la palabra. En este sentido, pues, el movimiento del Derecho Libre se caracteriza por la tendencia a desplazar la tradicional influencia de la ley de *lege ferenda* o de *lege lata* a favor de la estimación judicial, ya de un modo general, ya bajo ciertas condiciones. Esta tendencia se manifiesta ya claramente en la investigación de Ehrlich, que constituye el punto de partida del movimiento. Ehrlich parte de la concepción básica de que el caso particular se decide del mejor modo cuando el juez, libre de la atadura de preceptos generales, lo aprecia exclusivamente en sus características. A esta originaria forma de jurisprudencia reserva Ehrlich el nombre de “creación libre del Derecho”.

(**PHILIPP HECK**: “El problema de la creación del Derecho”. Condensado en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales*. Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Año I, N° 2, julio de 1965, p. 113 y ss.).

Otro de los grandes maestros de la Escuela de Tubinga fue el profesor **RUDOLPH MÜLLER-EZRBACH**. Su libro fundamental se titula: *Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenleben* (*La ciencia del Derecho en reforma. Su desarrollo en la determinación de los elementos que la integran*, Hueber, München, 1950).

El libro en referencia constituye una sana reacción contra la dogmática de la *Begriff-Jurisprudenz*. La vida jurídica no es solamente una construcción sistemática de conceptos, cuanto el equilibrio o tutela de los intereses en razón de lo cual la tarea fundamental del juez consiste en evitar que los intereses individuales y sociales sean privados de tutela solo porque no han sido tipificados o previstos de antemano por una norma jurídica. He aquí el gran problema de las lagunas del Derecho, y es que la normas jamás podrán prever toda la infinita gama de acontecimientos vitales *fattispecie*. El ordenamiento jurídico no es un orden cerrado en el que no hay lagunas. Estas se dan debido a las imprevisiones del legislador o a las posibles situaciones que la expansión analógica de las normas puedan producir, causando siempre nuevos intereses que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico.

“La *Interessen-jurisprudenz* constituye por ello un método de interpretación del Derecho consistente en el equilibrio de los intereses y de los mismos principios jurídicos frente a otros principios más o menos apriorísticos y que surgen de la misma experiencia jurídica. Si se piensa que el Derecho surge del fondo del sustrato social, de las necesidades de la vida, de la falta de regulaciones directas y de las deficiencias legislativas, los casos no regulados por las normas y que afloran de la conciencia social no pueden dejar de ser disciplinados sino haciendo un cabal equilibrio de intereses y de principios generales del Derecho. Esta exigencia constituye un verdadero y propio ordenamiento jurídico, que es también un orden de sistematización conceptual. Pero esta sistematización conceptual es solamente la parte exterior del problema: Se trata de conceptos que se derivan de la experiencia y que deben ser inducidos, no deducidos, de otros principios más generales del Derecho. Esto no quiere decir que la *Interessen-Jurisprudenz* excluya de cualquier modo una posible elaboración conceptual de sistemas. Los intereses que constituyen el contenido vivo del Derecho tienen siempre, en todo caso, necesidad de sistematizarse y ordenarse en conceptos y de fijarse en esquemas conceptuales a fijar por la Jurisprudencia”.







# CAPÍTULO XCVIII

**EL FREIRECHT (DERECHO LIBRE)  
O FREIRECHTSSCHULE  
(ESCUELA DEL DERECHO LIBRE)  
O FREIRECHTSBEWEGUNG  
(MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE)  
O FREIRECHTSLEHRE  
(TEORÍA DEL DERECHO LIBRE)**



## CAPÍTULO XCVIII

# EL FREIRECHT (DERECHO LIBRE) O FREIRECHTSSCHULE (ESCUELA DEL DERECHO LIBRE) O FREIRECHTSBEWEGUNG (MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE) O FREIRECHTSLEHRE (TEORÍA DEL DERECHO LIBRE)

El gran precursor de esta doctrina fue el Juez **PAUL MAGNAUD**, llamado le bon Juge, por sus brillantes resoluciones lapidarias de la metodología exegética y del mero fetichismo legal. Véase: Henry Leyret, *Las sentencias del buen Juez Magnaud* (1976). Cfr. J. A. Silva Vallejo: “La Teoría Pluridimensional del Derecho”, en el libro *Homenaje a Max Arias Schreiber Pezet* (2005, p. 204 y ss.). Empero, dichas sentencias estaban constreñidas a tratar en sus considerandos el caso *sub judice*.

El gran exponente de esta Escuela en Francia ha sido **FRANÇOIS GENY**. Nacido en 1861 y muerto en 1938, escribió una obra decisiva: *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo* (París, 1899), obra en la cual sostuvo que el Derecho es una ciencia interpretativa y que el juez resuelve a la luz de los diversos métodos de interpretación.

Confróntese:

- **Luis Recaséns Siches**: *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, t. I (1963, p. 26 y ss.);
- **Luis Recaséns Siches**: *Tratado general de Filosofía del Derecho* (1978, p. 26, 28, 633 in fine, 634);
- **Luis Recaséns Siches**: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho* (1973, p. 45-48);
- **Luis Recaséns Siches**: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa, y lógica razonable* (1971, p. 413-414);
- **Rafael Hernández Marín**: *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea* (1986, p. 227 y ss.);
- **Francesco Olgiati**: *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del Diritto* (1950, p. 289-290);
- **Ramón Badenes Gasset**: *Metodología del Derecho* (1959, p. 262 y ss.);
- **Karl Larenz**: *Metodología de la ciencia del Derecho* (1980, p. 75, nota 40; p. 78, nota 44);
- **Luigi Lombardi**: *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale* (1975, p. 210 y ss.).

En Francia, los otros grandes representantes de esta Escuela han sido: **MORNET**: *Du rôle des Droits de la jurisprudence en matière civile* (París, 1904); **GASTON MORIN**: *La révolte des faits contre le Code* (París, 1920); **JEAN CRUET**: *La vie du Droit et l'impuissance des lois* (París, 1914).

En Alemania, la Escuela recibe el nombre de *Freirecht* (Derecho Libre), *Freirechtsschule* (Escuela del Derecho Libre), *Freirechtsbewegung* (Movimiento del Derecho Libre) o *Freirechtslehre* (Teoría del Derecho Libre). Y ha tenido entre sus grandes representantes, como precursor a **OSCAR VON BÜLOW**, quien en su discurso rectoral de 1885, titulado “Gesetz und Richteramt” (“La ley y el juez”), sostenía que: “Toda sentencia judicial no es solo la aplicación



de una norma jurídica, sino fundamentalmente, una tarea de **creación jurisprudencial del Derecho**” (Cfr. Karl Larenz: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 1233. ed. cit.; vid. en el tomo II, de este libro, retro, pag. 1232 a 1238; cfr.; además, Hans Reichel: “*La ley y la sentencia*”, p. 30-31, editorial Reus, Madrid, 1921.

**EUGEN EHRLICH** nació el 14 de septiembre de 1862 en Czernowitz, la actual Ucrania, y murió en Viena el 2 de mayo de 1922. Profesor de Derecho Romano, es considerado uno de los fundadores de la Escuela del Derecho Libre, en mérito a una gran conferencia pronunciada en Viena el 4 de marzo de 1903, que se recoge en el opúsculo titulado *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (*Libre investigación jurídica y libre ciencia del Derecho*).

El tema lo ha profundizado el maestro Ehrlich, en otra obra fundamental titulada *Grundlegung des Soziologie des Rechts* (*Fundamentos de Sociología del Derecho*, 1903; reimpresso en 1929 y 1967), obra en la cual desarrolla su concepción sociológica del Derecho, según la cual “la verdadera teoría científica del Derecho ha de investigarse en el campo de la Sociología, puesto que el Derecho es un fenómeno social”. “Por ello, ha de exigirse al juez fundamentar sus sentencias a la luz de los hechos sociales”.

El otro gran libro de Ehrlich se intitula “*Die Juristische Logik*”, 1919, obra en la cual critica duramente la dogmática de los pandectistas y su jurisprudencia de conceptos. En realidad, ya desde 1888, Ehrlich había adelantado su opinión en un estudio intitulado “*Über Lücken im Recht*” (“Acerca de las lagunas en el Derecho”) publicado en el *Semanario Jurídico* (*Juristische Blätter*, 1888, p. 447 y ss.), en el que sometió a una crítica implacable el dogma de la ley sin lagunas u omisiones, sosteniendo *que toda ley tiene lagunas; que la supuesta integración lógica de la ley es una fantasía; por lo tanto, compete al juez llenar las lagunas por medio de una libre investigación del Derecho a través de una ciencia libre del Derecho; que no procede de la voluntad del legislador, sino de una actividad judicial creadora o creación jurisprudencial del Derecho, en la que el juez es el gran protagonista; pero, para ello, se requiere del juez una gran cultura sociológica, económica y mercantilista.*

Véase Eugen Ehrlich: “*Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*”, Marcial Pons, Madrid, 2005.

**ALBRECHT MENDELSSOHN-BARTHOLDY**, hijo del célebre músico y compositor, nació en Karlsruhe el 25 de octubre de 1874 y murió en Oxford el 26 de noviembre de 1936. Procesalista, comparatista e internacionalista, discípulo de Adolph Wach, fue profesor en Leipzig, Würzburg, Hamburgo y Oxford a donde emigró a raíz de la persecución antisemita desencadenada por el Tercer Reich. Escribió dos libros fundamentales, que aquí en nuestro curso yo subrayo: *Grenzen der Rechtskraft* (Límites de la cosa juzgada, 1900) y *Das Imperium des Richters* (*El imperio de los jueces*, 1906), título bastante evocativo y significativo que supone que **los jueces no solo crean jurisprudencialmente el Derecho sino que también son los arquitectos del bienestar social, moral, político y jurídico de una nación**, lo que está en el centro medular de nuestra propia reflexión jurídica. Es nuestra tesis.

**HERMANN KANTOROWICZ**, nacido en Poznan el 18 de noviembre de 1877, muerto en la Universidad de Cambridge (Inglaterra), cuando dictaba una de sus brillantes clases, el 12 de Febrero de 1940. Profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Friburgo de Baviera y, luego, en la Universidad de Kiel; expulsado de su cátedra al advenimiento del nazismo, se refugió en Inglaterra, en las universidades de Cambridge y de Oxford, en

donde dictó el curso de Historia General del Derecho. Producto de sus clases y de sus investigaciones en Inglaterra fue su libro *Studies in the Glossators of the Roman Law* (1938; reeditado en 1969). Como filósofo del Derecho fue el líder del *Freirecht*, escribiendo bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius su fundamental obra de 1906, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, en la que **atribuye al intérprete, sobre todo al juez, una función creatriz en la aplicación del Derecho**. Este estudio de Kantorowicz está traducido al castellano bajo el título de “La lucha por la ciencia del Derecho”, editado en el libro conjunto de Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz: “La ciencia del Derecho”, editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1949, p. 325 y ss. Pero, además, debe considerarse a Kantorowicz como un **precursor de la Teoría Tridimensional del Derecho** por su estudio de 1925, intitulado: “Ciencia del Derecho y Sociología”.

**ERNST FUCHS (1859-1929)** es otro de los grandes representantes del *Freirecht*. Acaso el más fogoso adversario del “Derecho muerto” o Derecho legislativo y de aquella escuela de la *Begriff-jurisprudenz*, que era su “vestal devota”, como ha dicho Francesco Olgiati en la p. 295 de su libro *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del Diritto* (1950). Sostiene Fuchs que el juez ha de tener en cuenta en su sentencia los intereses reales en pugna y los fenómenos sociales y económicos que integran el supuesto de las normas jurídicas. Escribió *Schreibjustiz und Richterkönigtum* (*Justicia indolente y reinado del juez*, 1907), en el que sostiene que hay que formar y educar personalidades judiciales libres y rectas, *reyes judiciales* según el modelo inglés y del pretor romano, quienes se inspiraban en sus fallos a la luz de la equity y de la aequitas; concepto este que había sido ya planteado por Mendelssohn-Bartholdy en su libro *Das Imperium des Richters* (*El imperio de los jueces*, 1906). Otros libros de **ERNST FUCHS** son: *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* (*Derecho y verdad en la justicia actual*, 1908), *Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, (*La sociologización de la Jurisprudencia constructiva*, 1908), *Juristischer Kulturkampf* (*La lucha cultural por el Derecho*, 1912), *Was will die Freirechtsschule?* (*¿Qué quiere la Escuela del Derecho Libre?*, 1929), “*Die Zukunft der Rechtswissenschaft*” (*El futuro de la ciencia del Derecho*), 1933.



Otros grandes representantes de esta escuela han sido **STAMPE, STERNBERG, MAX RUMPF, MAX RÜMELIN, el JUEZ RISS, LORENZ BRÜTT, KARL GEORG WÜRZEL**, etc.



Léase:

- **Luigi Lombardi:** “*Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*”, Dott. A. Giuffré, editore, Milano, 1975, cap. III: Il Giusliberismo, pp. 201-370;
- **Theodor Sternberg:** “*Introducción a la ciencia del Derecho*”, segunda edición, editorial Labor S.A., Barcelona, 1940, p. 150 y ss., especialmente 158 y passim;
- **Aníbal Ísmodes Cairo:** “*Sociología jurídica*”, p. 147 a 153, editorial San Marcos, Lima, 1998;
- **Jean Carbonnier:** “*Sociología jurídica*”, p. 72-73, editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1977;
- **Eduardo J. Couture:** “*La justicia inglesa*”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, pp. 145 a 175, Ediar, editores, Buenos Aires, 1948;
- **Eduardo J. Couture:** “*H. F. Stone y la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos*”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, pp. 179 a 187, Ediar, S.A. editores, Buenos Aires, 1948;
- **Piero Calamandrei:** “*Justicia y política: sentencia y sentimiento*”, en el volumen “*Proceso y democracia*”, p. 57 y ss., Ejea, Buenos Aires, 1960;
- **José Rodríguez Urraca:** “*Autoridad del juez y principio dispositivo*”, Universidad de Carabobo, Valencia, 1968;
- **W. Friedmann:** “*El Derecho en una sociedad en transformación*”, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1966;
- **Rafael Hernández Marín:** “*Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*”, p. 231-237, editorial Tecnos, Madrid, 1986;
- **Luis Recaséns Siches:** “*Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*”, p. 45-57, editorial Porrúa, México, 1973;
- **Luis Recaséns Siches:** “*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*”, p. 415-416, y passim, Fondo de Cultura Económica UNAM, México, 1971;
- **Hans Reichel:** “*La ley y la sentencia*”, nueva edición Reus, S.A., Madrid, 2003, especialmente, léase la p. 32 y ss., 51 y ss., 89 y ss., 119, 127, 129, 131 y “*Conclusiones*” en la p. 145-146;
- **Arthur Kauffmann:** “*Hermenéutica y Derecho*”, edición a cargo de Andrés Ollero y José Antonio Santos, editorial Comares, Granada, 2007;
- **José Antonio Silva Vallejo:** “*Historia General del Derecho*”, pp. 419 y ss., Universidad Alas Peruanas, Lima, 2005;
- **Ramón Badenes Gasset:** “*Metodología del Derecho*”, editorial Bosch, Barcelona, 1959;
- **Francesco Olgiatei:** “*Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del Diritto*”, pp. 283 y ss., Società editrice Vita e pensiero, Milano, 1950;
- **Karl Larenz:** “*Metodología de la ciencia del Derecho*”, p. 70-81, p. 81-85 y passim, ediciones Ariel, Barcelona, 1980;
- **Antonio Hernández Gil:** “*Metodología del Derecho*”, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.



# CAPÍTULO XCIX

## LA INTUICIÓN SENTIMENTAL DEL DERECHO





## CAPÍTULO XCIX

### LA INTUICIÓN SENTIMENTAL DEL DERECHO

Al tratar sobre este tema menciono a **HERMANN ISAY**, quien nació en 1873 en Tréveris y murió el 21 de marzo de 1938 en Berlín, tras ser Profesor Adjunto de Derecho Civil, Derecho de Patentes y Derecho de Marcas en la Universidad Técnica de Berlín, pero que, lamentablemente fue cesado en 1933 por su origen judío.

En 1929, **HERMANN ISAY** escribió un libro titulado *Rechtsnorm und Entscheidung*, en el cual sostuvo la tesis del irracionalismo en la creación jurisprudencial del Derecho. En el análisis de la sentencia, Isay distingue entre la decisión (*das Entscheidung*) y la norma. La primera es el resultado de una intuición de la justicia y la captación de los intereses sociales e individuales en juego, que son el resultado de la influencia de factores “irracionales”. Se trata de una “facultad espiritual irracional” intuitiva que se da por medio de un *Akt der Phantasie*, de una *Wertfühlen*, de un sentimiento de valor que se sustrae al dominio de la lógica.

*Sui generis* es la posición de **HERMANN ISAY** quien también debería estar incluido dentro de los representantes del *Frei-Recht*, si no fuera porque sus fuentes de inspiración están dadas por el pensamiento de Max Scheler, Henri Bergson y Heinrich Maier.

Max Scheler lo inspiró en cuanto a la captación por vía emocional de los valores. Bergson, a su vez, lo inspiró en cuanto al instinto y la intuición. Como es sabido, el gran maestro francés sostenía en *L'évolution créatrice* (1907) que la intuición es el verdadero órgano de la Filosofía, ya que la vida en su constante fluir y devenir no puede ser captada por el intelecto, que todo lo congela y estratifica. De allí la necesidad de recurrir a una forma superior del espíritu, que es la intuición, la única que puede captar la vida con toda espontaneidad y libertad. De **HEINRICH MAIER** (1867-1933), quien fuera profesor de Filosofía en Zurich, Tubinga, Göttingen, Heidelberg y Berlín, extrajo la tesis de que junto al pensamiento cognoscitivo existe un pensamiento emocional, tesis planteada en su obra *Psychologie der emotionalen Denkens* (Tubinga, 1908); pero además de la psicología del pensar emocional, el pensar afectivo estaba referido a lo estético y a lo religioso y el pensar volitivo era inherente a la ética y al Derecho, de donde resultaba que las decisiones del querer se insertaban en la Axiología.

De estas recepciones del pensar emocional, Hermann Isay extrajo su tesis central de que el Derecho no está constituido por un conjunto de normas, sino, fundamentalmente, por un conjunto de decisiones. La norma y la decisión se oponen como lo abstracto y lo concreto, lo racional y lo irracional, lo estático y lo dinámico, lo permanente y lo cambiante; en una palabra, como lo vital y lo antivital. Es así como **ISAY**, analizando el trabajo del juez, disocia la decisión (*Entscheidung*), que el juez debe tomar por intuición de la justicia y la utilidad, por consiguiente, bajo la influencia de factores “irracionales”, y la norma jurídica, elemento impersonal y estático al cual el juez se refiere en seguida como a un instrumento de coordinación.

**LUDWIG BENDIX** fue el otro gran representante de este movimiento a través de notables estudios en los que se plantea la dimensión de lo intuitivo y la fuerza de lo irracional en las decisiones de los jueces.

Aludo a su obra fundamental intitulada *“Die irrationalen Kräfte der zivilrichterlichen und der strafrichterlichen Urteilsfähigkeit”*, publicada en 1927-1928 (*“La fuerza de lo irracional en las decisiones judiciales civiles y penales”*), reeditada en 1968 en el volumen intitulado *“Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften”*, (*“Sobre la psicología de la sentencia en la actividad judicial y otros escritos”*) Luchterhand Verlag, Soziologische Texte, Band 43, Neuwied und Berlin, 1968.

El pensamiento jurídico de **LUDWIG BENDIX** se fundamenta en la doctrina de que la decisión judicial parte de elementos alógicos y que la motivación de las sentencias se inspira en la creación irracional del Derecho, *“die irrationale Rechtsschöpfung zu verstecken”*.

El pensamiento de Bendix está reflejado en el ensayo que ha dado lugar al título de sus escritos: (*“Sobre la psicología de la sentencia en la actividad judicial y otros escritos”*), en el cual examina la naturaleza de la decisión formulada por el Juez, en el que labora una amplia tipología de las causas que influyen en la justicia o injusticia de la sentencia. Tales causas son de carácter funcional o de naturaleza cultural, cuando dependen de la formación personal del Juez, o de naturaleza más estrictamente psicológica e irracional cuando se refieren a las reacciones individuales del Juez frente al caso sub-judice, pero también es preciso tener en cuenta las causas de naturaleza político-social, que influyen en la aplicación de la norma. Todos estos elementos constituyen una teoría de la naturaleza extrajurídica de la sentencia a la que Bendix ha dedicado este interesantísimo libro de reflexiones que convergen en lo que yo llamo la Teoría Pluridimensional del Derecho.

El pensamiento de Bendix se ha reflejado también en otras dos obras notables intituladas *“Recht und Wirtschaft”*, 1918 (*“Derecho y Economía”*) y *“Die Justiz”*, 1925-26 (*“La Justicia”*).



CAPÍTULO C

LA ESCUELA DE KIEL





## CAPÍTULO C

### LA ESCUELA DE KIEL

**LA ESCUELA DE KIEL** o **KIELER RICHTUNG** consagró estas doctrinas, subrayando: a).- el principio de la negación de la racionalidad del Derecho; b).- el anhelo hacia sistemas jurídicos con un trasfondo emotivo, construidos sobre la base del sentimiento, por medio de una intuición o visión instintiva o de una íntima propensión emocional hacia el objeto o de una especie de simpatía intelectual; c).- mediante una aspiración programática a una idea total, unitaria, conjunta, completa y concreta del fenómeno jurídico. La Escuela de Kiel repetía estas palabras continuamente: *Irrationalismus*, *Ganzheitsbetrachtung* —visión del todo— o bien, método o modo totalitario de consideración —*ganzheitliche Betrachtungsweise*—, y con ello planteaba su aspiración a penetrar en la vida o en las esencias vitales, en las *wesenhafte Lebenswirklichkeit*. Estamos aquí frente a una nueva concepción de la juridicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad, que tuvo entre sus más notables representantes a **SCHAFFSTEIN**, a **WILHELM GALLAS** y a **GEORG DAHM**.

**FRIEDRICH SCHAFFSTEIN**, Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Kiel, nació en Göttingen el 28 de julio de 1905 y murió el 8 de noviembre del 2001, también en Göttingen. Escribió las siguientes obras: *Politische Strafrechtswissenschaft* (Berlín, 1934); “*revalerte im Strafrecht*”, en la revista *Deutsche Recht* (1934, p. 349 y ss.); *Das Verbrechen als Pflichtverletzung* (1935); “*Rechtswidrigkeit und Schuld in Aufbau des neuen Strafrechtssystems*”, en la revista *Zeitschrift für die gesamt Strafrechtswissenschaft* (vol. 57, 1937); *Festschrift für R. Schmidt* (1936) y en el *Festschrift für Graf Gleispach* (1936).

**GEORG DAHM** nació en Altona el 10 de enero de 1904 y murió el 30 de julio de 1963 en Kiel. Fue Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Kiel, siendo uno de los representantes de su ideología o *kieler Richtung*. Luego, pasó a las Universidades de Leipzig, Strasburgo, Pakistán, y, finalmente, regresó a Kiel, donde murió. Escribió: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (*Fundamentos de la nueva ciencia del Derecho Penal*, Berlín, 1935); *Verbrechen und Tatbestand* (*Delito y Tipicidad*); “*Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*” (“*La lucha de escuelas en la moderna ciencia del Derecho Penal*”) publicado en la revista *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft* (1937); *Der Tätertyp im Strafrecht* (*El tipo de autor en el Derecho Penal*, Leipzig, 1940).

Las doctrinas del profesor Dahm se contraen a sostener que la vida no debe ser desvalorizada por las abstracciones lógicas que no la penetran ni la comprenden en su intrínseca naturaleza, sino la miran desde afuera, y estando afuera, la dividen y separan lo que está esencialmente unido, inmovilizando lo que está en devenir perenne. El contraste inconciliable entre los conceptos (*Begriff*) y la vida (*Leben*) se concretan mediante el choque entre el racionalismo y el irracionalismo. Este último aspira a una comprensión total de las cosas, lo que no es posible sino mediante una *Wesenschau*, o sea mediante una “consideración intuitiva de las esencias”.

Estamos frente a una indiscutible interpretación fenomenológica del Derecho Penal desentrevuelta bajo la inspiración de Hüsserl y Max Scheler. Según Dahm, el Derecho no es lo que dice la ley, sino una *Wesenschau*, es decir una “consideración intuitiva de las esencias. El Derecho no consiste en la colección fría de las fórmulas sino lo que fluye de una *wesenhafte Betrachtungsweise*. Esto es lo que sostuvo el profesor Dahm en su discurso de 1935 titulado “*Gemeinschaft und Strafrecht*” (“Comunidad y Derecho Penal”).

En su estudio de 1940, *Der Tätertyp im Strafrecht* (*El tipo de autor en el Derecho Penal*), Dahm plantea cuál sea la esencia o *wesen* del homicida, del ladrón, del defraudador, etc., argumentando esta esencia no sobre el tipo abstracto de la acción o del comportamiento, sino sobre el diverso tipo de autor (*Tätertyp*), cuyo tipo normativo aún está en la sombra de la tipicidad legal y que solo de la perfecta individualización del tipo puede ser plenamente entendida y valorada.

La *Wesenschau* mira según este nuevo Derecho Penal al contenido real de la vida según el método fenomenológico pleno de vitalidad e intuición que nos lleva a una consideración unitaria, a una aprehensión de los valores en juego, a una *Ganzheitsbetrachtung* que se contrapone a las divisiones y subdivisiones del formalismo; a una *Trennung und Aufspaltungsdenken* del abstraccionismo jurídico.

El vitalismo de Dahm está condicionado y caracterizado por su nexo esencial con el todo. Su existencia fluye de su función en el Universo. Una nueva concepción del delito y de toda la sistemática del Derecho Penal, una nueva consideración de los delitos especiales y una nueva interpretación es la que resulta de este punto de vista; he aquí que para Dahm esta es la nueva tarea del Derecho Penal, que no debe partir de la concepción analítica, sino de una visión intuitiva y sintética. Irracionalismo, intuicionismo, visión global y unitaria del delito que se coligan entre sí en una única aversión a la elaboración racional, con la única preocupación de contemplar al Derecho tal como es. El Derecho es concreción, no es abstracción; es vida, no es concepto; es ordenamiento concreto y exige del jurista de los nuevos tiempos un *konkretes Ordnungsdenken*.<sup>(1)</sup>

**WILHELM GALLAS** nació en San Petersburgo, Rusia, el 22 de julio de 1903 y murió el 5 de noviembre de 1989 en Heidelberg. Fue profesor en la Universidad de Tübingen, de la cual pasó a la Universidad de Heidelberg. Fue codirector desde 1934 de la famosa revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Extracto, a continuación, algunos párrafos de su clásica obra *La teoría del delito en su momento actual* (1959): “Las polémicas que acompañaron al sistema clásico de Liszt y Beling se desarrollaron en dos fases: la primera, caracterizada por un criterio teleológico y referido a valores que tuvo su decisivo arranque en la moderna escuela del Derecho Penal y en la Filosofía de los valores del sudoeste alemán —por lo que afecta al método—. Dicho criterio se sitúa en contraposición al ‘formalismo’, así como al naturalismo de la revalerte teoría del delito”.

“La segunda fase de la moderna discusión en torno a la construcción del concepto de delito se caracteriza por un desplazamiento de la atención sobre el aspecto ético-personal de la infracción penal. Desde un punto de vista filosófico, enlaza esta dirección con el pensamiento de Hegel, la Fenomenología y las modernas tendencias ontológicas y antropológicas”.

<sup>(1)</sup>- Para todo lo que antecede con respecto al pensamiento de DAHM hemos seguido la brillante exposición de Monseñor FRANCESCO OLGATI, profesor en la Universidad del Sacro Cuore de Milan: *Il Concetto di giuridicità nella scienza moderna del Diritto*, 3ª ed., p. 400-405, Società editrice “Vita e Pensiero”, Milán, 1990.

“Esta impronta ética encuentra su expresión sistemática que funde en un todo el injusto y la culpabilidad, y en el intento de articular la infracción a base, no ya de los atributos de la acción, sino del tipo de acto y del de autor. El punto esencial de la discusión se ha desplazado en el sentido de proceder a la configuración de un concepto personal de acción; su conclusión está constituida, de momento, por el sistema de la ‘teoría de la acción final’ de Welzel”.<sup>(2)</sup>

---

<sup>(2)</sup>- WILHELM GALLAS: La teoría del delito en su momento actual, traducido por Juan Córdoba Roda, p. 3-10, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.







CAPÍTULO CI

CRÍTICA DE LA ESCUELA DE KIEL



## CAPÍTULO CI

### CRÍTICA DE LA ESCUELA DE KIEL

Acerca de las corrientes del irracionalismo en el terreno del Derecho Penal en Italia, es preciso confrontar el pensamiento de **GIUSSEPPE BETTIOL**, profesor en Padua, nacido en 1907, en sus obras “Sui recentí orientamenti metodologici nello studio del diritto penale”, en *Jus* (1940, N° 1) y su conocidísimo *Derecho Penal* (1965), en el que nos dice en la p. 47, nota 29, que “Los representantes más notables de esta dirección han sido **DAHM** y **SCHAFFSTEIN**”.

Después de pasar revista al irracionalismo contemporáneo y la ciencia del Derecho Penal en la p. 47 y *passim* de su obra citada y de revisar las expansiones en el Derecho Penal de la Fenomenología de Hüsserl, para quien el conocimiento es el fruto de una intuición de las esencias, el maestro de Padua toma posición frente a los penalistas de la Escuela de Kiel, como Dahm y Schaffstein, sosteniendo que “es evidente que tales concepciones no pueden aceptarse, tanto por motivos especulativos, como prácticos” ... “Dice bien Olgiatti que ‘es preciso no confundir como lo hace el irracionalismo, la unidad de las intuiciones generales de un juez con la condena del conceptualismo’” ... “Si bien es cierto que la intuición puede conducir al descubrimiento de ciertas verdades—**PASCAL** hablaba de una lógica del corazón, diversa de la del intelecto—, no lo es menos que esta verdad debe cubrirse de vestiduras conceptuales para entrar en el reino científico. El dato psicológico debe someterse a un proceso de racionalización y de logicización. Los propios partidarios de la jurisprudencia de los intereses, que también emplean un método de investigación —como lo afirma **BOBBIO**—, combaten una particular *forma mentis* que dirige la formación de los conceptos. Sin conceptos toda ciencia resulta imposible”.

“Obsérvese, además, que en el terreno práctico de la aplicación jurídica, la doctrina de la intuición lleva a las mayores confusiones, a la negación directa de esa característica del Derecho que proviene de la ‘certeza’ y que posibilita, sobre la base de las *regulae juris*, la calificación jurídica de la actividad humana. Si todo esto se torna imposible, hablar de Derecho no es más que una burla. De nada sirve aludir a los reclamos de la conciencia jurídica del pueblo, porque con ello nos sumergimos en una atmósfera incierta y nebulosa de la cual no surge ninguna forma precisa. Más que crear normas de valoración jurídica, esa conciencia requiere reglas precisas que le inspiren sentido y valor. No es una existencia sentimental la que determina la aparición de una norma jurídica, sino racional, o si se prefiere, una voluntad que se adecua a los dictados de la razón”. “Entre una concepción que ve el Derecho desde el punto de vista de la *ratio* y otra que lo considera desde el ángulo de la *voluntas*, puede afirmarse que el Derecho es voluntad —en cuanto lo ordena un legislador—, pero es voluntad razonable, en el sentido de que debe armonizar con las exigencias fundamentales de la razón, y respetar los requisitos de ordenamiento lógico, para resultar claro, preciso y seguro”.

“Aun en Alemania, donde el irracionalismo fue particularmente apoyado por un oscuro sentimentalismo mítico-racial, hubo quien supo reivindicar las exigencias y las necesidades imperiosas de la razón, señalando que aquella tendencia, en el terreno de la ciencia jurídica, había conducido a un proceso verdaderamente caótico. Y no puede afirmarse que eso sea



preferible a un estado de hipertensión logico-formalista, porque el formalismo indica, por lo menos, los límites dentro de los cuales puede obtenerse un panorama sustancial de los problemas jurídicos”.<sup>(1)</sup>

En el pensamiento jurídico español cito a **JIMENEZ DE ASÚA**: “La Escuela de Kiel —representada por Dahm y Schaffstein— desearía que el Derecho Penal se desembarazase de todas las ideas aplicadas hasta hoy, predominando tan solo la noción del ‘sano sentimiento del pueblo’ y ‘la consideración de la esencia’. En cambio, la Escuela de Marburgo —representada por Leopoldo Zimmerl y Erich Schwinge— estima que en el Derecho punitivo ‘el elemento racional’ debe conservar el primer puesto. Zimmerl afirma que el proyecto oficial de reforma penal elaborado por el régimen nacionalsocialista, incide en el error de reemplazar por ‘sentimientos’ los razonamientos prácticos. Así pierde la ley todo carácter sistemático y se llena de contradicciones”.<sup>(2)</sup>

El maestro **JUAN DEL ROSAL**, Profesor, Decano de la Facultad de Derecho y Vice-Rector de la Universidad de Valladolid, en un libro sumamente interesante titulado *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, ha escrito: “La nueva dirección aspira por todos los medios a su alcance a instalar una distinta metódica del Derecho Penal, haciendo especial objeto de trabajo el concepto del delito. Si hasta ahora la noción del delito tomaba como punto de partida la acción, viniendo los demás caracteres en forma de atributos o predicados de aquel sustantivo —la acción—; actualmente, esta contemplación fragmentada y analítica del delito se quiere sustituir por una visión unitaria y personal. ¿Qué quiere decirnos esta última actitud metódica? Nada más ni nada menos que un cambio radical de frente, no ya sobre el delito, sino de las bases fundamentales de la Metodología Penal... La dogmática que muere allá por el año 1934 nos expuso el delito escindido en caracteres o elementos, cada uno de los cuales con su naturaleza propia. En unos autores, no guardaron relación alguna estos elementos; en otros, mantuvieron cierta relación; y en los menos, se quiso ver una relación íntima... Esta consideración formal y lógico-abstracta tiene el dato de su nacimiento en el medio naturalístico de finales de siglo. Y habría de chocar seriamente con los nuevos postulados. La preocupación de los penalistas por el moderno giro filosófico hubo de plantear la problemática del delito en su existencia real y concreta; en una palabra, en donde radica su esencia, lo que es constitutivamente la acción delictiva... Ya no interesa una explicación formal de corte técnico-jurídico, pues el penalista, hastiado de tanto tecnicismo, quiere zambullirse en la categoría viviente, representada por el delito. El hecho penal, visto al trasluz de su esencia, es bifronte. De un lado, es una conducta activa u omisiva realizada por una persona humana; de otro lado, este comportamiento dirige su ataque a valores o bienes jurídicos, esto es, existe un contenido material por oposición al aspecto formal, resaltado en demasía por la anterior dogmática... Luego si el delito es acción de una persona, ¿cómo pudo la generación anterior segmentarlo hasta el extremo de desaparecer la persona y no dar idea del ‘contenido’ del mismo? Apoyándose en estos dos extremos, de la persona y de su contenido material, los penalistas modernos gestaron una concepción penalista, unitaria y material del delito, sustitutiva de la legada por **BELING** y otros contemporáneos. Pero entiéndase bien que no es la persona el objeto del contenido de la indagación penal, sino el bien jurídico. Y ahora, como fruto sazonado por estos últimos años, se hablará de una dogmática penal teleológica concreta y de contenido, por oposición a la anterior dogmática formal, abstracta y positivo-legal... ¿En qué términos se traduce esta nueva noción del delito? Sencillamente en los siguientes: es personalista por-

(1).- **GIUSEPPE BETTIOL**: Derecho Penal. Parte General, p. 40-49, editorial Temis, Bogotá, 1999.

(2).- **LUIS JIMENEZ DE ASÚA**: Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 100-109, editorial Losada, Buenos Aires, 1966.

que alude expresamente en la definición a la persona que ha ejecutado el hecho, dando lugar con ello a que la persona se instale en la teoría jurídica del delito, principalmente en la acción, imputabilidad y culpabilidad. Es unitaria o totalizadora, ya que aprehende el delito en su totalidad de acción y persona, puesto que, en el decir de **WOLF**, será exigible que el autor se considere como ‘autor de un hecho’ y el hecho como ‘hecho de autor’, con lo cual se logra, según piensa este penalista, una síntesis de ‘hecho-autor’, es decir, que la noción del delito será comprensiva de la otra parte, la persona que ha realizado aquella... Y por último, es material porque recarga su acento a través de la teoría jurídica del delito —causas de justificación y en otros problemas— sobre la estructura material de los conceptos. Así, esta tripleta de aspectos ha engendrado la teoría la teoría del ‘tipo de autor’, pues justamente no existe la menor discrepancia en este punto. ‘El concepto de tipo de autor resulta de observar que el hecho delictuoso es el hecho de un determinado autor’ (**GUARNERI**). Así, nada de particular tiene que los que fueron defensores de esta tesis del ‘Derecho Penal de autor’ recalquen una y otra vez que el nacimiento de aquel obedece a ese cambio de acento con que se contempla ahora la noción del delito. **SCHAFFSTEIN** afirma que ‘actualmente la doctrina del tipo normativo de autor continúa en la transformación de la noción del delito de la concepción formal a la concepción material’.

E incluso un tratadista alejado de esta postura, nos da una definición del delito expresiva de los elementos formales y sustanciales en las palabras siguientes: ‘Delito es todo hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, del cual se puede reprochar a su autor’... “Cabría, por tanto, preguntar, a modo de resumen: ¿Qué permanece actualmente de esa concepción moderna? ¿Realmente es posible y conveniente una sustitución del concepto del delito tal como lo propugna el llamado Derecho Penal de autor? Respecto a la primera, puede decirse sin temor a error que, indiscutiblemente, no se trata de una adopción de nuevos términos técnicos, sino que en adelante el sistema del delito habrá de tener en cuenta este desplazamiento de la estimación formal y abstracta por una sintética y concreta. Pero siempre se habrá de recurrir en la exposición de la ‘teoría jurídica del delito’ al método analítico, pues aparte que, como dice **BETTIOL**, la ‘consideración unitaria y sintética del delito se remonta esencialmente al campo de la intuición, de la aprehensión irracional, existen otras razones de conocimiento, de valor dialéctico y pedagógico, que nos obligan —como nosotros hemos hecho— a analizar los conceptos para después resumirlos en una visión sintética de los mismos, sin perder de vista la naturaleza teleológica de los conceptos penales’. Así acierta **BETTIOL** cuando nos dice: ‘Nuestro método debe ser en verdad un método analítico al servicio de una concepción teleológica del Derecho Penal, no de una concepción causal’... Se deduce, por consiguiente, de cuanto acabamos de exponer, que es imposible efectuar una sustitución del concepto del delito en la forma en que este es concebido por el Derecho Penal de autor. Sería, sin más, dar cabida al irracionalismo más abstracto, puesto que a este viene estrechamente ligado, como ha demostrado **SCHWINGE** de modo ejemplar, el método de una estimación totalitaria del Derecho. Y por ende del delito”.<sup>(3)</sup>

Además ha escrito el maestro **JUAN DEL ROSAL** en su *Derecho Penal. Lecciones* que “Frente a la contemplación analítica del delito, en la forma empleada por **Beling**, consistente en que se compone de distintos elementos, los cuales sirven para sostener el edificio de la llamada teoría jurídica, se levanta una corriente de opinión, representada por algunos penalistas alemanes e italianos que repugnan tal procedimiento, entendiendo que el delito es un todo unitario

<sup>(3)</sup>- **JUAN DEL ROSAL**: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, p. 449; 2ª ed. corregida y aumentada, Valladolid, 1966.



e inescindible, ‘un bloque monolítico’, en el decir de Antolisei. El resumen de esta polémica, de un lado Zimmerl y Schwinge, del otro Schaffstein y Dahm, la lleva a feliz término nuestro maestro de Friburgo, Wolf, defendiendo la tesis de que el delito es una ‘síntesis de hecho y autor’. La reacción contra el método analítico se funda en el excesivo logicismo y en cierto modo en las impurezas naturalísticas, que denota la dogmática de Beling y penalistas de entonces. La concepción analítica, decía Antolisei, en 1940, ‘pudiera decirse mecánica o atomística y es radicalmente rechazable, porque el delito es un todo orgánico; es un bloque monolítico, el cual puede presentar diversos aspectos, pero en ningún momento fraccionable. La verdadera esencia y, se podría decir, la realidad del delito, no está en los singulares momentos de él ni en la suma de los mismos, sino en el todo y así en su intrínseca unidad’. Solo contemplando el delito bajo este punto de vista, es posible comprender su verdadero significado. Para obviar estas dificultades se habla de ‘aspectos’ del delito, y no de ‘elementos’, por ejemplo, en Maggiore, y cuyo contraste fue agudamente descrito por Mezger”.<sup>(4)</sup>

Cito a continuación la opinión de un notable “finalista” alemán, el profesor **REINHART MAURACH**, quien nos dice: “La hoy superada concepción ‘integral’ del delito, sostenida por la llamada Escuela de Kiel (desde 1935), se situaba afuera del marco de este debate tan trascendental para la configuración práctica de la administración de justicia penal. Aquella escuela veía en la construcción estratificada solo la manifestación externa de un ‘malsano pensamiento divisorio’, que sería apropiado para enturbiar la visión de lo más esencial, es decir, la personalidad del autor. El escalonamiento ilícito, tipo y culpabilidad, debía ser sustituido por la base esencial del delito, la que tiene como característica principal una lesión de una obligación que recae sobre el autor. La tipicidad del hacer y la limitación del poder total estatal que ella contiene serían un producto del pensamiento jurídico liberal y deberían desaparecer del Derecho Penal. Pero también debía rechazarse la diferenciación entre ilícito y Culpabilidad, ya que su elaboración sería el producto artificial de una nueva abstracción: el enfermo mental que asesina ‘no actúa antijurídicamente’. Los fundamentos de esta teoría se encuentran en numerosos ensayos (Kempermann, op. cit.; Dahm-Schaffstein, *Grundfragen der Neue Rechtswissenschaft*, 1935; Schaffstein, *ZSTW* 57, 295; Dahm, *ZSTW* 57, 225). Ella recibió la protección del oficialismo nacionalsocialista. Si bien nunca fue capaz de entregar la construcción positiva del concepto de delito exigido por ella misma, concepto que debía orientarse hacia los fundamentos del ‘pensamiento del orden concreto’ (Nagler, *Gs* 111, 45, 122; Engisch, en la revista *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1938, 133 y ss., y 144 y ss.; Schwinge-Zimmerl, *Wessenschau und Konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937), al menos dejó entrever muy claramente hacia dónde tenía que apuntar la construcción integral del delito: el nuevo Derecho Penal de autor debería haberse desarrollado a partir de la totalidad formada por el autor y el hecho, a partir de la cual este hecho, liberado de todo valor propio y de toda característica constitutiva vinculante, debía considerarse como una mera expresión de una personalidad caracterológica carente de valor (cfr. Nagler, en la revista *Der Gerichtssaal*, 111, 45). En todo caso, es evidente que la renuncia a la vigencia inmutable de elementos del delito en el Derecho Positivo conlleva, forzosamente, peligros para la justicia y la seguridad jurídica”.<sup>(5)</sup>

<sup>(4)</sup>- JUAN DEL ROSAL: Derecho Penal. Lecciones, 2ª ed. corregida y aumentada, p. 317, 318; Valladolid, 1994.

<sup>(5)</sup>- REINHART MAURACH-HEINZ ZIPF: Derecho Penal. Parte General, vol. 1, p. 226, par. 16, I, 6, traducción de la 7ª edición alemana, editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

“La doctrina actual tiene plena conciencia de la naturaleza del delito en cuanto concepto complejo (Engisch lo llamó acertadamente ‘impreso de cuatro colores’) y sobre la construcción escalonada que resulta de aquel. En todo caso, existen diversos métodos para su construcción. Ellos se diferencian, en primer término, en la cuestión de si es el hecho o el autor lo que constituye la base del sistema (ver n° 10 y ss.); luego, en la pregunta por los elementos materiales del ilícito, por una parte y de la culpabilidad, por la otra”<sup>(6)</sup>

“La teoría final de la acción, fundada por Welzel y continuada especialmente por Busch, Niese, Stratenwerth y Armin Kaufmann, encuentra su origen en la filosofía de Höningwald y N. Hartmann. Según ello la acción —siempre una conducta humana, en oposición al acontecer causal y también a la reacción instintiva del animal— consiste en la dirección hacia lo deseado, hacia la meta. La acción es actividad humana final. El finalismo de Welzel: la finalidad se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad; dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines”.<sup>(7)</sup>

---

<sup>(6)</sup>- Ibid., p. 227.

<sup>(7)</sup>- Ibid., p. 255, par. 16, II.





RODRIGUEZ

DE VEGA **CAPÍTULO CII**

**DERECHO  
PENAL  
ESPAÑOL**

PARTE GENERAL

**LA CONCEPCIÓN TELEOLÓGICA DEL  
DERECHO**



## CAPÍTULO CII

### LA CONCEPCIÓN TELEOLÓGICA DEL DERECHO

El finalismo o concepción teleológica del Derecho se inicia con el pensamiento de **JHERING** en su obra *El fin en el Derecho* en la que, en breves palabras, plantea su programa: “*El fin es el creador de todo el Derecho*”. El tema fué desarrollado por **ERICH SCHWINGE** y por **LEOPOLDO ZIMMERL**.

**ERICH SCHWINGE** nació en Jena el 15 de enero de 1903 y murió en Marburgo el 30 de abril de 1994. Su pensamiento finalístico está consagrado en sus libros *Der methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft* (La lucha de escuelas en la actual ciencia del Derecho, Bonn, 1930); y *Theologische Begriffsbildung im Strafrecht* (La formación finalística de conceptos en el Derecho Penal, Bonn, 1930).

**LEOPOLDO ZIMMERL** fue otro brillante precursor del finalismo en sus libros *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda* (Método de investigación de lege ferenda en el Derecho Penal), así como en *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* (Esencia y concreción de las formas de pensamiento en el Derecho Penal, Bonn, 1937) e *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft* (Irracionalismo y pensamiento totalitario en la ciencia alemana del Derecho, Bonn, 1938). El profesor **LEOPOLDO ZIMMERL** ya había planteado estos temas en su libro de 1930 *Aufbau des Strafrechtssystem* (Estructura del sistema penal).

### EL PENSAMIENTO FINALÍSTICO ES CLAVE PARA LA INTERPRETACIÓN SUPRALEGAL DEL DERECHO Y PARA LA CREACIÓN DE LEGE FERENDA

El desarrollo de este tema lo ha formulado brillantemente **FRANCESCO OLGIATI** en la p. 432 y ss. de su ya citado libro *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del Diritto*. Léase, además, al profesor **GIUSEPPE BETTIOL** en su estudio “*Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del Diritto Penale*” en la revista *Jus* (ene.-mar. de 1940); además, en su *Derecho Penal Parte General* (p. 41 y ss., especialmente 45, 46, 47, 48 y *passim*; concretamente, p. 50, 55, 56, 57 y *passim*).

**GIACOMO DELITALA**: *Il fatto nella teoria generale del reato* (Padua 1930); “*Analogía im bonam partem*” (En los *Scritti in memoria di Edoardo Massari*, Nápoles, 1938); *La crisi del Diritto nella società contemporanea* (Padua, 1953). **PIETRO NUVULONE**: “*Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*” en la *Rivista Italiana di Diritto Penale* (1949); “*I fini e mezzi nella scienza del Diritto Penale*”, en la misma revista citada (1948); *I limiti taciti della norma penale* (Palermo, 1947). **PIETRO NUVULONE**: *Il sistema del diritto penale* (1982, p. 6, especialmente p. 8 y ss.). La tendencia finalística también ha impactado en el pensamiento jurídico español. Así, cabe mencionar las notas que insertara el doctor **JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ**



**MUÑOZ**, profesor principal de Derecho Penal en la Universidad de Valencia, al Tratado de Derecho Penal, t. I (1946) del maestro **EDMUNDO MEZGER**, profesor en Munich.

En el año 1953, el mismo profesor José Arturo Rodríguez Muñoz dedicó a la Teoría Finalista su discurso de inauguración del curso académico en la Universidad de Valencia bajo el título de: “La doctrina de la acción finalista” (Lección inaugural del curso, 1953-1954, Valencia, 1953).

**JUAN DEL ROSAL**, Vicerrector, Decano y Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid, en su libro *Derecho Penal, Lecciones* (2ª ed., 1954, p. 25-29), ha desarrollado el finalismo en el Derecho Penal a partir del pensamiento de Rudolph von Jhering pero, sobre todo, a la luz del pensamiento de von Liszt (p. 27) y de Erich Schwinge (p. 28-29).

El maestro **JUAN DEL ROSAL** ha tratado también el tema del finalismo en su fundamental libro *La personalidad del delincuente en la técnica penal* (2ª ed., 1953).

El profesor **JOSÉ CEREZO MIR**, discípulo del maestro José Rodríguez Muñoz, dedicó el tema en su estudio “El Concepto de acción finalista como fundamento del sistema de Derecho Penal” publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1959, p. 561 y ss.). Posteriormente, en el mismo *Anuario de Derecho Penal* (1961, p. 55 y ss.), publicó su estudio “Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho Penal español”, así como también en sus notas a su traducción del libro de Hans Welzel *El nuevo sistema del Derecho Penal* (Barcelona, 1954). Y nuevamente aborda el hontanar de este apasionante problema en su estudio “La conciencia de la antijuricidad en el Código Penal español”, publicado en la *Revista de Estudios Penitenciarios* (1964, p. 449 y ss.).



El profesor **JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA**, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid, ha dedicado a este tema páginas importantes de su *Derecho Penal español. Parte general* (1981, p. 321 y ss.): “La concepción finalista coexiste con la Escuela de Kiel, pues puede fecharse su nacimiento en el año 1930 (según lo recuerda el propio Welzel), mas pasa prácticamente inadvertida hasta que concluye la Segunda Guerra Mundial. La concepción sintética y el Derecho Penal de autor se hunden con la derrota alemana porque se habían convertido en símbolo del Derecho Penal nazi. El finalismo conoce en la posguerra un rápido auge, porque vino a llenar un vacío de escepticismo y ha estado servido por la infatigable capacidad dialéctica, creadora y proselitista del que fue indiscutiblemente su principal figura, el profesor de la Universidad de Bonn, Hans Welzel. El finalismo no es una doctrina unitaria, presentando tanto casi tantas variantes como escritores operan con él. Pero puede admitirse que la base común a todos ellos es la idea de que el concepto de la acción está fuera del Derecho Penal, es un concepto ‘ontológico’: la acción humana es una actividad final, porque el ser humano puede prever, mediante su conocimiento causal, las posibles consecuencias de su actuar, plantearse diferentes metas y dirigir su actividad para conseguirlas siguiendo un plan; la acti-

vidad final es un actuar dirigido conscientemente por fines, mientras que el suceder causal es la resultante fortuita del conjunto de causas existentes en cada caso”.

“Lo que me induce a rechazarlo —dice el profesor Rodríguez Devesa en la p. 322 de obra citada— es que el finalismo conduce inevitablemente a una concepción intelectualista, exclusivamente racionalista, del actuar humano, lo que es inexacto”.

El profesor **CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO** ha tratado el tema también en su estudio “Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción”, en el *Anuario de Derecho Penal* (1962, p. 265 y ss.).

El profesor **JUAN CORDOBA RODA**, de la Universidad de Barcelona, ha hecho un brillante estudio sobre el tema en “Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista” (Barcelona, 1963); y también ha tratado el tema en sus notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal* de Reinhart Maurach (1962).

El máximo representante del finalismo en el Derecho Penal fue el profesor Hans Welzel a partir de 1939 en sus “Estudios sobre el sistema del Derecho Penal”: “*Studien zum System des Strafrechts*”.

**HANS WELZEL** nació en Turingia el 25 de marzo de 1904 y murió en Andernach el 5 de mayo de 1977. Profesor en la Universidad de Göttingen desde 1936, en 1951 se trasladó a la Universidad de Bonn. Allí enseñó Derecho Penal y Filosofía del Derecho convirtiéndose en el primer Director del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.



Leamos algunas páginas del gran maestro de Bonn: **HANS WELZEL**: *Derecho Penal alemán. Parte General* (11ª ed., 1976, p. 12 y ss., especialmente p. 15). Fundamental es la tesis sostenida en la p. 39: “El juez tiene que considerar junto al texto también el fin y el sentido de la ley, para cuya investigación tienen importancia la historia del establecimiento de la ley y la conexión de los preceptos entre sí y con otras disposiciones existentes”.

En su brillante y clásico libro *El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista* (1946; reimpresión, 2002) decía el maestro de Bonn: “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’”. La “finalidad” o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente”.

“Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello —dicho en forma gráfica— “vidente”; la causalidad, “ciega”. Para aclarar esto me remito a la diferencia existente entre un



asesinato, por un lado y un rayo mortal, por otro; en el asesinato todos los actos están dirigidos en función del fin prefijado: la compra del arma, el acechar, apuntar, apretar el gatillo, mientras que en el rayo el resultado de muerte es la resultante ciega de los elementos causales existentes. Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente: sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción”.

“1.- La dirección final de una acción se realiza en dos fases, que en las acciones simples se entrecruzan:

a) la primera transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Empieza con la anticipación del fin que el autor quiere realizar. A ello sigue —a partir del fin— la selección de los medios necesarios para su realización. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de la acción). Este proceso mental se llama “de retroceso” porque el fin ya está determinado y desde él se lleva a cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción. Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. El fin representa solo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, el autor, en la selección de los medios, tiene que considerar también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin. Este proceso mental no se realiza ya hacia atrás, desde el fin, sino hacia delante, desde el factor causal elegido como medio hacia los efectos que tiene o puede tener. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios elegidos hasta el momento, a elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos, o a dirigir la acción de modo que pueda evitarlos. La voluntad de la acción dirigida a la realización del fin se dirige aquí también, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de estos efectos puede dar lugar a que el autor incluya en su voluntad la realización de ellos, bien porque considere segura su producción en caso de utilizar estos medios, o bien porque cuente al menos con ella. En ambos casos la voluntad final de realización comprende también los efectos concomitantes”.

“b) De acuerdo con la anticipación mental del fin, la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar”.(1)

(1).- HANS WELZEL: “El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista”, pag. 49, Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2002.

“La enfermera que, sin sospechar nada, pone una inyección de morfina demasiado fuerte, de consecuencias mortales, realiza, sin duda, una acción final de inyectar, pero no una acción final de matar. El que, para ejercitarse, dispara contra un árbol, detrás del cual se encuentra un hombre —al que no ve— y mata a este hombre, hace, sin duda, un disparo final de entrenamiento, pero no realiza una acción final de matar. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido producida de un modo causal, ciego, por la acción final”.<sup>(2)</sup>

“La finalidad no debe ser confundida, por ello, con la mera ‘voluntariedad’. La ‘voluntariedad’ significa que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería producir el autor. En este sentido, la enfermera y el tirador, en los casos mencionados, realizan también ‘actos voluntarios’, si se hace mentalmente abstracción del contenido de su voluntad. Si se quiere comprender, sin embargo, la acción, más allá de su característica (abstracta) de la mera voluntariedad, es decir en su forma esencial, concreta, determinada en su contenido, solo es posible lograrlo mediante la referencia a un determinado resultado querido. El acto voluntario de la enfermera es solo final en relación con la inyección, el del tirador en relación con alcanzar el árbol, pero de ninguno de los dos respecto de la muerte de un hombre. A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda solo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado. La confusión de la voluntariedad y la finalidad se advierte claramente en Mezger, *Leipziger Kommentar* (8ª ed., p. 8). Sobre el concepto de voluntariedad, ver Mezger 109, nota 13. Un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ‘ser causados voluntariamente, es decir, por la voluntad, y no ser queridos, sin embargo, en su contenido [...] El movimiento corporal y todo resultado ulterior son causados por la voluntad’, con indiferencia de que sean queridos o no en su contenido”.

“No hay, por ello, acciones finales en sí, o ‘en absoluto’, sino solo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización. Esta relación con determinadas consecuencias producidas voluntariamente es la que caracteriza a una acción final”<sup>(3)</sup>.

En sus palabras previas a este clásico libro de Welzel ha dicho el profesor Gonzalo Fernández que “La doctrina finalista y la prolongada polémica que en ella desató, dominaron ampliamente el debate jurídico-penal de la postguerra, hasta finales de la década del sesenta”.<sup>(4)</sup>

“Y en puridad, los ecos de dicha discusión aún no se han acallado por completo, si nos atenemos a los recientes cuestionamientos ideológicos formulados contra el finalismo,<sup>(5)</sup> que persisten en una actitud de ‘demonización’ de su teoría impugnando su apego al Derecho Penal de voluntad. No nos parece justo. Desde su primitivo artículo sobre ‘Causalidad y acción’, que viera la luz en el año 1931, el joven Welzel —contaba a la sazón con veintiséis años de edad y se desempeñaba como asistente en la Universidad de Köln—, comenzó a elaborar un sistema de Derecho Penal de base ontológica —explícitamente fundado en las denominadas ‘estructuras lógico-objetivas de la realidad’ (*sachlogische Strukturen*)— que vino a impugnar el relativismo valorativo del neokantismo y le impuso a la teoría del delito un inesperado giro metodológico”.

(2).- HANS WELZEL: ob. cit., pag. 49.

(3).- HANS WELZEL: “El Nuevo Sistema del Derecho Penal...”, pag. 49 y 48, edición citada.

(4).- SANTIAGO MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1988, p. 344.

(5).- MONIKA FROMMEL: “Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo II, Mayo-Agosto 1999, p. 221-222; Sergio Politoff: “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 2, Julio-Agosto 1999, p. 124, 122.



*“Welzel partía de inquietudes filosóficas muy claras, que asignaron todo su desarrollo teórico y ocuparon toda su vida: la relación entre ser y deber ser, la naturaleza del deber, la base de validez del Derecho. Él reaccionó contra el eterno retorno del Derecho natural y del Positivismo jurídico. Al decir de Kaufmann, pretendió desarrollar ‘un Derecho natural de la ilustración republicano-federal’, en congruencia con el tiempo histórico que le tocó vivir. Es cierto, por lo tanto, que el finalismo irrumpe con la certidumbre de que la ciencia del Derecho Penal apoya sus cimientos en el ser y que de allí proviene la garantía de corrección científica de la teoría jurídico-penal. Como también es verdad —y sirve para aventar cualquier prejuicio ideológico—, que Welzel reivindicaba el reconocimiento del hombre como persona responsable, cual requisito mínimo que debe atender el orden social, si no quiere solo coaccionar a través del poder, sino obligar como Derecho”.*

*“Por ello, tan luego, la pregunta sobre la misión del Derecho Penal fue para Welzel desde el comienzo, un problema filosófico, que lo condujo a defender su función ético-social, viéndolo como instrumento conformador de valores. En punto a su sistema del ilícito, Welzel critica la influencia del naturalismo en la ciencia del Derecho Penal, tanto como la influencia de la Filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre ser y deber ser, realidad y valor. Como lo ha señalado Schünemann, el sistema concebido por Welzel caracteriza de modo esencial a la estructura del delito dominante en la actualidad, que es aceptada también por los autores no finalistas”.*

*“De ahí que Hirsch, uno de los discípulos más ortodoxos, califique a Welzel como el dogmático penal de mayor significación, probablemente, desde Karl Binding. El sistema de Welzel gira en torno a su concepto de acción final, el cual respeta lo que él considera la estructura óptica fundamental. Ese punto de partida determina, al interior de la teoría del delito, el traslado del dolo (dolo avalorado) y de la culpa al tipo. A partir de Welzel, entonces, bien puede sostenerse que el dolo constituye, necesariamente, un elemento subjetivo del injusto de los delitos dolosos (tipo subjetivo), en tanto la inobservancia del cuidado debido pasará a situarse en el tipo de injusto de los delitos culposos. De igual manera, entre las innovaciones del sistema de Welzel, cabe resaltar una notoria acentuación del subjetivismo en la estructura del delito”.*

*“Por lo pronto, su concepción del injusto personal, de generalizada aceptación, le permitió diferenciar el desvalor de acción y el desvalor de resultado, aun cuando —para Welzel— el injusto queda ya plenamente constituido por el desvalor de acto. A los planteamientos precedentemente enunciados cabría agregar, todavía, otros aciertos en el orden dogmático. La definición de la tentativa, que el Código alemán extrajo casi literalmente de su Manual, o el concepto finalista de autor, centrado en el dominio del hecho, concitaron también una muy amplia acogida doctrinaria”.*

*“Toda una generación de penalistas latinoamericanos —me refiero a quienes hemos superado ya la barrera de los cincuenta—, formada en la rigidez del sistema causalista, absolutamente predominante en América Latina, descubrió a través de Welzel otro horizonte. Poco cuenta ahora que su honda inquietud filosófica, las bases ontológicas del sistema o su connotación eticista resulten cuestionadas —mejor aun, superadas— por las orientaciones dogmáticas de fin de siglo. Así y todo, Welzel nos enseñó a pensar y nos plantó de cara el problema central de la ciencia penal, que continúa siendo el problema del hombre”.*

Una exquisitez filosófica es la que nos depara el prólogo de Welzel a la cuarta edición. Leámosla:

“La nueva edición de este libro, que resume los capítulos más importantes de mi *Manual (Das deutsche Strafrecht, 7ª ed., 1960)* para la doctrina de la acción finalista, aparece precisamente treinta años después de la publicación de mi artículo ‘Kausalität und Handlung’ (‘Causalidad y acción’, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 51, p. 703), en el que expuse por primera vez las ideas fundamentales de la doctrina de la acción finalista. En los últimos tiempos, me han recordado repetidas veces este artículo. Puesto que algunos críticos de mi doctrina se refieren cada vez más a su origen y creen poder interpretarla en una relación de dependencia con un sistema filosófico determinado, a saber el de Nicolai Hartmann. Quizás haya sido Engisch el que haya suministrado para ello el lema, cuando en 1944 llamaba a Hartmann ‘mi garante’. Ahora habla Hall, de Hartmann, como del ‘maestro filosófico de los finalistas’; Würtenberger previene, aludiéndome, ‘de la aceptación acrítica’ de las doctrinas de N. Hartmann; Klug considera que es una ‘tesis clásica del finalismo’, que la inclusión del dolo y la culpabilidad, una consecuencia de mi aceptación de la doctrina de los valores de N. Hartmann, etcétera. Hasta ahora había guardado silencio ante las referencias al origen de mi doctrina, puesto que en la ciencia debería tener solo importancia el contenido de verdad de una afirmación y no su origen. Ahora, sin embargo, al verse afectada la afirmación misma y al ser esta, en parte, objeto de una interpretación errónea, creo que no puedo seguir guardando silencio. No tendría, sin duda, ningún motivo para avergonzarme de que el origen de mi doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai Hartmann —si fuera cierto—. Este no es el caso, sin embargo. Las sugerencias para la formulación de la doctrina de la acción finalista no las recibí de N. Hartmann, sino de la Psicología del pensamiento y la primera de ellas, precisamente, de la obra *Grundlgen der Denkpsychologie (Fundamentos de la Psicología del pensamiento)* del filósofo, recién fallecido, Richard Höningwald”.

“Recibí también otras sugerencias de los trabajos de los psicólogos Karl Bühler, Theodor Eismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre otros. Todos estos trabajos, que aparecieron en la década de 1920 a 1930, llevaron a cabo la ruptura con la antigua Psicología mecanicista, de elementos y asociaciones, y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal-mecánica. En mi primer artículo llamé a esta forma de realización ‘intencional de sentido’ y la seguí desde la acción ‘interna’, de los actos de pensamiento, en los que había sido puesta de manifiesto por los trabajos de aquellos autores, hasta los actos voluntarios y la realización de la voluntad (por consiguiente, hasta la acción ‘externa’).

“Nicolai Hartmann no ha ejercido ninguna influencia en los autores mencionados y en sus trabajos sino que, al contrario, recogió en su pensamiento los conocimientos, entonces candentes y que entre tanto se han convertido en patrimonio común, del curso no-causal de ciertos actos anímicos: solo más tarde, después de 1930, los desarrolló en sus grandes obras ontológicas en una teoría general de los estratos del ser, siendo preciso señalar que hacia 1920 era considerado como un neokantiano, que evolucionaba bajo la influencia de la Fenomenología, hacia un realismo crítico”.

“El análisis, de claridad poco común, de la estructura de la acción en la que la Ética de Nicolai Hartmann y en su *Problem des geistigen Seins (Problema del ser espiritual)* me incitó a formular de nuevo mi pensamiento, en mi libro *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho Penal, 1935)* y a utilizar ahora el término más familiar de ‘finalidad’, en lugar de la expresión menos manejable de ‘intencionalidad’. Destaqué al mismo tiempo, sin embargo, claramente, que la ley estructural de la ‘intencionalidad de sentido’ seguía siendo la base fundamental de la ‘finalidad’ (*Naturalismus*, p. 79. nota 67)”.



“El gran esquema sistemático de Nicolai Hartmann en los tomos de su *Ontologie*, publicados después de 1935, ha formado —sobre todo en la ciencia del Derecho, apartada la mayor parte de las veces de la Filosofía— la visión de la situación en que se encontraba la Filosofía alemana en el tercer decenio de nuestro siglo (del mismo modo que la obra de Hartmann ha sido oscurecida después por el Existencialismo). No hace mucho me han pedido la comprobación de la tesis de la estructura final de la acción. Para contestar a esta pregunta necesito solo remitirme a las explicaciones de mi antiguo artículo y a la bibliografía filosófica y psicológica allí citada. La comprobación se obtiene por la vía en que surge todo conocimiento de las cosas, es decir de los datos de la experiencia interna y externa y su explicación racional (categorial)”.

“También los reparos que se han formulado contra mis observaciones sobre los elementos ‘ontológicos’ en el Derecho obedecen evidentemente a que no se ven ya, detrás de la ontología de N. Hartmann, las obras filosóficas de la década de 1920-1930”.

“El neokantianismo tardío de Bruno Bauch y Richard Höningwald había destacado ya —antes de la *Metaphysik der Erkenntnis* (Metafísica del conocimiento) de N. Hartmann— ‘el principio supremo de todos los juicios sintéticos’ de Kant, de que las ‘condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia’. De él se deduce que las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son solo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra ‘ontológico’ (ver *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 51, p. 704): esta no procede de la *Ontologie* (posterior) de Hartmann y tiene aun mucho menos que ver con la ontología de la antigua Metafísica (precrítica)”.

“De qué peligros quería proteger este concepto a la ciencia del Derecho Penal y qué quería lograr en ella se deduce del artículo mencionado (p. 704 y ss.) y de mi trabajo, aparecido dos años más tarde, *Über Wertungen im Strafrecht* (‘Sobre las valoraciones en el Derecho Penal’, *Gerichtssaal* 103, p. 340 y ss.), del que tomo la cita siguiente:

“El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden solo reflejar este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los reflejos lingüísticos y conceptuales puede ser solo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo [...] pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para [...] comprender también correctamente las valoraciones jurídicas” (*Gerichtssaal* 103, p. 346)”.

“Este método ‘vinculado al ser o a las cosas’, que hace poco he expuesto otra vez —veinticinco años más tarde— en una polémica con tendencias neopositivistas (nominalistas) en la ciencia del Derecho Penal (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69, p. 634 y ss.) y que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra ‘ontológico’, sin que con ello se optase por un sistema ontológico determinado. Por lo que respecta a las ‘estructuras lógico-objetivas’ que pertenecen a este lugar y especialmente la afirmación de que el Derecho Penal está vinculado a la estructura final de la acción, necesito

solo referirme a un hecho conocido por todos: del mismo modo que el Derecho no puede ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y que a los seis meses traigan al mundo niños viables, no puede prohibirles tampoco que tengan abortos. Puede exigirles, en cambio, que se comporten de modo que no se produzca ningún aborto y puede prohibirles que provoquen abortos. Las normas del Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino solo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos. De este hecho —a mi juicio— difícilmente discutible, se deriva todo lo demás por sí mismo”.

“El sustrato de la regulación del Derecho es conocido completamente, si se considera ‘primero’ a la acción como un proceso causal ciego y se añade solo después (en la culpabilidad) la voluntad, donde esta puede ser solo un fenómeno subjetivo acompañante, un ‘reflejo’, pero no puede ser ya un factor configurante de la acción”.

“Mientras que en la doctrina de la acción de N. Hartmann pude encontrar una considerable confirmación y aclaración de mis propias opiniones, me he opuesto desde el principio a su doctrina de los valores, especialmente a su concepción de un reino independiente de cualidades irreales de significación (ver ‘Kausalität und Handlung’, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 51, p. 715 y ss.; ‘Ubre Wertugen im Strafrecht’, Gerichtssaal 103, p. 340 y ss.; Naturalismus, p. 57). Esto no le impide, sin embargo, a Oehler atribuir precisamente ‘los errores’ de mi doctrina a la adopción de la teoría de los valores de Hartmann. Aunque no comparta las opiniones de Hartmann, creo, sin embargo, que le debo la aclaración de que las extrañas afirmaciones de Oehler no tienen apenas parecido con su doctrina de los valores”.

“Mi primer artículo contiene hoy todavía los fundamentos de la doctrina de la acción finalista. Sus elementos esenciales están en él expuestos, o apuntan al menos; el problema fundamental está tratado incluso con más extensión que en cualquier otro de mis trabajos posteriores; también el programa para la derivación de las consecuencias está en el esbozado (doctrinas del tipo, de la culpabilidad y del error). Quizás se hubieran evitado algunos malentendidos si se hubiese remitido después a él con más frecuencia. Teniendo esto en cuenta, el que Würtenberger hable hoy, refiriéndose a mí, de una ‘vida breve de las ideas sistemáticas’, no puedo sino atribuirlo, a lo sumo, a una información insuficiente. Que en un trabajo de treinta años de elaboración de un sistema no se acierte enseguida con todas las consecuencias jurídicas, es un riesgo que tiene que correr desgraciadamente el que acomete la tarea de deducir un nuevo sistema de un nuevo conocimiento de las cosas. A un crítico que hiciese por esta razón un reproche al autor, los antiguos griegos le habrían recordado el mito de que solo Atenea salió acorazada y perfecta de la cabeza de Zeus”.

“Por lo que respecta a la nueva edición, puedo repetir lo que he dicho en el prólogo de la 7ª edición de mi Manual. Por dos razones vuelven a ocupar los delitos culposos el primer plano en la reelaboración: en primer lugar, porque con el desarrollo del tráfico en los últimos treinta años han experimentado un aumento insospechado y con ello han adquirido irremediabilmente una importancia práctica mayor de la que habían tenido hasta ahora; por otra parte, porque la crítica de la doctrina de la acción finalista se ha concentrado precisamente en la dogmática de los delitos culposos”.

“Aun cuando los detractores de la doctrina de la acción finalista admiten ya ‘que en el dolo la finalidad es lo jurídicamente decisivo’ (Schröder) siguen creyendo, sin embargo, que quizá sea posible arrollar a la doctrina de la acción finalista desde los delitos culposos. Pues su conclusión parece lógica: puesto que en los delitos culposos el resultado no está producido finalmente, la



doctrina de la acción finalista tiene que fracasar en ellos. Esta conclusión depende, sin embargo, de la premisa de que en el delito culposo el resultado sea el elemento más importante y único de lo injusto. Ambas cosas ni están demostradas, ni son ciertas. Si la premisa fuera cierta, toda acción —incluso la más adecuada y correcta— tendría que ser antijurídica si causa un resultado típico”.

“En este punto Engisch había observado ya, hace treinta años, la ‘perplejidad e inseguridad’ de la doctrina de la acción causal al no poder insertar un tercer elemento esencial en su concepto del delito: un elemento que se encuentra entre la causación objetiva y la previsibilidad subjetiva del resultado y que surge enseguida si la acción se ha observado con el cuidado externo exigido (*Untersuchungen ubre Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, p. 277). Aquí se advierte que el elemento esencial de lo injusto de los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en esta se ha observado o no el cuidado necesario en el tráfico. Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una ‘selección’ dentro de él, en relación con su punibilidad (así, ya, Engisch, *lug. cit.*, p. 342)”.

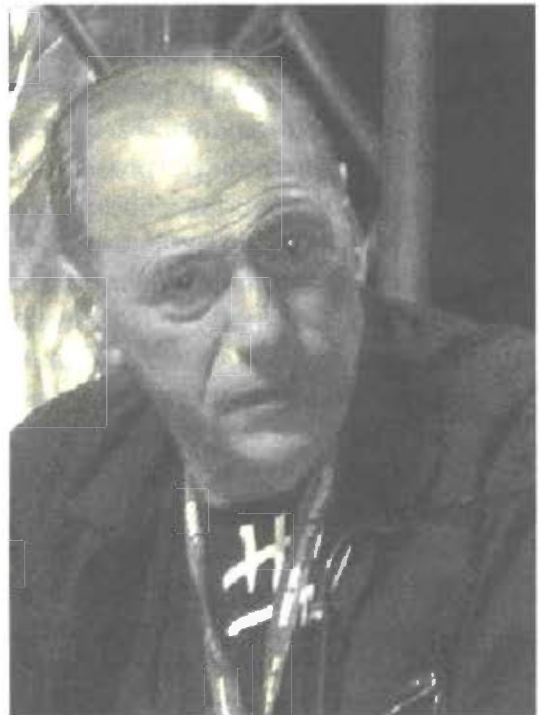
“La estructura concreta de la acción pasa a ocupar también con ello, el centro de la relevancia jurídica en los delitos culposos. Así como en los delitos dolosos la tentativa fue el escollo en que fracasó la doctrina de la acción causal, en los delitos culposos fracasa en el desvalor de la acción, que se determina en función del cuidado objetivo”.

“El problema esencial, primario de los delitos culposos consiste en la constatación de la acción típica, descrita solo en la ley de un modo incompleto y no en el nexo causal (en la causación del resultado), ni en la culpabilidad. En la nueva edición se intenta elaborar los criterios con que el juez pueda fijar en cada caso las conductas típicas, descritas solo de un modo incompleto en los tipos legales. Con ello se lleva también a sus últimas consecuencias en los delitos culposos la idea fundamental de la doctrina de la acción finalista, de que el desvalor de la acción es ‘la cualidad desvalorativa decisiva e imprescindible del delito’ (Nowakowski). Si esta vez se ocupa también únicamente de los delitos de acción, esto está más que nunca justificado, por haber deducido, mientras, las consecuencias de la doctrina de la acción finalista para los delitos de omisión la profunda monografía de Armin Kaufmann sobre la *Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Dogmática de los delitos de omisión, 1959)”.

El otro gran maestro del finalismo en el Derecho Penal fue el Profesor **REINHART MAURACH** quien nació en Simferopol, Rusia, el 25 de marzo de 1902 y murió en Gardone, Italia, el 11 de junio de 1976. Fue Profesor en la Universidad de Breslau, luego asociado en la Universidad de Königsberg y, luego, Principal en la Universidad de Munich, en donde enseñó hasta poco antes de su muerte. Leamos el texto del maestro: **REINHART MAURACH**: *Tratado de Derecho Penal*, t. I (1962, p. 192 y ss.; muy especialmente p. 206-207, 208): “La teoría final de la acción, en su esencia y manifestaciones, constituye el primordial objeto de la polémica que ocupa a la actual ciencia del Derecho Penal”. Sígase leyendo hasta la página 215. **REINHART MAURACH** y **HEINZ ZIPF**: *Derecho Penal. Parte General*, t. I (1994, p. 255): “La teoría final de la acción, fundada por Welzel y continuada especialmente por Busch, Niese, Stratenwerth y Armin Kaufmann, encuentra su origen en la filosofía de Honigwald y Nicolai Hartmann. Según ello la acción —siempre una conducta humana, en oposición al acontecer causal objetivo y también a la reacción instintiva animal— consiste en la dirección del acontecer real, mediante la incorporación de componentes propios de determinación hacia lo deseado, hacia la meta. La acción es actividad humana final. Del mismo modo, el finalismo de Welzel: la finalidad o el carácter final de la acción

se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. La finalidad y la causalidad se diferencian esencialmente por el intercambio de los momentos lógico-temporales de relación; la segunda es el producto de una cadena causal determinada en forma objetiva, cuyas conexiones requieren una explicación posterior objetiva; la finalidad, que conoce o cree conocer las leyes de la causalidad en base a la experiencia, valora estos conocimientos anticipadamente, “supradeterminando el nexo causal” y toma aquellos medios que permitirán dirigir el acontecer causal hacia el fin perseguido: ‘la causalidad es ciega, la finalidad vidente, un actuar dirigido desde la meta’ (Welzel, Lehrbuch, p. 30 y Engisch, Welzel-Festschrift, p. 153)”.

De la escuela argentina debe leerse, fundamentalmente, a **EUGENIO RAUL ZAFFARONI**, brillante profesor de Derecho Penal en las universidades católicas de La Plata y del Salvador y actualmente vocal titular (Ministro) de la Corte Suprema argentina, quien ha desarrollado genialmente el tema del finalismo en diversas monografías, pero, sobre todo, en su *Manual de Derecho Penal. Parte General* (1977, p. 264). También véase la 4ª edición (Lima, 1990). Dice Zaffaroni en el párrafo 184 de su citado Manual: “En las postrimerías de la década del veinte se observa atinadamente que la culpabilidad como juicio de reprochabilidad al autor no podía contener la relación psicológica, es decir, el contenido de la voluntad, que desde los positivistas (y con el retoque de Radbruch) le habría sido arrebatado al injusto. Se cayó en la cuenta de que resultaba incoherente juzgar un acto como contrario al Derecho sin atender al contenido de la voluntad con que se realizaba”.



“Fueron Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna quienes incorporaron este contenido al tipo dejando a la culpabilidad en reprochabilidad pura e incorporando el dolo y la culpa al tipo, como estructuras típicas diferentes.

“A partir de la década del treinta, la formulación de este esquema comienza a redondearse por obra de Hans Welzel, quien vuelve decididamente al esquema aristotélico, a partir de la afirmación —a nuestro juicio certerísima— de que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. Esta es la llamada teoría finalista de la acción, por oposición a la teoría causalista, que es la que da origen a las estructuras anteriores”.

“En la actualidad, en Alemania Federal, casi no hay autores que no sigan este esquema, aunque no todos sientan el completo planteamiento de Welzel, particularmente sus puntos de partida jusfilosóficos.”

En el párrafo 185 del manual citado, al tratar de la evolución del finalismo en la Argentina, añade Zaffaroni que: “Como cualquier teoría científica, el finalismo es una posición susceptible de ser discutida. De los argumentos científicos que se esgrimen en su contra nos iremos ocupando...”



“No obstante obran contra el finalismo algunos argumentos de escaso o nulo valor científico, usualmente no escritos, sino más bien librados a la tradición oral, cuya falta de sustento es muy evidente para cualquiera que maneja un mínimo de información. En rigor, no corresponde ocuparse de ellos en una obra científica, pero nos creemos obligados a hacerlo, porque es lógico que los alumnos que recién tratan de penetrar en el terreno de la ciencia jurídico-penal carezcan de ese mínimo de información y puedan ser sorprendidos en su buena fe. Dada la casi absoluta tradición oral de los mismos, no podemos indicar fuentes ciertas, pero los principales ataques radicalmente infundados son los siguientes:

- ”a). El Código Penal argentino está elaborado sobre la base causalista.- El CPA surge en larga gestación y se sanciona 20 años antes de que Sebastián Soler comenzara a hacer dogmática en la Argentina. Por otra parte, las disposiciones generales del CP son muy sobrias, lo que le evita encasillarse en posiciones científicas, 62 años de vigencia han permitido un intenso trabajo en la dogmática. Pero además el finalismo surgió en Alemania sobre el Código Penal de 1871 que provenía del prusiano —20 años anterior— y sería absurdo pensar que el Código del Imperio Alemán se elaboró sobre la base finalista.
- ”b). El finalismo es una teoría importada.- No sabemos de ninguna teoría del delito puramente argentina, sino que todas las sostenidas siguen más o menos los planteamientos de von Liszt, Beling, Mayer y Mezger. Tan importado es el finalismo como el causalismo, no pasando este argumento de ser un mero recurso retórico del chauvinismo efectista.
- ”c). El finalismo está terminado en Alemania.- Salvo Schmidhäuser, Helmuth Mayer y Baumann, todos los demás autores alemanes (Welzel, Maurach, Jescheck, Stratenwerth, Bockelmann, Naucke, Otto, Blei, Wessels) y los comentaristas contemporáneos del CP (los actualizadores del comentario de Schönke-Schöder y los autores del nuevo comentario: Rudolphi, Horn, Samson, Schreiber) siguen la estructura del delito señalada por el finalismo en sus líneas generales.

”En 1975, BLEI reelaboró el Manual de MEZGER, y lo mismo hicieron los actualizadores del Schönke-Schröder, precisando que no hacían más que materializar un deseo que la muerte había impedido cumplir a Schröder.

”Si bien no todos los autores comparten el finalismo, particularmente en cuanto a su fundamento jusfilosófico, queda claro que acerca del tipo complejo y de la culpabilidad normativa, lo que está terminado en Alemania es el debate. Los alemanes discuten hoy otras cuestiones —particularmente las político criminales y las metodológicas— pero porque estas las han superado en el sentido que indicó el finalismo”.

- ”d) Los alemanes tuvieron que cambiar su Código para aceptar el finalismo.- El STGB de 1871 era bastante pobre y la dogmática alemana hizo prodigios sobre esos textos, que fueron tempranamente criticados, cuyo reemplazo integral se había intentado en los proyectos de 1909, 1911, 1913, 1922, 1925, 1927, 1930, 1936, 1962 y en el Proyecto Alternativo de 1966. Los trabajos preparatorios de la reforma que culminó en el vigente StGB (Straf Gesetzbuch) de 1975 llevaron muchos años y ocupan una biblioteca completa. En las comisiones tanto del oficial de 1962 como del alternativo de 1966 participaron profesores finalistas y causalistas, de modo que en ningún momento el Straf Gesetzbuch vigente se cierra a la banda en alguna de estas posiciones. Prueba de ello es que Baumann sigue sosteniendo hoy una posición

causalista. Pensar que todo esto se ha hecho para aceptar el finalismo y que en la empresa participaron causalistas es poco criterioso”.

”e). El finalismo desemboca en el Marxismo.- Las anteriores son críticas infundadas, pero la presente entra en el campo del disparate, llevado por la ignorancia y la mala fe. De ser cierta tendría valor político, mas no científico. Como si con eso no fuera suficiente, además, es falsa. Cualquiera que se haya tomado la molestia de leer algunos párrafos de cualquier libro de un país socialista se enterará de la forma calumniosa en que los penalistas de esos países —que suelen seguir a von Liszt-Beling (igual que nuestros causalistas) y a Francesco Antolisei— se refieren al finalismo”.

”f). El finalismo surge en la época nacionalsocialista.- Es verdad, pero eso no significa que participe de esta corriente. En la década del 20 Helmuth von Weber había advertido las inconsecuencias del causalismo y los causalistas insistieron en sostener sus contradicciones, que fueron aprovechadas por la Escuela de Kiel (los penalistas nazis) para denigrar a la dogmática toda, en nombre de un turbio irracionalismo al servicio de sus teorías políticas. Durante el nazismo —en 1936— publica Hans Welzel su primer trabajo importante, pero no tiene por objeto apuntalar a la Escuela de Kiel, sino precisamente corregir los errores que la citada Escuela había explotado políticamente. Cabe añadir que ningún penalista de la corriente finalista fue nazi, en tanto que algún connotado causalista —como Mezger— escribió un extenso artículo para demostrar que la dogmática podía serle muy útil a los dictados del Derecho Penal nacionalsocialista”.

”Nuestras palabras son duras, pero insistimos en que no están dirigidas más que a estas críticas irresponsables cuyos sostenedores, en la mayor parte de los casos, ni siquiera se animan a escribirlas”.

Léase, además, del profesor **ZAFFARONI** su fundamental *Tratado de Derecho Penal* (4 t., 1981). Además es fundamental leer la polémica entre los profesores E. R. Zaffaroni y Eduardo Novoa M. sobre la teoría de la acción final, en el apéndice I del libro del profesor **EDUARDO NOVOA MONREAL: Causalismo y Finalismo en Derecho Penal** (1982).

En Chile debe leerse el libro del profesor **LUIS COUSIÑO MAC IVER** *Derecho Penal chileno*, t. I (1975, p. 464 y ss.).

En la página 467 nos dice que: “Algunos tratadistas citan a Helmuth von Weber y a Alexander Graff zu Dohna como precursores de la doctrina finalista. Al respecto, es cierto que, el primero de ellos ya había colocado el dolo en el tipo subjetivo, en el año 1929, al decir que es ‘un concepto meramente descriptivo, sin calificación ética’ (von Weber: *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes*, p. 16), lo que constituye una valiosísima anticipación. Empero, las formulaciones sistemáticas de ambos autores son posteriores a los primeros trabajos de Welzel y, en todo caso, no presuponen recíprocas influencias. En su obra sobre la estructura del sistema penal (1935), von Weber hizo un estudio sobre los tipos de conducta descritos en el Código Penal y distinguió entre aquellos meramente causales y los finales, según si el comportamiento tipificado es tan solo causal para la producción del resultado o si está dirigido a dicha producción. Zu Dohna, que fue predecesor de Welzel en la cátedra de Bonn, publicó en 1936 su obra *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, en la cual trata, separadamente, como elementos del concepto del delito, el objeto de la valoración y la valoración del objeto, incluyendo en el primer rubro los tipos objetivo y



subjetivo, constituido este último por el dolo, o sea, según veremos, una posición semejante, del todo, con la de Welzel”.

“La doctrina finalista tiene, hoy en día, numerosos adeptos, entre los cuales se destacan en Alemania: Werner Niese, Reinhart Maurach, Armin Kaufmann, Gerhard Dannert, Gottfried Boldt, Richard Busch, Wolfgang Schoene, Hans Joachim Hirsch, Eckhard Horn y otros; en Suiza, descuella Günther Stratenwerth. Sus postulados se han difundido por el resto del mundo occidental, y ya son muchos los iuspenalistas que de manera más o menos ortodoxa la enseñan a sus discípulos como son: Darío Santa María y Nicola Campisi, en Italia; Juan Córdoba Roda, José Cerezo Mir, Conde-Pumpido y Beristain, en España; Enrique Bacigalupo, en Argentina; Taira Fukuda, en Japón; en Chile tiene numerosos adeptos, como son, fuera del autor de esta obra: Alvaro Bunster, Luis Ortiz, Juan Bustos, Sergio Yáñez, Enrique Cury Urzua y, de modo formalmente no muy convencional, Alfredo Etcheverry”.

“Fundamentalmente es una doctrina que se dirige en contra de la tesis tradicional y dominante de la acción causal, la que es una consecuencia, según Welzel, de la influencia que proyectaron las ciencias mecánicas del siglo pasado sobre la ciencia del Derecho Penal, provocando la división de la acción en dos partes principales: por un lado, el proceso causal externo y, por el otro, el contenido subjetivo o psíquico de la voluntad. Esto significa que todo el aspecto espiritual se elimina del concepto de acción, considerándose tan solo relevante para el problema de la culpabilidad y, de este modo, la acción se convierte en puro efecto causal de la voluntad, cuyo contenido psíquico se ha desplazado a un momento ulterior del delito. Destaca Welzel en numerosas de sus publicaciones que la tesis que combate no responde a la verdadera estructura de la acción, porque destruye la función de la finalidad dentro de ella y reduce su estudio a un proceso meramente causal (cfr. Welzel: El nuevo sistema del Derecho Penal, p. 31 y ss.)”

“Sostiene el ilustre maestro que: ‘la acción humana es el ejercicio de la actividad final. Por eso, la acción es final, no únicamente un acontecimiento causal. La finalidad o actividad finalista de la acción se apoya en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede calcular de antemano, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines de variadas especies, y dirigir metódicamente su actividad hacia la obtención de esos fines. En virtud de su conocimiento causal anticipado puede dirigir los actos singulares de su actividad, de manera que oriente el suceso causal externo a una meta y así sobredeterminarla finalmente”.

“La actividad finalista es una actuación consciente, articulada desde la meta, mientras que el mero suceso causal no está dirigido desde la meta, sino que es el resultado casual de los eventuales componentes causales concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.” (Hans Welzel, Strafrecht, p. 33 y ss.) (Luis Cousiño Mac Iver: Derecho Penal chileno, t. I, p. 469, edición citada supra).

Debe leerse asimismo el fundamental estudio de **JOACHIM HRUSCHKA** ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?, vol. 4 (2003).

No puedo dejar de mencionar el valiosísimo aporte del profesor **JOSÉ CEREZO MIR** de la Universidad de Zaragoza en su estudio “El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal”. (Este estudio está publicado en el libro del maestro **JOSÉ CEREZO MIR: Problemas fundamentales del Derecho Penal**, 1982, p. 15-24).



CAPÍTULO CIII

LA “SCUOLA ITALIANA DEL DIRITTO”  
Y SUS GRANDES MAESTROS





## CAPÍTULO CIII

### LA “SCUOLA ITALIANA DEL DIRITTO” Y SUS GRANDES MAESTROS

Crisol de exquisitez jurídica, descendiente del genio jurídico romano y del “mos italicus iura docendi”, yo podría decir de esta escuela lo mismo que Calcaterra dijo de la escuela de Bolonia<sup>(1)</sup>, que era, para nosotros, los profesores de San Marcos, nuestra “alma mater studiorum”, habida cuenta que el “studium bononiensis” sirvió de inspiración a la Universidad de Salamanca y sobre este modelo se forjó, en 1551, nuestra gloriosa Decana de América, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

De la escuela italiana, escribió ya hace varios años, el maestro Couture, en un prólogo famoso que compuso el gran clásico uruguayo, preludivo a otro gran clásico, el maestro de Florencia (1889 - 1956), en un libro inmortal: “Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares” de Piero Calamandrei.

Dijo Couture en ese hermoso Prólogo:

*“Esa escuela tuvo un singular destino. Surgida de la escuela francesa fue luego orientándose hacia la escuela alemana”.*

*“De la escuela francesa tuvo el sentido cartesiano del orden y de la deslumbradora claridad greco-latina. No hay un solo maestro italiano que no haya sobresalido en estas singulares virtudes de su raza. Excelentes oradores y escritores, tuvieron, en primer término, como virtud excelsa, la de saber decir y escribir el derecho. Sus obras son verdaderos modelos del método y de la transparencia expositiva”.*

*“Pero de la escuela alemana, Italia tomó el rigor conceptual y la profundidad filosófica. Así, por ejemplo, cuando las Pandectas de Windscheid resultan traducidas al italiano y anotadas por Fadda y Bensa, las adiciones latinas por su profundidad y por su pureza dogmática, en nada desmerecieron del original alemán. No hay una sola de las ramas del derecho en la cual la escuela italiana no haya recibido del genio alemán su sentido profundo del derecho, su capacidad de abstracción y esa increíble facultad lógica de operar con conceptos como si fueran cosas tangibles y materiales”.*

*“Pero en tanto algunos escritores de Francia, por amor a la claridad, se pierden en la superficie de las cosas, desentendiéndose, además, de lo que ocurre fuera de sus fronteras, y en tanto los de Alemania, por amor a la densidad, pierden el sentido de la realidad y de la proporción, Italia toma de unos y otros lo mejor de su genio. Toma de Francia la claridad y el método; toma de Alemania la exquisitez de los conceptos; y sin traicionar una sola de las adquisiciones del legado latino, al que permanece fiel en todo instante, supera a las dos escuelas en el período que separa a ambas guerras”.*<sup>(2)</sup>

(1).- CALCATERRA: “Alma mater studiorum. (L’ università di Bologna nella storia della cultura e della civiltà)”. Bologna, 1900.

(2).- PIERO CALAMANDREI: “Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares”, Prólogo de Eduardo J. Couture, pág. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.



Pues bien, partiendo del formidable espíritu de síntesis que anima a la “scuola italiana del diritto”, podemos concluir este prelude diciendo que la tradición romanista y la “Rechtswissenschaft” han sido las fuerzas motrices de esta escuela, pero su alma, según dijo Francesco Carnelutti, es la musicalidad: “Nosotros los italianos somos al mismo tiempo juristas y músicos”<sup>(3)</sup>. Acaso esta sea la razón decisiva por la cual nosotros, los sudamericanos, hemos preferido siempre irnos a perfeccionar en las grandes universidades italianas y leer a los grandes clásicos de esta escuela, que han sido y siguen siendo nuestras fuentes de inspiración.

Y es que, como dijo Carnelutti: “¿No es verdad acaso que el derecho es armonía? Allí está el secreto de su fuerza. En el fondo, muy en el fondo, hacer derecho es hacer música”<sup>(4)</sup>.

Música de contrapunto fué la historia de la codificación italiana.

El siglo XIX significó una imitación del modelo francés: el gran Code Napoleón de 1804. Sobre este modelo se forjaron todos los códigos italianos del siglo XIX. Así “il Codice Civile del Regno d’Italia” promulgado el 1º de abril de 1806 y que era, ni más ni menos que “una traducción en lengua italiana del Code Napoleón”, como afirma Roberto Bonini en la pág. 3 de sus “*Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*”, seconda edizione, Patron Editore, Bologna, 1990. Añade Bonini que “i codici italiani della Restaurazione erano in grande maggioranza largamente tributari del Code Napoleón”<sup>(5)</sup>.

Lo mismo puede decirse del “Codice di il Regno delle Due Sicilie” de 1819, como también del “Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla”, de 1820, como también del Código del Cantón Ticino de 1837, del “Codice Civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna” promulgado el 20 de julio de 1837 por el Rey Carlos Alberto del cual tomó su nombre y por ello se le conoce con el nombre de Código Albertino. Este Código entró en vigencia el 1º de enero de 1848 para el Piamonte y la Liguria; en tanto que para la Cerdeña (Sardegna) entró en vigencia el 1º de noviembre de 1848.

Pero no solo la legislación era un mero calco del Código Francés. La doctrina también siguió la moda impuesta por la escuela francesa de la exégesis. Civilistas, procedimentalistas y penalistas tradujeron e imitaron los grandes modelos impuestos por Merlin, Toullier, Duranton, Marcadé, Demolombe, Laurent, Troplong, Zachariae y sus traductores, los famosos maestros de Estrasburgo, quienes, en la primera edición de su célebre obra, se limitaron a una mera traducción del alemán al francés del “Handbuch des französischen Privatrechts” y que, en sus posteriores ediciones, aplicando las sentencias de la jurisprudencia francesa y, en especial, de la “Cour de Cassation”, hicieron célebre su famoso “Manual du droit civil français”, obra ésta que nos permite sostener que los maestros Aubry et Rau deben ser ubicados más que en la escuela de la exégesis, en la escuela científica del Derecho Civil francés, perteneciendo, pues, de lleno a la “Science du droit civil”.

La batalla de Solferino determinó el triunfo, no sólo de Garibaldi, sino el de la unificación política y jurídica de Italia y, con ello, el de la necesidad de una nueva codificación que consagrara los ideales nacionalistas de la nueva Italia. En debate si se adoptaba como modelo el Código Albertino, o acaso el mismo Code Napoléon, como lo había propuesto Federico Sclopis, triunfó la relación Cassinis quien proponía una suerte de mínimo común denominador

(3).- CARNELUTTI: “Ensayo de una teoría integral de la acción”, en el volumen “Cuestiones sobre el proceso penal”, página 3, EJEJ Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1981.

(4).- CARNELUTTI, obra citada, pág. 17, in fine.

(5).- BONINI, obra citada, página 3.

inspirado en los Códigos italianos pre-unitarios que habían tomado como modelo el Código francés. Cassinis elevó tres proyectos en 1860, otro el de Miglietti en 1862 y, finalmente, **GIUSEPPE PISANELLI** (1812-1879), quien fue el ponente del Código Civil Italiano de 1865 y del Código de Procedimiento Civil del mismo año. Civilistas y Procesalistas debemos evocar al inspirador de estos dos grandes Códigos. Nació en 1812 en Tricase (Lecce), allende el taco de l'Italia y murió en Nápoles en 1879. Fue un gran patriota, un gran jurisconsulto y un gran profesor en la Universidad de Nápoles y escribió un notable "Commentario del codice di procedure civile per gli Stati Sardi, con la comparazione degli altri Codici italiani e delle singole legislazioni stranieri" escrito en 7 volúmenes en colaboración con otros dos grandes juristas: **PASQUALE STANISLAO MANCINI** (1817-1888) y **ANTONIO SCIALOJA (SENIOR)** (1817-1877).



Giuseppe Pisanelli (1812-1879)  
autor del CPC italiano de 1865

Sobre la escuela italiana, que analizó tanto el Código Civil de 1865 cuanto el Código de Procedimiento Civil, hay muchos estudios. Léase: **FRANCESCO CARNELUTTI**: "Escuela Italiana del Derecho" (Prolusión de Milán leída el 22 de noviembre de 1935), traducida al castellano en sus "Estudios de Derecho Procesal", tomo I, pag. 39 a 59, Ejea, Buenos Aires, 1952; **FRANCESCO CARNELUTTI**: "Arte del Derecho" (en Memoria de Vittorio Scialoja) (Discurso pronunciado en la Universidad de Padua el 13 de enero de 1934), traducido al castellano en sus "Estudios", cit., pag. 11 a 37; **FRANCESCO CARNELUTTI**: "Profilo del pensiero giuridico italiano", en sus "Discorsi intorno al diritto", volume secondo, pag. 163 a 183, Cedam, Padova, 1953; **FRANCESCO CARNELUTTI**: "La morte del diritto", en sus "Discorsi", cit., vol. II, pag. 275 a 290; **FRANCESCO CARNELUTTI**: "Di là dal diritto", en sus "Discorsi", cit., vol. II, pag. 83 a 91; **FRANCESCO FERRARA (SENIOR)** (1877-1941) (Fue un gran profesor de Derecho Civil, docente en Nápoles): "Un secolo di vita del diritto civile (1839 -1939)". Id: "Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto civile, negli ultimi cento anni", Torino, 1939, traducido al castellano, conjuntamente con el estudio de **FRANCESCO CARNELUTTI**: "Usucapión de la propiedad industrial", editorial Porrúa, México, 1945; **CAMILO VITERBO**: "Vittorio Scialoja y el origen de la moderna escuela italiana de Derecho", en la pag. 395 a 400, de sus "Ensayos de Derecho Comercial y Económico", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1948; **ALFREDO ROCCO**: "Principios de Derecho Mercantil. Parte General", pag. 91 a 99, editorial Nacional, México, 1960; **ALBERTO ASQUINI**: "Scritti Giuridici", volume terzo, véase los brillantes necrologios de: "Cesare Vivante", "Vittorio Salandra", "Antonio Brunetti", "Giuseppe Valeri", "Lorenzo Mossa", "Tullio Ascarelli", "Una svolta storica del diritto commerciale", pag. 3 a 77, Cedam, Padova, 1961; **LORENZO MOSSA**: "Historia del Derecho mercantil en lo siglos XIX y XX", editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948; **TULLIO ASCARELLI**: "Iniciación al estudio del Derecho Mercantil", editorial Bosch, Barcelona, 1964; **FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES**: "Tratado de Derecho Comercial Comparado", tomo I, Montaner y Simón, S.A., Barcelona, MCMLXIII; **JOAQUIN GARRIGUES**: "Curso de Derecho Mercantil", tomo I, setima edición, Madrid, MCMLXXVI; **ROBERTO BONINI**: "Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee", seconda edizione, Patron Editore, Bologna, 1990; **NICOLA RONDINONE**: "Storia inedita della codificazione civile", Giuffrè Editore, s.p.a., Milano, 2003; **GUIDO ASTUTI**: "La codificazione del diritto civile" en "La Formazione storica del Diritto Moderno in Europa", vol. II, pag. 847 a 890, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 1977; **GIOVANNI TARELLO**: "Cultura jurídica y política del Derecho" véase el tercer estudio: "La escuela de la exégesis y su difusión en Italia (Para la historia de la civilística moderna)", pág. 63 a



108, traducción de Isidro Rosas Alvarado, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995; **CARLO AUGUSTO CANNATA Y ANTONIO GAMBARO**: “Lineamenti di Storia della Giurisprudenza europea”, Quarta edizione, vol. II, pág. 259 a 274, G. Giappichelli - Editore, Torino, 1989; **PAOLO GROSSI**: “Scienza giuridica italiana. Un profilo storico”. (1860-1950), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000; **AUTORES VARIOS**: “La scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica”, en Quaderni fiorentini, “Per la storia del pensiero giuridico moderno”, 2 vols., Firenze, 1999; **ENRICO ALLORIO**: “Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal” en Problemas de Derecho Procesal, t. I, pag. 101 y ss., Ejea, Buenos Aires, 1963; **A. GIANNINI**: “Gli studi di diritto processuale civile in Italia”, en Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1949, pág. 103-119; **SALVATORE SATTA**: “Soliloquios y coloquios de un jurista” en “Derecho Procesal Civil”, vol. III, Ejea, Buenos Aires, 1971; **MAURO CAPELLETTI**: “Un Idolo falso: El Código de 1942 (Balance de un treintenio)” en el volumen “Proceso, ideologías, sociedad”, pág. 285 a 291, EJEa Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1974; **MAURO CAPELLETTI**: “Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano”, en el volumen citado, pág. 273 a 284; **FRANCO CIPRIANI**: “Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d’Italia (1866-1936)”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991; **FRANCO CIPRIANI**: “Scritti in onore dei patres”, Dott. A. Giuffrè Editore, s.p.a., Milano, 2006; **FRANCO CIPRIANI**: “Il Codice di Procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell’entrata in vigore”, Edizioni Scientifiche Italiane, s.p.a., Napoli, 1992; **FRANCO CIPRIANI**: “Piero Calamandrei e la Procedura Civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti”, seconda edizione riveduta e ampliata, Edizioni Scientifiche Italiane, s.p.a., Napoli, 2009; **FRANCO CIPRIANI**: “Batallas por la justicia civil”, traducción de la prof. Eugenia Ariano Deho, Cultural Cuzco, Lima, 2003; **OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI**: “Los protagonistas del Derecho Procesal. Desde Chiovenda a nuestros días”, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005; **JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO**: “La escuela italiana del proceso” en el volumen del mismo autor “La Ciencia del Derecho Procesal”, pag. 581 a 616, Ediciones Fecat, Lima, 1991; Id.: “La vida y el pensamiento de Francesco Carnelutti”, en el mismo volumen citado, pag. 617 a 667.

Los grandes Códigos del siglo XX fueron los Códigos italianos de 1942. Su génesis hay que referirla a la crisis motivada por la depresión desencadenada en Italia con la gran guerra de 1914 a 1919.

La inejecución de las obligaciones y el problema de la excesiva onerosidad, la formación del proletariado industrial y los grandes problemas del trabajo; como el desempleo, el subempleo y la cuestión social, así como el desarrollo de la empresa y de la solidaridad social, fueron los factores decisivos para la creación de la “Commissione per il dopo guerra” instituida el 16 de setiembre de 1917, para la reforma del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil, ambos vigentes desde 1866 e inspirados en el magnetismo carismático del Code civil de 1804 y del Code de Procédure Civil de 1807.

La Presidencia de la “commissione per il dopo guerra”, recayó en Vittorio Scialoja.

**VITTORIO SCIALOJA** fue el maestro de todos los maestros de la escuela italiana del Derecho. Nació el 24 de abril de 1856 y murió el 19 de noviembre de 1933. Fue un eminente profesor de Derecho Romano. En 1888 fundó una célebre revista, el “**Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano**”, rodeado por un círculo de profesores de Derecho Romano y de Derecho Civil. Nombrado Senador en 1904, en 1909 fue nombrado Ministro de Justicia. En 1916 fue Ministro sin cartera y entre 1919 a 1920 fue Ministro de Relaciones Exteriores en el Gabinete Nitti. A partir de 1921 fue representante de Italia en la Sociedad de las Naciones y en 1924 fue nombrado Pre-

sidente de la "Commissione Reale per la riforma dei codici".

La "Commissione per il dopo guerra", estuvo integrada, básicamente, por romanistas y civilistas, discípulos y colegas de Scialoja, gran mente directriz y perfecto animador y forjador de hombres de ciencia, entre los cuales destacaron:

**VITTORIO POLACCO**, nacido en Padova en 1859, muerto en Roma en 1926, fue un gran profesor de Derecho Civil en la Universidad de Padova en donde llegó a ser Presidente de la Facultad de Jurisprudencia; luego pasó a la Universidad de Roma en donde fue miembro de la Academia dei Lincei y luego fue nombrado Senador en 1910. Fue uno de los mayores juristas de la scuola italiana del diritto, siendo autor de notables estudios entre los que destaco: "Del testamento pubblico secondo il Codice Civile del Regno", 1879; "La famiglia del naturalizzato", 1882; "La funzione sociale dell'odierna legislazione civile", 1885; "Prelezioni ad un corso di istituzioni di diritto civile nelle Università di Padova", 1885; "Sul disegno di una storia letteraria del diritto romano", 1888; "Il diritto romano nel recente progetto di Codice Civile germanico", 1889; "Le obbligazioni nel diritto civile italiano", 1898; "Della sucessione", Roma 1922-23, 2ª edición a cargo de Alfredo Ascoli y de su hija Evelina Polacco, Milano 1937, traducida al castellano por el maestro Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955; "Corso di lezioni di diritto civile", Roma, 1925; "Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y defensa de los derechos", traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Prólogo de Vincenzo Arangio Ruiz; E.J.E.A., Buenos Aires, 1954.



**ALFREDO ASCOLI**, nacido en Livorno el 18 de agosto de 1863, muerto también en Livorno el 2 de setiembre de 1942. Fue un gran romanista y acaso el más fino de los civilistas italianos, quien empezó a destacar con una brillante monografía intitulada "Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano", publicada en 169 páginas por la tipografía Giusti en Livorno en 1887. Ese mismo año publicó "L'usucapione delle servitù nel diritto romano", publicada en el Archivio giuridico, Nº 38, año 1887, páginas 51 a 106 y p. 198 a 237. Ese mismo año publicó también "Studii sull'usucapio pro herede", publicada, asimismo, en el Archivio giuridico, año 1887, p. 317-359. Ese mismo año publicó también "Contributo alla teoria della confusione e commissione in diritto romano", publicada en la Rivista italiana per le scienze giuridiche, año 1887, Nº 4, p. 43-52. Luego, publicó "Sul senatoconsulto Neroniano" en Archivio giuridico, año 1888, Nº 40, página 329 a 357. A continuación publicó "Alcune osservazioni sul diritto di scelta nei legati alternativi e di genere", publicada, en el Bullettino dell'Istituto di diritto romano, año 1888, Nº 1, p. 83-94. A continuación publicó también "Note esegetiche a due frammenti del Digesto", publicada en Antología giuridica, Nº 3, fascículos 3-4, año 1889, p. 149-162. Publicó también "Dell'influenza dello Stato sullo sviluppo del Diritto Privato Romano" (Prolusione al corso di Pandette nella Reale Univ. di Macerata), Livorno, Tipográfica F. Vigo., 1889. p. 5-23. Publicó también "Il concetto della donazione nel diritto romano con richiami al codice civile italiano", publicada en el Studi e documenti di storia e di diritto, Nº 14, año 1893, p. 245-372. Publicó también "Sul concetto della donazione". (Risposta ad una critica del prof. Silvio Perozzi),



publicada en el *Archivio giuridico*, N° 59, año 1897, p. 42-66. Publicó también “*Trattato delle donazioni secondo il diritto civile italiano con riguardo al diritto romano e alla giurisprudenza moderna*”, publicada por la Casa editorial Librería “*Fratelli Cammelli*”, Firenze, año 1898. Una segunda edición ampliada de esta obra se intitula “*Trattato delle donazioni*”, publicada en Milán en 1935.

**ALFREDO ASCOLI** fue un brillante profesor de Derecho Romano en la Universidad de Macerata, de la cual pasó a la Universidad de Perugia y, luego, a la Universidad de Messina. Luego pasó a la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Pavía y finalmente a la Universidad de Roma donde enseñó de 1919 a 1930 la cátedra de Instituciones de Derecho Civil y el curso de Derecho Civil, dictando el cual se jubiló en 1933.

En 1909 fundó la *Rivista di Diritto Civile* y tradujo la “*Parte General del Derecho Privado Francés Moderno*” de Karl Crome (1859-1931), profesor de Pandectas y de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Bonn, quien fuera uno de los grandes maestros de la escuela de los pandectistas.

El maestro Scialoja lo llamó a integrar la “*Commissione per il dopo guerra*” y, luego, la “*Commissione Reale per la riforma del Codice Civile*”. Integró también la Comisión Redactora del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y Contratos.

Gracias a su carisma pedagógico y a su influencia política se conformó la “*Commissione per il dopo guerra*” y, luego, su sucesora, la así llamada “*Sottocommissione reale per la riforma del Codice Civile*”, así como del “*Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y Contratos*” y, sobre todo, el origen de la moderna escuela italiana del Derecho.

Empero, la “*Commissione per il dopo guerra*” no consagró en forma de proyecto de ley sus esbozos y reflexiones que eran, básicamente las doctrinas de Scialoja. Por ello, se creó la “*Real Comisión*” en 1923, por la cual Scialoja, nuevamente, asumía un rol importante en la primera sub comisión encargada de la reforma: Vicepresidente, el Profesor Vittorio Polacco e integrada además, por los romanistas Alfredo Ascoli, Giovanni Baviera, Carlo Fadda y a Paolo Emilio Bensa, entre otros grandes romanistas y civilistas, a quienes todos citamos a menudo.

Así, pues, la “*Commissione Reale*” sentó las bases para la reforma del Código Civil, en tanto que la reforma del proceso civil estaba constituida por una sub comisión, presidida por Ludovico Mortara, Vicepresidente: Giuseppe Chiovenda, e integrada por siete Profesores: Bolchini, Calamandrei, Cammeo, Carnelutti, Castellari, Menestrina y Redenti. La sub comisión trabajó hasta que, Mortara presentó al entonces Ministro de Justicia, Profesor Alfredo Rocco, el Proyecto que constaba de dos partes I.- Proceso de Cognición y II.- Proceso de Ejecución.

El proyecto consagraba las doctrinas del Profesor Carnelutti, no sin antes superar la antítesis de dos corrientes contrapuestas: una, la tendencia “*procedurista*”, representada por Ludovico Mortara y, la segunda, la tendencia “*procesalista*”, de inspiración austro-alemana, representada por Chiovenda, que consagraba los principios de oralidad e intermediación. Desde las primeras sesiones se advirtió la fuerza del pensamiento del gran profesor nacido en Udine el 15 de mayo de 1879, quien moriría en Milán, a los 86 años el 9 de marzo de 1965. La profundidad del pensamiento de Carnelutti era avasallante por su genialidad y su inspiración filosófica: “*la scienza non è scienza se non tende ad essere filosofia*” escribiría años más tarde en la pag. XVIII de la Prefazione a su genial “*Diritto e Processo*”. Era un pensamiento poliédrico el

del gran profesor de Udine, quien -por entonces- enseñaba en la Universidad de Padua y que, en esencia, consagraba la fórmula del concepto de “litis” como la clave de su pensamiento procesal. Este Proyecto fue publicado como suplemento en la “Rivista di diritto processuale”, en el año 1926, pero no alcanzó su consagración legal por las tensiones internas que se habían advertido y por falta de asimilación de las nuevas corrientes procesales que planteaba el pensamiento innovador de Carnelutti.

Paralelamente a todo esto y gracias a las grandes relaciones entre Francia e Italia, se gestaba un código franco-italiano de las Obligaciones.

La comisión, encargada del proyecto estuvo presidida por Vittorio Scialoja, y la integraban, por Francia: Henri Capitant, Ambroise Colin y Georges Ripert y, por Italia: Alfredo Ascoli, Roberto de Ruggiero y Antonio Azara.

El proyecto fue aprobado en París en octubre de 1927. No obstante, fue objeto de las críticas del Profesor Emilio Betti, gran romanista, gran civilista y gran procesalista, pero, francófilo y germanófilo. Lo cierto es, que el proyecto se archivó, básicamente por considerársele un mero “aggiornamento” del Código de Napoleón con algunas tímidas innovaciones y, además, por no haber tenido en consideración suficiente los aportes del gran Código Civil alemán y de la “Rechtswissenschaft”. Esta expresión es un neologismo creado por la escuela histórica alemana a través de la célebre revista que fundara Savigny en 1815, y que era la “Zeitschrift für geschitliche Rechtswissenschaft”. La expresión traduce la visión científica del Derecho que surge de una conjunción de la historia más la dogmática y la metodología.

Sentado ello, es preciso dejar constancia de que la comisión Real trabajó entre 1924 y 1937, proyectando los tres primeros libros del Código Civil: Libro Primero: Personas y Familia; Libro Segundo: Sucesiones y Donaciones; Libro Tercero: de la Propiedad, promulgados en 1938, 1939 y 1941, respectivamente. Sobre esta arquitectura del sistema clásico se superpuso una superestructura ideológica en la que estaban inmersos el Libro Cuarto que trataba de las Obligaciones, (ponente: Francesco Messineo, profesor en Milan), el Libro Quinto, que trataba del trabajo, (ponente Alberto Asquini, profesor en Roma) y el Libro Sexto, que trataba de la “tutela del Derecho”, (ponentes: Filippo Vassalli, profesor en Roma y Enrico Redenti, profesor de Derecho Procesal Civil en Bolonia).

Por ello podemos afirmar que existe paralelamente a la técnica jurídica un factor ideológico que ha incidido coyunturalmente a la dimensión normativa y que es la dimensión política, cuya evidencia indiscutible está en la “Carta del Lavoro” aprobada por el Gran Consejo del Fascismo en 1927 y cuyo valor jurídico fue establecido legalmente el 30 de enero de 1941 por el Rey Víctor Manuel III, en cuyo artículo primero se establecía que la “Declaración de la Carta del Lavoro constituye principio general del ordenamiento jurídico y da el criterio directriz para la interpretación y la aplicación de la ley”

La influencia ideológica en la génesis del Código italiano se consagra no sólo por la directriz hermenéutica de la Carta del Lavoro impuesta por el artículo primero de la Ley de 1941 firmada por el Rey Víctor Manuel sino, por la influencia personal que tuvo Dino Grandi, Ministro Guardasellos o Ministro de Justicia, entre el 12 de julio de 1939 al 6 de febrero de 1941. Esta influencia de Grandi se manifestó en sus discursos entre las cámaras. El más significativo de los cuales se llamó “Tradición y revolución en los Códigos mussolinianos” y ha sido citado reiteradamente por Filippo Vassalli, uno de los grandes civilistas y maestros de la “scuola italiana del



diritto”, co-autor del Código civil, en su artículo “Motivi e caratteri della codificazioni civile”, publicada en sus “Studi Giuridici”, volumen tercero, tomo segundo, y por la Dottoressa Maura Piccialuti Caprioli en su investigación historiográfica titulada “Documenti d’ archivio sulla codificazione del mille novecento quarantadue”, publicada en el Libro “Homenaje a Francesco Calasso” “Studi degli allievi”, página 566, Bulzoni editore, Roma, 1978.

Ahora bien, la influencia ideológica debe motivarse en dos causas: una “ad intra” o interior, que es la propiciada por los juristas ideólogos como lo fueron, Alfredo Rocco, el gran comercialista, Rector de la Universidad de Roma y Ministro de Justicia de Benito Mussolini y Emilio Betti, el gran romanista, civilista, procesalista, comparatista y hermeneuta. Pero el verdadero impulsor de la reforma fue Dino Grandi, Diplomático de carrera, embajador en Londres y, luego, Ministro de Justicia hasta el famoso “putsch” o rebelión de Ciano.

La influencia ideológica es, pues, una constante en la ecuación jurídica, conjuntamente con las normas, los valores, los hechos, el tiempo jurídico y el espacio humano si se asume que el Derecho no es una mera técnica neutral de los juristas sino que, éstos, reviven y reasumen, creativamente, mediante la “ratio legis”, los grandes temas de la época.

Al hablar del factor ideológico, como una de las grandes dimensiones del Derecho, debo decir breves palabras sobre uno de los más grandes maestros de la “scuola italiana del Diritto”: el maestro **EMILIO BETTI**. Betti fue uno de los más notables romanistas de todos los tiempos. Nació en Camerino el 20 de agosto de 1890 y murió el 11 de agosto de 1968. Romanista, civilista, procesalista, comparatista y hermeneuta fue, sobre todo, un gran maestro, un gran teórico general del Derecho. Pero fue también un político imbuido de la ideología de su tiempo. Germanófilo a ultranza denunció con graves palabras (pág. XVI de la Prefazione a sus “Istituzioni di diritto romano (volume primo, seconda edizione, ristampa, Cedam, Padova, 1947, volume secondo, “Il processo”, Padova, Cedam, 1933. *Aparentemente hay una paradoja cronológica. Lo que pasa es que la segunda edición del primer volumen de las “Istituzioni” de Betti, constituye una “ristampa” o sea una re-edición, su fecha 1947. La primera edición se publicó por la Cedam de Padova en 1929. Se trataba de una edición litografiada, cuyo volumen primero se intitulaba: “Parte generale e diritti reali” y constaba de 632 páginas, en tanto que la ristampa inalterata della seconda edizione publicada por la misma casa editorial constaba de 472 páginas. La primera edición del volumen segundo se intitulaba: “Il processo”, y fue editada por la Cedam de Padova en 1933, y pág. XX de su otro grande “capolavoro”, aludo a su “Diritto Processuale Civile Italiano”): “la mentalidad pueril, la moda efímera, la hipocresía y el fariseísmo imperante y, también, ese otro gran mal, el utilitarismo de la cultura promovido por una sobrevaluación de la técnica y el chauvinismo, el nacionalismo, el provincianismo del espíritu que amenaza con aislar espiritualmente a las naciones europeas... ”. Pero, por encima y más allá de la dimensión política del Derecho, Emilio Betti debe ser recordado como uno de los más grandes maestros de la “scuola italiana del diritto”.*



Está traducido al castellano, tanto su “Teoría general del negocio jurídico” por la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, cuanto su “Teoría general de las obligaciones”, 2 tomos, traducción y notas de José Luís de los Mozos, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; así como sus “Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico”, traducción de Leysser L. León, Ara editores, Lima, setiembre del 2001, su “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, traducción y Prólogo por José Luís de los Mozos, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975. En agosto de 1966, estando de visita en Buenos Aires, yo le propuse al maestro Santiago Sentís Melendo traducir conjuntamente su “Diritto processuale civile italiano”, seconda edizione corredata, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936. Por razones largas de contar, don Santiago declinó traducir esta obra clásica del pensamiento procesal. Han pasado los años y tampoco se ha traducido ni su “Teoría generale della interpretazione”, 2 tomos, Dott. A. Giuffré - editore, Milano, 1955, ni su “Diritto romano e dogmatica odierna”, (prolusión de Milán de 1927), ni su fundamental “Istituzioni di diritto romano”, volume primo, seconda edizione, ristampa, Cedam, Padova, 1947, volume secondo, Il processo, Padova, Cedam, 1933; ni “La crisi odierna della scienza romanistica in Germania”, estudio publicado en la Rivista del Diritto Commerciale, volumen 37, Año 1939, pag. 120 a 128; ni su “Studio e insegnamento del diritto romano”, estudio publicado en la revista “Labeo”, volumen 2º, Año 1950, pag. 54, etc. Con motivo del necrologio de Ernst Zitelmann escribió: “A proposito del valor didattico dello studio del diritto romano”, publicado en el “Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano”, volumen 34, Año 1925, pag. 49 a 365. Las grandes obras del profesor de Camerino son obras clásicas del pensamiento jurídico que deben ser leídas con fervor por los estudiosos de todo el mundo, superando los prejuicios ideológicos provenientes de una falacia: el argumento “ad hominem” y, en todo caso, testándose las frases circunstanciales de su ideología fascista. “Los libros, como los hombres, deben ser juzgados por lo que son y por lo que valen, no por como los querríamos”, dijo alguna vez el maestro Calamandrei en una celebre reseña bibliográfica a las “Istituzioni” de Francesco Carnelutti en la revista famosa que ambos fundaron y co-dirigieron.

En la génesis del Código Civil Italiano, debe recordarse los estudios de Betti criticando el proyecto franco-italiano de las obligaciones: “Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti” publicado en la Rivista del diritto commerciale, volumen 27, Año 1929, pag. 665 a 668. Luego, replicando al maestro Vittorio Scialoja quien, cáusticamente, lo había fustigado en su revista “Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano”, escribió: “Ancora sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti”, en la Rivista di diritto processuale civile, volumen 7, Año 1930, pag. 249 a 262; Luego, replicando la argumentación del Senador Mariano D’Amelio, escribió Betti: “Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti”, en la Rivista del diritto commerciale, volumen 28, Año 1930, pag. 184 a 189. Las críticas de Betti lapidaron definitivamente al proyecto franco-italiano de las obligaciones.

Por ello debe distinguirse “ad-extra” otra razón determinante en la génesis de la Codificación italiana y esta fue el nacimiento e impacto del Derecho Económico que surge en Alemania en 1920 con el famoso libro de Nussbaum intitulado “Das neue Wirtschaftsrecht”, “El Nuevo Derecho Económico”, el que está referido, en esencia, a las transformaciones sociales y económicas producidas como consecuencia de la guerra mundial.

Debe citarse, asimismo, el impacto producido por dos extraordinarios libros del profesor Hedemann: “Gründzüge des Wirtschaftsrechts”, “Fundamentos de Derecho Económico”, 1922, y “Deutsches Wirtschaftsrechts”, “Derecho Económico Alemán”, München, 1939.



Probada la influencia ideológica, el factor aludido, aun cuando es meramente marginal, integra la ecuación jurídica del Código civil italiano y explica suficientemente las vicisitudes en la reforma de 1942.

En esencia, dichas vicisitudes se contraen a sustituir el Libro de las Obligaciones por considerar que era, en gran medida, una recepción del proyecto franco-italiano, introduciéndose en el sistema el Proyecto del Código de Comercio y consagrando la unificación del Derecho Civil y Comercial en un Libro Quinto intitulado “Del Trabajo”, cuyo eje lo constituye la teoría de la empresa. He aquí la magistral definición de Alberto Asquini: “Il concetto di impresa è il concetto di un fenomeno economico poliedrico, il quale ha sotto l’aspetto giuridico non uno, ma diversi profili in relazione ai diversi elementi che vi concorrono. Le definizioni giuridiche dell’impresa possono quindi essere diverse secondo il diverso profilo, da cui il fenomeno economico è riguardato. È questa la ragione della mancata definizione legislativa; è questa, almeno in parte, la ragione del mancato incontro delle diverse opinioni finora manifestate nella dottrina. Uno è il concetto di impresa, come fenomeno economico; diverse le nozioni giuridiche relative ai diversi aspetti del fenomeno economico. Quando si parla genericamente di diritto dell’impresa, di diritto dell’impresa commerciale (diritto commerciale), di diritto dell’impresa agricola (diritto agrario), si considera l’impresa nella sua realtà economica unitaria (materia di diritto). Ma quando si parla dell’impresa in relazione alla sua disciplina giuridica, occorre operare con nozioni giuridiche diverse, secondo i diversi aspetti giuridici del fenomeno economico”<sup>(1)</sup>. Este carácter poliédrico de la empresa encuentra su clave conceptual en el artículo 2082 del Código Civil Italiano de 1942 que define al empresario, con el cual se sustituye al “ciudadano”, que era el gran protagonista del Código Civil Francés, y al “comerciante”, el otro gran sujeto de Derecho Comercial, por el concepto de empresario que es el nuevo gran personaje de la codificación y de la historia, quien encarna al nuevo Derecho en la sistematización contemporánea. Dice el artículo citado: “*Empresario: Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con finalidad de producción o de intercambio de bienes o de servicios*”.

Artículo 2083: “*Pequeños empresarios: Son pequeños empresarios los cultivadores directos del fundo, los artesanos, los pequeños comerciantes y aquellos que ejercen una actividad profesional organizada predominantemente con el trabajo propio y de los componentes de la familia*”.

En todo caso debe destacarse que estos factores ideológicos, internos y externos decidieron el rumbo sistemático, lógico y gnoseológico del Código civil italiano.

(1).- ALBERTO ASQUINI: “Profili dell’impresa” en su “*Scritti giuridici*”, volume terzo, pag. 101, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1961.

Así se explica la lógica y la argumentación planteadas por el profesor Alberto Asquini quien, como sabemos, fue el ponente del Libro V del Código Civil Italiano que trata “*Del Trabajo*”. **ALBERTO ASQUINI** nació en Udine el 12 de agosto de 1889. Fue un brillante profesor de Derecho Comercial en las Universidades de Urbino, Sassari, Messina, Trieste, Pavia, Padua y Roma. Sucedió a Vivante no solo en su cátedra de Derecho Comercial en la Universidad de Roma sino, también, en la dirección de su gloriosa *Rivista del Diritto Commerciale*, en la que escribió brillantes estudios a los que me remito: “Una svolta storica del diritto commerciale”, “Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione”, “L’architettura del libro del lavoro”, “Dieci anni dopo l’abrogazione del Codice di commercio”, “Profili dell’impresa”, “Nuove strutture dell’impresa”, “I battelli del Reno”. Estos estudios del maestro están recopilados en el volume terzo de sus “*Scritti Giuridici*”, editados por la CEDAM



- Casa Editrice Dott Antonio Milani, Padova, 1961. Pero, además, el maestro escribió otros notables estudios como “*Il contratto di trasporto terrestre di persone*”, Padova, 1915; “*Del contratto de transporte*” 2 volúmenes en el tomo 12 del “*Derecho Comercial*” por Bolaffio, Rocco y Vivante, EDIAR, S.A. Editores, Buenos Aires, 1949; “*Alfredo Rocco*”, publicado en sus “*Scritti Giuridici*”, volume secondo, Padova, 1939; “*Corso di diritto commerciale - Parte Generale*”, Roma, 1940; “*Corso di diritto commerciale - Le società*”, Roma, 1941; “*Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*” (con Francesco Camelutti y Lorenzo Mossa) en la *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, página 65; “*Corso di diritto commerciale - Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento*”. Ristampa riveduta, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1966.

En el volume terzo de sus famosos “*Scritti giuridici*”, edición citada, Asquini recopiló una serie de brillantes necrologios de los grandes maestros de la escuela comercialista italiana: Cesare Vivante, pag. 3; Vittorio Salandra, pag. 17; Antonio Brunetti, pag. 25; Giuseppe Valeri, pag. 31; Lorenzo Mossa, pag. 37; Tullio Ascarelli, pag. 45.

Las otras grandes figuras en la arquitectónica del Código Civil Italiano fueron:

**FILIPPO VASSALLI** quien nació en Roma el 7 de setiembre de 1885 y murió también en Roma el 16 de mayo de 1955. Su vida se caracterizó por el “calor de la simpatía que irradiaba su persona”, como reza la evocación que de él nos hizo Francesco Santoro Passarelli en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*<sup>(12)</sup>.

**FILIPPO VASSALLI** fue un gran Profesor de Derecho Civil en las Universidades de Camerino, Perugia, Cagliari, Genova y Torino y, luego, en la Universidad de Roma, donde impartió la docencia durante 25 años y por otros 10 años como Presidente de la Facultad de Derecho. En sus

(12).- FRANCESCO SANTORO PASSARELLI: “In memoria di Filippo Vassalli”, *Necrologio*, publicado en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno IX, 1955, pag. 245, 246.



años juveniles fue un brillante profesor de Derecho Romano, escribiendo una serie de ensayos romanísticos, entre los que descuellan su “*Falcidia stipulatio*”, “*L’origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali*”, “*La sentenza condizionale - Studi sul processo civile*”. Las reflexiones romanísticas se transformaron en reflexiones civilísticas cuando en 1918 asumió la cátedra genovesa de “*Instituciones de Derecho Privado*” y, sobre todo, cuando fue convocado a integrar la “*Comissione reale per il dopo guerra*” por imperio del Real Decreto del 3 de junio de 1924, comisión que, como sabemos, era presidida por el maestro Vittorio Scialoja, con Vittorio Polacco como Vice-Presidente e integrada por Alfredo Ascoli, Domenico Barone, Giovanni Baviera, Paolo Emilio Bensa, Gerolamo Biscaro, Pietro Bonfante, Biagio Brugi, Leonardo Coviello, Roberto de Ruggiero, Carlo Fadda; Luigi Rossi, Gino Segrè, Filippo Vassalli, Giulio Venzi, que era Presidente de Sección de la Corte de Casación.

Mas el proceso de elaboración de los Códigos Italianos fue el producto de una larga elaboración que pasó de la “*Commissione per il dopo guerra*”, integrada en su mayoría por un gran numero de romanistas, a una especial comisión presidida por Scialoja y Mariano D’Amelio para el estudio de toda la Parte General de las Obligaciones y para la distribución de las materias entre el Código Civil y el Código de Comercio.

Siguieron, luego, los trabajos de la subcomisión real para la reforma del Código Civil deviniendo en el proyecto del Libro Primero, habida cuenta que uno de los temas más fascinantes y necesarias era la reforma del Derecho de Familia, de la que resultó el proyecto presentado al Ministro Alfredo Rocco sobre el proyecto del Libro Primero referente al Derecho de Personas y Familia.

En esta obra trascendental **FILIPPO VASSALLI** tuvo a su cargo la redacción del título sobre el matrimonio. De esta época datan sus trabajos sobre “*Sull’errore nella persona come causa di nullità del matrimonio*”, y “*Della impotenza di generare come causa di nullità del matrimonio*” publicados en sus “*Studi giuridici*” editados por la “*Società Editrice del Foro Italiano*”, Roma 1939, sus “*Lezioni di diritto matrimoniale*”, Cedam, Padova, 1932 y sus “*Lineamenti del diritto delle persone nel nuovo codice civile*”, editorial A. Giuffrè, Milano, 1939. Vassalli no solamente fue el más notable escritor de Derecho matrimonial sino que, también, con Cicu, compartió la tarea de elaborar el Derecho de Sucesiones que constituyó el objeto del Libro Segundo del Código Civil Italiano. En la Universidad de Torino había desarrollado Vassalli un curso de Derecho Civil, intitulado “*Delle successioni*”, editorial Giappichelli, Torino, 1928. También intervino en materia de Derecho de Propiedad de lo que nos da cuenta el tomo segundo de sus ya citados “*Studi giuridici*”.

La reforma del Código Civil Italiano tuvo su fase crucial “entre los últimos meses de 1939 y los primeros días de 1941”, según palabras textuales de **Filippo Vassalli** planteadas en su fundamental estudio “*Motivi e caratteri della codificazione civile*”, publicado en sus “*Studi giuridici*”, volumen tercero, tomo II, “*Studi vari*” (1945-1955), pp. 605 a 639, con mas precisión, p. 616, nota 2 ; Editorial Giuffrè, Milano, 1960.

Es en esta época cuando se opera una reforma trascendental consistente en la unificación del Derecho Civil y Comercial mediante la decisión de suprimir el Código de Comercio y de dividir el Código Civil en seis libros añadiendo un quinto libro que trataría “*Del lavoro*” y de un sexto intitulado “*Della tutela dei diritti*”.

Este nuevo planteamiento se inspiraba en las **propuestas de Vassalli**, ideas de las cuales constituye un precioso testimonio su fundamental estudio, ya citado, intitulado *“Motivi e caratteri della codificazione civile”*.

Vassalli ha reivindicado la paternidad de esta decisión en la reunión de fines de 1940 llevada a cabo en el Palacio de Montecitorio sosteniendo que “el sistema del Código en seis libros, comprensivos de un libro de la empresa y del trabajo con la trasfusión de las materias del Código de Comercio y como desarrollo lógico a la ideología de la “Carta del Lavoro” a la codificación Civil”. No se puede negar la influencia de la ideología fascista y de las intervenciones personales del propio Dino Grandi según resulta de un significativo discurso del Ministro Dino Grandi intitulado “Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani. Discorso pronunciato in occasione del Rapporto tenuto dal Duce alle Commissioni per la riforma dei codici il 31 gennaio 1940”, XVIII, en el Palazzo Venezia, Roma, 1940, citado por Maura Piccialuti Caprioli en su estudio *“Documenti d’archivio sulla codificazione del 1942”*, en el volumen de Autores Varios: *“Per Francesco Calasso. Studi degli allievi”*, pag. 566, nota 3 ; Bulzoni Editore, Roma, 1978.

Este apasionante tema ha sido muy bien desarrollado por Maura Piccialuti Caprioli en su estudio precedentemente citado. Véase, además, de Rosario Nicoló la voz “Codice Civile”, en la *“Enciclopedia del Diritto”*, volumen VII, (Cir-Compa), pag. 240 a 250, Giuffrè editore, Milano, 1960; Véase, además, de Alberto Asquini la voz : “Codice di commercio”, en la *“Enciclopedia del Diritto”*, volumen VII, (Cir-Compa), pag. 250 a 255, Giuffrè, editore, Milano, 1960; véase, además, de John H. Merryman “Lo “stile italiano”: le fonti”, publicado en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año 1967, pag. 709 y siguientes; Alberto Asquini “Dieci anni dopo l’abrogazione del codice di commercio” en sus *“Scritti giuridici”*, volume terzo, pag. 99 a 117, Cedam, Padova, 1961; del mismo Asquini véase: “Una svolta storica del diritto commerciale”, en sus *“Scritti giuridici”*, cit., pag. 65 a 77; Roberto Bonini: “Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee”, seconda edizione, pag. 49 y siguientes, especialmente, pag. 62, Pàtron editore, Bologna, 1990.

Para concluir debo referirme a las propias ideas de **FILIPPO VASSALLI** expuestas en su *“Esame di coscienza di un giurista europeo”*, reflexión publicada en sus *“Studi giuridici”*, III, 2, cit., p. 765-777 y, sobre todo, en *“La missione del giurista nella formazione delle leggi”*, reflexión publicada en los *“Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti”*, volume primo: *“Filosofía e teoria generale del diritto”*, p. 491-503, Cedam, Padova, 1950.

**FILIPPO VASSALLI** fue, indiscutiblemente, un notable maestro del Derecho Civil y uno de los más geniales representantes de la “scuola italiana del diritto”.

**ROBERTO DE RUGGIERO** nació en Roma en 1875 y murió allí mismo en 1934. Romanista y civilista, fue profesor en las Universidades de Nápoles. Producto de sus investigaciones, fueron sobre todo *“La critica delle fonti e il metodo comparato nello studio del diritto romano”* y sobre todo sus *“Instituciones de Derecho Civil”*, cuya primera edición se escribió en 1911 con el título de *“Introduzione alle scienze giuridiche e Istituzione di diritto civile”* editada por Alvano, 1911 y cuya setima edición se publicó en 1934. Llamado a integrar la reforma del Código Civil, tanto en la “commissione per il dopo guerra”, cuanto en la sucesiva “Commisione Reale”, fue el ponente de la relación sobre el título V intitulada *“Della parentela e dell’affinità”*.

La figura de De Ruggiero está vinculada a la de **FULVIO MAROI** quien nació en Avellino en 1891 y murió en Roma en 1954 quien fue profesor en la Universidad de Parma y luego en la de



Torino y finalmente en la Universidad de Roma para dictar el curso de “Instituciones de Derecho Privado”. Con tal motivo, reeditó y actualizó las “Instituciones” de De Ruggiero; pero, además, publicó también dos volúmenes de “Scritti giuridici” publicados en 1956 por la editorial Giuffrè de Milano.

Fulvio Maroi fue autor de la ponencia sobre el título primero: “Delle persone fisiche”.

**GIOVANNI BRUNETTI** nació en Florencia en 1867 y murió en 1935. Fue profesor de Derecho Romano y de Derecho Civil en la Universidad de Messina, luego en la de Módena y finalmente en la de Florencia, donde Brunetti presidió por largos años la Facultad de Derecho. En 1924 fue llamado a la “Commissione reale per la riforma dei codici”. Su actividad estuvo dedicada fundamentalmente a los trabajos de la nueva codificación civil y particularmente al nuevo Derecho de Familia. Su tema favorito fue “La declaración judicial de muerte presunta”; así como también “La acción de paternidad y la acción de alimentos del hijo natural en el proyecto de reforma del libro primero del Código Civil”. Es suya también otra ponencia intitulada “Modalità sospensive e trasmissibilità del diritto nelle successioni testamentarie - contributo ai lavori della Commissione reale per la riforma dei Codici”.

**FRANCESCO FERRARA** nació en Avola el 21 de enero de 1877 y murió en Nápoles el 11 de diciembre de 1941. Fue discípulo de **GIACOMO VENEZIAN**, uno de los grandes patriarcas de la escuela civilista italiana, nacido en Trieste en 1861, muerto en combate luchando bajo las ordenes del mariscal Cadorna, en la tercera batalla del Isonzo, en la meseta del Carso, que duró entre el 18 de octubre al 3 de noviembre de 1915. Los informes oficiales del frente de combate hicieron hincapié en el magnífico valor de la infantería italiana y, en particular de sus oficiales en campaña. Los oficiales italianos procedían de las clases educadas, como el profesor Venezian quien fue un ferviente patriota y murió como un luchador a los 54 años; pero, sobre todo, es considerado, unánimemente, como uno de los patriarcas de la “scuola italiana del diritto civile”. El pensamiento de Venezian sobre el negocio jurídico indirecto, sobre el fraude y sobre la simulación me sirvió de inspiración para reflexionar sobre la Mala Fé que fue el tema de mi tesis de Bachillerato, en 1959 (véase: J. A. Silva Vallejo: “La Mala Fé en el Proceso Civil” en “La Ciencia del Derecho Procesal”, pag. 1080, Lima, 1991).

Discípulo de Venezian fue **FRANCESCO FERRARA** quien, a su vez, fué un brillante profesor en las Universidades de Camerino, Macerata y Bolonia. Su tesis de laurea versó sobre la simulación: “Della simulazione dei negozi giuridici”, Milano, 1906; 5ª edición, 1922; escribiendo, a continuación, “Teoria del negozio illecito”, 2ª edición, Milano, 1913. Luego, su pensamiento se desarrolla en la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Nápoles, siendo su tema favorito el de las personas jurídicas consagrado en el “Trattato di diritto civile italiano” dirigido por Filippo Vassalli, volumen segundo, tomo II, publicado por la U.T.E.T, Torino, 1938, obra que tuvo una segunda edición en 1956 y una reedición en 1958.

Sus ensayos exponen típicamente su pensamiento: “La teoria delle persone giuridiche nel progetto di codice civile italiano” publicado en sus “Scritti giuridici” impresos por la editorial Giuffrè, Milano, 1954; así como “Costituzione di persona giuridica in frode alla legge” y “Diritto delle persone e di famiglia”, editorial Jovene, Napoli, 1941.

Francesco Ferrara también fue un notable historiógrafo de la escuela italiana del Derecho. En tal sentido publicó: “Un secolo di vita del diritto civile (1839 -1939)”. Id: “Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto civile, negli ultimi cento anni”, Torino, 1939, traducido al

castellano, conjuntamente con el estudio de Francesco Carnelutti: "Usucapión de la propiedad industrial", editorial Porrúa, México, 1945.

**ANTONIO AZARA** nació el 18 de enero de 1883 en la Cerdeña y murió en 1967. Ingresó a la Magistratura en 1907 y llegó a ser Presidente de la Corte de Casación en 1952. Fue también Senador de la República por el Partido Demócrata Cristiano, Presidente de varias Comisiones, Ministro de Justicia y representante de Italia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dirigió desde 1957, con Ernesto Eula, la brillante enciclopedia "**Novissimo Digesto Italiano**", editada por la Unione Tipografico - Editrice Torinese (U.T.E.T.) que constituye una de las mejores fuentes para estudiar el pensamiento jurídico italiano. Anteriormente co-dirigió con Mariano D'Amelio la antecesora a esta gran enciclopedia: el "**Nuovo Digesto Italiano**" también editada por la U.T.E.T., entre 1937 a 1940. La primera edición de esta gran enciclopedia se intituló "**Digesto Italiano**" fundado y dirigido por Giuseppe Saredo, Luigi Lucchini y Pasquale Fiore y se publicó entre 1884 a 1921, también editada por la U.T.E.T.

**ANTONIO AZARA** fue uno de los representantes de la Comisión Italiana para elaborar el **Proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y Contratos aprobado en París en octubre de 1927**, llegando a ser su secretario bajo la Presidencia de Vittorio Scialoja. Así mismo, integró la Comisión encargada de proponer los proyectos para la reforma del Código Civil según lo establecido por el Real Decreto del 3 de junio de 1924, entregándose a dicha Comisión Real con los magistrados Alfredo Jannitti y Fulvio Maroi. Con tal motivo, fue ponente de la relación sobre la sección quinta intitulada "**Del patrimonio familiar**". Esta propuesta de Antonio Azara a la "Commissione reale" dió lugar a una notable reflexión intitulada "**Il patrimonio familiare nel futuro codice civile italiano e i beni di famiglia nella legislazione straniera**" publicada en los "Studi in onore di Alfredo Ascoli", pag. 245 a 270.

Pero, además fue el relator de la ponencia intitulada "**Delle cose di proprietà pubblica e di quelle di proprietà privata dello Stato e degli altri enti pubblici**"; así como también de la referente a "**Del condominio degli edifici**".

La figura de Antonio Azara fue la de un notable intelectual, un gran político y un gran magistrado de la Corte de Casación.

Pero, además, escribió obras notables, entre las que me permito destacar: "La personalità umana nelle dottrine giuridico-sociali", Roma, 1920; "I diritti dell'usufruttuario", Milano, 1926; "La locazione", Milano, 1928; "Il patrimonio familiare", Firenze, 1930; "Diritto delle persone e diritto di famiglia", Roma, 1935; "Propriété et droits réels", París, 1939; "Reformen der Personenstandgesetzgebung in Italien", Berlín, 1940; "Problemi della legislazione e della giustizia", Roma, 1948; "La magistratura di Sardegna", Roma, 1952; "Questioni attuali sull'amministrazione della giustizia", Roma, 1953; "Amnistia e indulto", Roma, 1953; "La giustizia nel Vangelo e nel costume odierno", Roma, 1954; "Politique du Conseil de l'Europe", Roma, 1955; "Riflessi economici, giuridici e politici del problema agrario nel campo internazionale", Firenze, 1956; "Considerazioni sui trattati europei", Roma, 1957.

**GEROLAMO BISCARO** nació en Treviso en 1858 y murió en Roma en 1937. Magistrado de carrera llegó a ser Presidente de Sección de la Corte de Casación. En 1924 fue nombrado miembro de la subcomisión para la reforma del Código Civil y fue ponente de la relación intitulada "**De la tutela de los menores**", así como también "**De la emancipación**".



**ANTONIO CICU** nació el 10 de junio de 1879 y murió en Bolonia a los 83 años, el 8 de marzo de 1962. Fue uno de los más grandes civilistas italianos de todos los tiempos, profesor en la Universidad de Bolonia, donde sucedió a otro gran maestro: **GIACOMO VENEZIAN** (1861-1915). Venezian, como ya lo dije anteriormente al evocar la figura de Ferrara, pertenece de lleno a la era de los patriarcas en la escuela civilista italiana, sus doctrinas nos han servido de inspiración y aun nos seguirán inspirando para profundizar el eterno problema del negocio jurídico indirecto, del fraude y de la simulación en el Derecho Civil y Procesal.

**ANTONIO CICU** fundó en 1947 conjuntamente con Enrico Redenti y Walter Bigiavi la *Rivista trimestrale di diritto e procedure civile*, editada por la Giuffrè de Milán, revista que constituye, hasta nuestros días, una de las más brillantes publicaciones trimestrales del pensamiento jurídico italiano.

Las doctrinas de Cicu están planteadas en su volumen programático sobre *“El Derecho de Familia”* publicado en 1914 y traducido al castellano por Santiago Sentís Melendo, con un estudio preliminar y adiciones por Víctor Neppi, Ediar, Sociedad Anónima, Editores, Buenos Aires, 1947; libro éste en el que se incluyen los artículos del Código Civil Italiano referentes al Derecho de Familia en los que fue ponente el maestro Antonio Cicu. En 1939 publicó un notable ensayo intitulado *“Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile”*. **La tesis fundamental de Cicu es que el Derecho de Familia, si bien disciplinado en el Código Civil, constituye un tertium genus entre el Derecho Público y el Derecho Privado, pero sin dejar de pertenecer a este último. El programa revolucionario de Cicu radica en la publicización del Derecho de Familia que, paradójicamente, constituía el núcleo central por antonomasia del Derecho Privado. La tesis de Cicu plantea una analogía entre la esencia de la Familia y la esencia del Estado, por lo que, en consecuencia, en la Familia, como en el Estado, los miembros singulares se hallan, entre sí, en una relación de subordinación a un poder superior.**

También en el Derecho de Sucesiones los aportes de Cicu fueron decisivos. Así, la distinción entre la “cuota de legítima” y la “cuota hereditaria”; así también la concepción de la división hereditaria como subrogación real sobre cuyos temas disertó brillantemente en otro libro clásico suyo intitulado *“La Successione ereditaria”*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1954.

Pero el pensamiento jurídico del maestro Cicu no se agota con sus dos grandes doctrinas sobre el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones -materias en las que fue ponente en el Código Civil Italiano de 1942-. También trató Cicu sobre las servidumbres prediales, el usufructo, el matrimonio, la filiación y la adopción, temas en los que descolló, haciendo de Cicu a una de las más grandes figuras de la escuela civilista italiana del siglo XX.

**FRANCESCO MESSINEO** nació en Reggio Calabria el 2 de junio de 1886 y murió el 1º de marzo de 1974. Su obra juvenil empieza con la traducción, introducción y notas a un libro genial: *“Lineamientos de Filosofía del Derecho”* de Hegel, publicado en 1903 cuya segunda edición se publicó en 1954. En el fondo, Messineo era un temperamento filosófico, inspirado por el pensamiento de Hegel. Yo creo que los grandes juristas son en el fondo, conciente o inconcientemente, grandes filósofos. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Messina, luego, en Ferrara, Macerata y, finalmente en la Universidad Católica del *“Sacro Cuore”* de Milán.

Luego de su obra juvenil Messineo escribió en 1915 su *“Teoría dell’errore ostativo”*. Otro libro suyo que nos ha inspirado es *“Il negozio giuridico plurilaterale”*, Milano, 1927; así como también *“I titoli di credito”*, Padova, 1928. Debo aún citar una colección de estudios intitulada

“Operazioni di banca e di borsa” (publicada en 1926, reeditada en 1953 y en 1966), reunida en 2 volúmenes, ensayística, ésta, que lo inspiró para fundar en 1934 y dirigir hasta su muerte, el 1º de marzo de 1974, la revista “**Banca, Borsa e Titoli di credito**”, rivista di dottrina e giurisprudenza, editada por la Giuffrè de Milano, que constituye, hasta nuestros días, otra de las grandes revistas del pensamiento jurídico italiano. Así mismo integró el Comité de Dirección de la “**Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**” fundada por Cicu y por Redenti en 1947, órgano dialéctico y central atómica de la “scuola italiana del diritto”.

El pensamiento de Messineo culmina y está simbolizado por dos grandes obras famosas: su “Manual de Derecho Civil y Comercial”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Prólogo de Vittorio Neppi, 9 tomos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954; y su otra no menos famosa obra clásica: “Doctrina General del Contrato”, traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, notas de Derecho Argentino por Vittorio Neppi, 2 tomos, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

Desde estas dos grandes obras el pensamiento de Messineo ha influido poderosamente en la escuela civilista y comercialista peruana, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Los considerandos de nuestras sentencias estaban influenciados, tanto en sus “*ratio decidendi*”, cuanto en sus “*obiter dictum*”, por las doctrinas de Francesco Messineo; y así lo citábamos, una y otra vez, al dar cuenta de mis expedientes en la Sala Civil de la Corte Suprema, inspirándonos en el gran ponente del Libro IV del Código Civil Italiano de 1942 que trata “De las obligaciones”.

No obstante la grandeza de su figura científica estaba siempre dispuesto a aceptar cualquier crítica. Por esto ha dicho Luigi Mengoni en su necrologio publicado en la “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1975, pag. 814, “si considerava sempre un apprendista, pronto a imparare ed a accettare una critica oggettiva e spassionata e proprio per questo polemizzava frequentemente con tutti confrontandosi in assoluta parità”.

Véase para ulteriores investigaciones y reflexiones los “Studi in onore di Francesco Messineo, per il suo XXXV anno di insegnamento”, 4 vols., Giuffrè editore, Milano, 1959.

**LUDOVICO BARASSI** nació el 3 de octubre de 1873 y murió el 6 de febrero de 1961 a las 5 de la mañana, cuando tenía 88 años. Con Barassi desapareció el último patriarca de los “capocuola”, a los que Betti llamaba “la edad patristica” de la ciencia civilística italiana. A los 22 años obtuvo la “laurea” en jurisprudencia y a continuación se fue a perfeccionar en la Universidad de Berlín, bajo la enseñanza de Lothar Alfred Pernice (1841-1901), el gran autor de “Marcus Antistius Labeón”; de Otto von Gierke y del pandectista Heinrich Dernburg. Arribó a la cátedra universitaria en 1900 dictando cátedra en Perugia, Genova, Pavía y, desde 1924, en la Universidad Católica del “Sacro Cuore” de Milán, en la cual fue declarado profesor emérito después de dictar los cursos de Derecho Civil y Derecho del Trabajo.

Sus obras fundamentales son: “I diritti reali limitati. In particolare l’usufrutto e le servitù”, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1947; “La proprietà nel nuovo codice civile”, seconda edizione riveduta, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1943; “Le successioni per causa di morte”, terza edizione riveduta, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1947; “La famiglia legittima nel nuovo codice civile”, terza edizione aumentata, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1947. Además escribió “Teoria della ratifica del contratto annullabile” que es toda una piedra miliar en la doctrina del negocio jurídico unilateral. Por sus brillantes perfiles civilísticos fue llamado a integrar la



“Comisión Real para la reforma del Código Civil”, en la que fue ponente del libro “De la cosas y de los Derechos Reales”.

Pero además sus aportes como laboralista fueron decisivos con sus libros “Il contratto di lavoro”, Milano, 1901; “Il diritto del lavoro”, 3 vols., Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1957; “Teoria della ratifica del contratto annullabile”, Milano, 1898; “Previdenza sociale e lavoro subordinato”, 2 vols., Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1954; “Elementi di diritto del lavoro”, 7ª ediz., Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1957.

El Código Civil Italiano fue aprobado por Real Decreto del 16 de marzo de 1942, suscrito por Víctor Manuel III, Rey de Italia, de Albania y de Etiopía y por el Ministro Guardasellos Dino Grandi, con arreglo a la siguiente estructura: Disposiciones sobre la ley en general: Capítulo I: De las fuentes del Derecho; Capítulo II: De la aplicación de la ley en general. **Libro Primero:** De las personas y de la familia; **Libro Segundo:** De las Sucesiones; **Libro Tercero:** De la propiedad; **Libro Cuarto:** De las obligaciones; **Libro Quinto:** Del trabajo; **Libro Sexto:** De la tutela de los Derechos.

Concluyendo: a los 52 años de promulgado el Código Civil Italiano podemos sintetizar que su aporte decisivo ha consistido en configurar a la dogmática clásica de la tradición romanista una nueva dimensión que, fundándose en la incorporación de la economía organizada y concretándose en la teoría de la empresa, proyecta una nueva dogmática que trasciende a los clásicos perfiles de la vieja teoría pura del Derecho Civil de inspiración romanista: personas, familia, sucesiones, Derechos Reales, obligaciones y contratos, para comercializar el derecho civil a la luz de la doctrina de la empresa y de la unificación de las Obligaciones en una sola codificación. Véase: **GIOVANNI PACCHIONI:** “Osservazioni e proposte sul progetto del III libro del codice civile”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1937; **PANDOLFELLI G. – SCARPELLO G. – STELLA RICHTER M. – DALLARI G.:** “Codice Civile: libro I (illustrato con i lavori preparatori e con note di commento) II ediz. Integrata con le disposizioni di attuazione e transitorie”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1940; **PANDOLFELLI G. – SCARPELLO G. – STELLA RICHTER M. – DALLARI G.:** “Codice Civile: Libro delle obbligazioni (illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1942; **PANDOLFELLI G. – SCARPELLO G. – STELLA RICHTER M. – DALLARI G.:** “Codice Civile: Libro del lavoro (illustrato con lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie)”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1942; **NATALINO IRTI (1936):** “Scuole e figure del diritto civile”, 2ª ed., 2002; id.: “La edad de la decodificación”, editorial Bosch, Barcelona, 1992; **FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI:** “Spirito del diritto del lavoro”, en sus “Saggi di diritto civile”, volume secondo, pag. 1069 y ss., Casa Editrice Dott. Antonio Jovene, Napoli, 1961; **PIETRO RESCIGNO:** “Introduzione al Codice Civile”, Bari, 1992; **PIETRO RESCIGNO:** “Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000; **PIETRO RESCIGNO:** “Persona e comunità. Saggi di diritto privato”, 3 vols., Cedam, Padova, 1987; **AUTORES VARIOS:** “La Civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi. Tra crisi dogmatica e riforme legislative”, Cedam, Padova, 1991; **GIORGIO OPPO:** “Scritti giuridici”, vol. 1: “Diritto dell'impresa”, “Ricordo di Alberto Asquini”, “L'iniziativa economica”, “Impresa e imprenditore”, etc.; Vol. 2: “Diritto delle società”; vol. 3: “Obbligazioni e negozio giuridico”; vol. 4: “Banca e titoli di credito”; vol. 5: “Persona e famiglia”; vol. 6: “Principi e problemi del diritto privato”; Cedam, Padova, 1992; **GUIDO ALPA- PAOLO ZATTI:** “Letture di diritto civile”; Cedam, Padova, 1990; **GUIDO ALPA-GIUSEPPE SBISÀ-PIETRO MARIÁ PUTTI:** “Antologia di leading cases”; Cedam, Padova, 2001; **GUIDO ALPA-PAOLO ZATTI:** “La riforma del codici civile”, Cedam, Padova, 1994.

Esta es la idea y esta es la conclusión. Sostengo, pues, que también la reforma del Código Civil peruano ha de inspirarse en este principio del sistema: la unificación del Derecho Civil y Comercial a la luz de la doctrina de la empresa. Esto quiere decir que el Código peruano de 1984 con las reformas técnicas que se han sugerido o que estén por sugerirse por cada uno de sus Libros, debe incorporar a su estructura sistémica un nuevo Libro que trate de la empresa. En suma, considero que el proyectado Código de la Empresa que se está plasmando en sede legislativa como sucedáneo al Código de Comercio debe ser incorporado al Código Civil, no sólo para su fortalecimiento por ser la segunda norma de importancia en el país, sino porque, la abrogación del Código de Comercio debe plantearse en sede civil mediante un nuevo Código que incluya entre uno de sus libros a la Empresa.

La atingencia de que ciertas normas específicas no puedan ser incorporadas al Código Civil, por ser especiales, tales como el contrato de seguro, el de transporte o de los contratos bancarios, constituyen meras aforas sistémicas, que se superan a la luz del Derecho Comparado, de la Teoría General del Derecho y de la unificación sistemática. Entran aquí en juego dos contrapuestos principios de técnica legislativa que el gran procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo denominaba principio de conservación y principio de innovación. Por el primero, el legislador no debe olvidar nunca, que por muy viejo que sea un edificio, siempre de su derribo se obtienen materiales para construcciones futuras: por el segundo, se remedian los males observados durante la aplicación del Código.

Por tanto, el principio innovativo justifica la inclusión de estos temas en la reforma del Código Civil, alma mater de los Códigos. Así lo demuestra el Derecho Comparado, el proceso de reforma del Código Civil Italiano y más recientemente, el Código Civil Holandés de 1992, el Código Civil Brasileño del 2002 y el Proyecto de Código europeo de las Obligaciones y Contratos.





**CAPÍTULO CIV**

**LA ESCUELA HOLANDESA  
Y EL CODIGO CIVIL HOLANDES  
DE 1992**





## CAPÍTULO CIV

# LA ESCUELA HOLANDESA Y EL CODIGO CIVIL HOLANDES DE 1992

El Libro VIII del Código Civil holandés, constituye la prueba más evidente de cómo una materia especial como el transporte aéreo, marítimo, fluvial y terrestre, puede ser regulada en sede general por el alma mater de toda codificación: el Código Civil.

La escuela civilista holandesa ha tenido como inspirador al insigne profesor de la Universidad de Leyden, Eduard Mauritz Meijers (1880-1954) quien había recibido el encargo en 1947 por la reina Guillermina de reformar el viejo Código Civil (Burgerlijk Wetboek) =(B.W.) de 1838. Este, como así también el viejo Código de Comercio (Wetboek van Koophandel), que también data de 1838 se inspiraban en el Code Napoleón de 1804 y en el Code du Commerce frances de 1807. (véase al respecto: A. Hartkamp: "Vers un nouveau Code Civil Néerlandais", en la Revue International de Droit Comparé, 1982, p. 320; Konrad Zweigert e H. Köts, "An introduction to comparative law". Ámsterdam-Oxford-New York, 1977, pp. 92 ss.).

Luego de una serie de vicisitudes, especialmente la muerte del professor Meijers en 1954, quien luego seria continuado por sus discípulos, los profesores J. Drion, F. J. De Jong, J. Eggen quien seria sustituido a su vez por el profesor G. De Groot, el Código Holandés fue promulgado en 1992.

**EL NIEUW BURGERLIJK WETBOEK (N. B. W.)** del 1° de enero de 1992 consta de 8 Libros:

- 1.- Familia y Personas Físicas.
- 2.- Personas Jurídicas.
- 3.- Parte General del Derecho Patrimonial.
- 4.- Sucesiones.
- 5.- Derechos Reales.
- 6.- Obligaciones.
- 7.- Contratos Especiales.
- 8.- Derecho de los Transportes.

Cuatro innovaciones revolucionarias caracterizan al N. B. W:

- 1.- La Abrogación del Código de Comercio ( Wetboek van Koophandel ) ( W. v. K.) y su incorporación en el Libro II que trata de las Personas Jurídicas.
- 2.- La Regulación en el Libro 8° del Derecho de los Transportes Civil, Marítimo, Aéreo y Fluvial.
- 3.- La Incorporación en el Derecho Civil del Derecho Industrial ( Derecho Marcario, Derecho de Autor e Intelectual ) el que debió estar regulado en un Libro 9°, libro que no ha entrado en vigor porque su disciplina ha sido absorbida por una Ley uniforme para todos los países del Benelux.

4.- La regulación en el Código Civil del Derecho Agrario y Laboral, sancionándose así mismo la responsabilidad del productor (Produktenaansprakelijkheid) y la represión de la publicidad agravante (Misleidende reclame).

Concluyo. La reforma de todo código es como echar a la calle a un ser querido con quien hemos intimado entrañablemente con los años. Como dice el profesor Guillermo A. Borda “un viejo Código es como un viejo amigo. Conocemos sus virtudes y sus defectos. - Tiene la autoridad que dan los años”<sup>(5)</sup>. El profesor Felipe Osterling sostiene que “un Código Civil debe tener permanencia. Esta necesidad es exigida no sólo por elementales principios de seguridad jurídica, sino porque él requiere decantarse mediante su estudio, divulgación e interpretación, lo cual sólo se logra a través del transcurso del tiempo, pues de lo que se trata, en definitiva es, que un Código Civil se consolide a través de la interpretación con una jurisprudencia firme y uniforme <sup>(6)</sup>.

El Código de 1984 en sus líneas fundamentales debe mantenerse vigente. Pero, es necesario hacer una reforma estructural consistente en la introducción de un nuevo Libro que trate de la Empresa, cuya sede es la central del viejo Derecho Comercial. Además, estimo que ha sido un grave error en la reforma del Código Civil dejarse contaminar con el término de “pretensión” desalojando a la clásica voz “acción”. La acción es el genero conceptual que abarca dos especies: una, la Pretensión que se dirige contra el adversario y, dos la “klage” o derecho objetivo de acción que se dirige hacia el Estado solicitando la tutela jurisdiccional del Derecho: tal es la doctrina de Windscheid, la que en el Perú ni siquiera se ha leído o, por lo menos, se ha distorsionado, incurriéndose en error obstativo que, a mayor abundamiento, deviene en anacronismo. Así, pues, hemos regresado a la época de Celso, que es del siglo II. Tal es la paradoja histórica en la que se ha incurrido y es por ello conveniente reflexionar sobre este error que distorsiona el conceptualismo del Código Procesal Civil, tan plagado de funestos errores y que repercuten en la dogmática del Derecho Civil contaminando a nuestro Código con expresiones fatales.



**CAPÍTULO CV**

**EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO**





## CAPÍTULO CV

# EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO

El nuevo Código Civil Brasileño promulgado el 10 de Enero del 2002 derogó al viejo Código de 1916 cuyo autor, el profesor Clovis Bevilacqua, se había forjado en las rudas canteras de la escuela de los Pandectistas Alemanes, lo que explica su germanofilia y la inspiración de su Código en la sistemática y en la ideología del B. G. B.

Dos anteproyectos se tuvieron a la vista, que fueron los anteproyectos de Código de las Obligaciones de 1941 y el de 1965, así como el anteproyecto de Código Civil de 1963 elaborado por el profesor Orlando Gomes.

Los anteproyectos de Código de las Obligaciones de 1941 y el de 1965 fueron elaborados por los profesores Orosimbo Nonato, Presidente, Caio Mário da Silva Pereira, Relator-General, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Theophilo de Azevedo Santos y Nehemias Gueiros.

El nuevo Código Civil Brasileño fue elaborado por una comisión presidida por el profesor MIGUEL REALE en su calidad de Supervisor de la Comisión Redactora e integrada por los profesores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM, SYLVIO MARCONDES, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS DO COUTO E SILVA e TORQUATO CASTRO, quienes elaboraron, respectivamente, las materias relativas a la Parte General, Derecho de las Obligaciones, Negocio Jurídico, Derecho de las Cosas, Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones, respectivamente.

Esta es la sistemática del nuevo Código Civil Brasileño del 2002:

### PARTE GENERAL:

LIBRO I - De las Personas.

LIBRO II - De los Bienes.

LIBRO III - De los Actos Jurídicos.

### PARTE ESPECIAL

LIBRO I - Del Derecho de las Obligaciones.

LIBRO II - Del Derecho de la Empresa.

LIBRO III - Del Derecho de las Cosas.

LIBRO IV - Del Derecho de Familia.

LIBRO V - Del Derecho de Sucesiones.

LIBRO COMPLEMENTARIO: Disposiciones Finales y Tránsitorias





CAPÍTULO CVI

LA ESCUELA CIVILISTA PERUANA





## CAPÍTULO CVI

### LA ESCUELA CIVILISTA PERUANA

Esta escuela ha tenido, a mi modo de ver, tres grandes fases o momentos, a saber: la fase auroral, iniciada con el temple y el ardor de don MANUEL LORENZO DE VIDAURRE: allí está su obra y su pensamiento pujante y tormentoso, apasionado y contradictorio, cuyo Proyecto de Código Civil de 1834 constituyó el primer trabajo de Codificación nacional. El Código de Santa Cruz de 1836, de vida efímera, inspirado en el Código Boliviano de 1830 y en el Código de Napoleón, tenía que dar paso a una obra de envergadura auténtica como lo fue el Código de 1852, obra de don MANUEL PÉREZ DE TUDELA, don FRANCISCO JAVIER MARIÁTEGUI, don MANUEL LÓPEZ LISSON, don MARIANO CARRERA, don JOSÉ JULIO ROSPIGLIOSI, don JOSÉ LUÍS GÓMEZ SANCHÉZ y don JOSÉ MANUEL TIRADO.

El Código de 1852, ha dicho RÓMULO LANATTA “es considerable mérito por la claridad de sus disposiciones, por la perfecta concordancia entre ellas y por la minuciosa previsión con que resolvió la difícil problemática del régimen sucesoral”.<sup>(1)</sup>

La segunda fase de la escuela civilista peruana, fase o período de transición, corresponde a una primigenia búsqueda de interpretación de la realidad jurídica peruana, cuyas características han sido expuestas, primero en el famoso discurso de don MANUEL VICENTE VILLARAN de 1900 sobre las profesiones liberales y en su tesis de 1908 sobre “*La educación nacional y la influencia extranjera*”, así como en “*El Perú contemporáneo*” de García Calderon; pero, sobretudo, en el pensamiento de José Carlos Mariátegui, de VÍCTOR RAUL HAYA DE LA TORRE, de VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE y de JORGE BASADRE. Se trata de establecer cuáles son las esencias de esta realidad multiforme, poliédrica, pluridimensional y de contrastes en su espacio-tiempo histórico y jurídico que es el Perú costeño, el Perú serrano de las comunidades de Rumi y de Uchuracjay y el y el Perú selvático de “Sangama” o de la “Serpiente de oro” y de la “Yacumama”.

Este Perú diacrónico y dialéctico ha pretendido ser regulado por los juristas que han influido, a través de sus obras, de sus doctrinas y sus Códigos, a esta época multiforme y de contrastes. Es la obra de don TORIBIO PACHECO, es el “*Derecho Civil Común*” de don CESAREO CHACALTANA de inspiración liberal, es el “*Tratado de Derecho Civil Peruano*” de don RICARDO ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, inspirado en los planteamientos del Colmet de Santerre, su maestro y son los “*Comentarios al Código Civil*” de don ANGEL GUSTAVO CORNEJO, publicados en Chiclayo en 1921.

La tercera fase de esta escuela la denomino clásica y corresponde a la del Código Civil de 1936, inspirado en la sistemática del Código Suizo y en las doctrinas imperantes de PLANIOL y VELEZ SANSFIELD. La crítica mordaz de RIVA-AGÜERO en su famoso Discurso pronunciado el 8 de Marzo de 1937 al dejar el Decanato del Colegio de Abogados de Lima, no fue lo suficientemente profunda para acallar el mérito de sus virtudes sistemáticas, la elegancia escultórica de su estilo aplíneo y su indiscutible claridad, que hicieron de sus grandes redactores prototipos

(1). RÓMULO LANATTA: “Derecho de Sucesiones”, tomo I, pag. 118 in fine, Segunda Edición, Editorial Desarrollo, Lima 1981.

clásicos del Renacimiento, cuyos perfiles eran como los de la estatuaría griega, semejante a los jurisconsultos clásicos del Derecho Romano o como los grandes profesores de Bolonia, de los que la Brocárdica decía: “*Nemo bonus iurista nisi sit bartolista*”; o: “*Qui non gnossit glossa non gnossit iura*”.

Tres grandes figuras doctrinarias constituyen, a mi modo de ver, los prototipos carismáticos de esta época: don **MANUEL AUGUSTO OLAECHEA**, don **ANGEL GUSTAVO CORNEJO** y don **JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN**.

Parco escritor, **OLAECHEA** prefirió dejar a la posteridad la labor de interpretación y exégesis doctrinaria de su obra legislativa, condensando su pensamiento en luminosos memorandos, en la exposición de motivos y en el articulado del Código Civil; **CORNEJO**, en cambio, en su voluminosa producción formuló los principios sistemáticos de nuestra escuela civilista; entre los dos, **LEON BARANDIARÁN**, en su enciclopédica producción se convierte en el maestro por antonomasia del Derecho Civil en el Perú con una obra que, por su mole y por la amplia vastedad de su contenido, merece recibir en ediciones posteriores el nombre de “*Obras Completas*” u “*Opera Omnia*” en la que se incluyan sus ensayos y conferencias.

Prolongación y desarrollo de este pensamiento es la nueva fase de la escuela, que yo la califico de humanista y ontológica, por convertir al hombre y a su acto jurídico en el eje y centro del sistema; fase áurea del momento clásico, representada por el Código de 1984 y sus autores que, cual constelación de estrellas, son las luminarias de un firmamento científico en el cual refulgen y brillan con luz propia **JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN** y **ROMULO LANATTA**, el otro gran patriarca venerable de la escuela y también sumo maestro a quien hoy rendimos homenaje como “*lucerna iuris*”, conjuntamente con los grandes maestros de la segunda y tercera generación.<sup>(2)</sup>

Lo hacemos desde lo mejor y más profundo de nuestro corazón e intelecto, porque, como profesor y como magistrado, al citar en mis sentencias o en mis clases algún párrafo de antología de estos grandes maestros –como aquel en el que **ROMULO LANATTA** combatiendo el sistema de la herencia del cónyuge supérstite en el Código del 36 fustigaba su absurdo artículo 704 que lo convertía en “un legitimario sin legítima y en un heredero sin herencia”<sup>(3)</sup>–, me asemeja estar escuchando, por su estilo clásico a una de esas frases escultóricas de Horacio o de Virgilio o a alguna de esas lapidarias sentencias de los grandes maestros de Bolonia, de los que la brocárdica decía “*chi non ha Azzo non vada a Palazzo*”.<sup>(4)</sup>

(2).- A saber **CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO**, autor del Libro I, sobre Derecho de las Personas; **HECTOR CORNEJO CHAVEZ**, autor del Libro II sobre Derecho de Familia y autor de un notable “Derecho Familiar Peruano”, en dos tomos, última edición, Lima, 1984; **MAX ARIAS SCHREIBER PEZET** autor del Libro VII sobre Fuentes de las Obligaciones; **FELIPE OSTERLING PARODI** autor del Libro VI que trata de las Obligaciones; **JORGE AVENDAÑO VALDEZ**, autor del Libro V que trata de los Derechos Reales; **FERNANDO VIDAL RAMÍREZ** autor del Libro VIII que trata de la Prescripción y de la Caducidad; **DELIA REVOREDO MARSANO** autora del Libro X, que trata del Derecho Internacional Privado, debe tenerse en cuenta a los profesores y juristas que integraron la Comisión Revisora tales como **CESAR FERNANDEZ ARCE** y **JACK BIGGIO CHREM**. Entre los que aportaron doctrina y ciencia del Derecho, sugerencias normativas y legislación comparada, jurisprudencia, instituciones y proyectos de articulado debe recordarse fundamentalmente a los profesores **JORGE VEGA GARCÍA**, **JORGE EUGENIO CASTAÑEDA** y **LUCRECIA MAISCH von HUMBOLDT** prematuramente fallecidos cuando la ciencia y la escuela esperaba aún tanto de ellos; **SHOSCHANA ZUSMANN TINMANN** por sus aportes en materia de Acto Jurídico; **MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE** por sus decisivos aportes al Derecho Contractual y al Acto Jurídico; **ROBERTO MAC LEAN UGARTECHE** en el Libro X (Derecho Internacional Privado); **JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO** en el Título Preliminar (artículo VII); **CARLOS CARDENAS QUIROS** y **ANGELA ARIAS SCHREIBER MONTERO** en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones).

(3).- **ROMULO LANATTA**: “Nota sobre la supresión del artículo 704 del Código Civil de 1936”, en el Código Civil Parte III, tomo V, pag. 49 in fine, de la Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1989.- Véase además **ROMULO LANATTA**: “Derecho de Sucesiones”, tomo II, pag. 799, en la que el maestro, citando a León Barandiarán, sostiene que la interpretación del artículo 704 constituía “el problema más difícil de la hermenéutica jurídica”. Véase su juicio crítico en las páginas 278, 277, 278, 279, Editorial Desarrollo, Lima, 1981.

(4).- Aludo aquí al eximio **AZÓN**, gloria y luminaria de la escuela de los Glosadores, muerto hacia 1180, que representa la cumbre de la escuela cuyo ciclo cierra **ACURSIO**, antes del advenimiento de los Comentaristas o Post-Glosadores.



Como gran jurista y profesor que es, yo veo en la vida y en el pensamiento de **ROMULO LANATTA**, a una gran vida, paralela en su más elevado sentido plutarquiano, a la de los grandes jurisconsultos clásicos o a la de los grandes “*Professorenrecht*”. Esta expresión alemana fue desarrollada por Paul Köschaker para designar a un “Derecho Profesoral”, que es el desarrollado académicamente en las lecciones universitarias o en la doctrina que fluye de los libros e investigaciones docentes, a diferencia del “*Juristenrecht*” o “Derecho de juristas” que es el desarrollado en el Foro y en la Jurisprudencia de los magistrados.<sup>(5)</sup>

Pero, como los Códigos empiezan a descodificarse desde el mismo día de su promulgación, porque, no es posible que hayan previsto, de antemano todos los casos posibles, es preciso que la escuela civilista se renueve en una dinámica de la creación constante por vía doctrinaria y jurisprudencial, que ha de constituir y, de hecho, ya constituye, una fase ulterior, la ultimísima, la actual, en el desenvolvimiento histórico del Derecho Civil y que denomino la fase hermenéutica o pluridimensional, en evidente alusión, primero, a que el Derecho es fundamentalmente una ciencia interpretativa y, segundo, a que el Derecho es una ciencia pluridimensional.

Lo primero, porque, como el propio maestro **ROMULO LANATTA** ha demostrado en su estudio “*La justicia en la interpretación de la ley*”, publicado en el Libro Homenaje a León Barandiarán, pag. 295, “el problema de la interpretación de la ley es cuestión fundamental de técnica jurídica. Suplir los vacíos de la ley en los casos de silencio de ésta, precisar el sentido de los textos oscuros y definir el valor relativo, que aún en los casos de aparente claridad tienen las normas legales, frente a las múltiples situaciones que presenta la realidad, es difícil y delicada tarea”. “Un Código, añade **ROMULO LANATTA**, queda librado a la sagacidad, a la prudencia y al criterio jurídico del magistrado”.

Lo segundo, porque, superando los estrechos límites del normativismo puro y del legalismo a autrance y trascendiendo los demás infra-dimensionalismos de carácter uní, bi e, incluso, tridimensional, la Ciencia del Derecho se despliega y desenvuelve integralmente mediante una declinación dialéctica que fluye y discurre intra-sistemáticamente y se inserta mediante la interpretación en un análisis integral de las normas, hechos, valores y principios que se dan en un espacio-tiempo jurídico determinado.

Así, pues, la última fase de la escuela civilista peruana es la que está surgiendo en la doctrina y en la jurisprudencia merced a las investigaciones teóricas y a las reflexiones hermenéuticas que hacemos en el Poder Judicial los jueces en nuestra labor de aplicación y creación jurisprudencial del Derecho.

<sup>(5)</sup>.- **PAUL KOSCHAKER**: “Europa y el Derecho Romano”, pag. <sup>III</sup>, traducción castellana, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, <sup>1988</sup>.



Don **ANGEL GUSTAVO CORNEJO** fue el gran iniciador, el gran patriarca de la escuela civilista peruana. Cornejo fue el iniciador de la corriente sistemática con la exposición de su Derecho de las Personas, con su Teoría del Acto Jurídico, así como del Derecho de las Obligaciones y del Derecho Contractual Peruano, tanto en su obra de conjunto como, en especial, en aquella obra tan hermosamente dedicada a don Manuel Augusto Olaechea, maestro insigne de Obligaciones y Contratos y autor del libro V del Código Civil de 1936. La dedicatoria de don Angel Gustavo Cornejo, dice así: "Dedico a Manuel Augusto Olaechea egregio Abogado, propulsor de la reforma del Código y Catedrático titular del Tercer curso de Derecho Civil (Derecho de Obligaciones) en la Universidad de San Marcos. El escaso valor de mi homenaje se compensa con el sano propósito de testimoniarle mi cordialísima amistad y mi sincera admiración. Lima, julio de 1938".

Don Angel Gustavo Cornejo nació en Arequipa en 1875 y murió en Lima en 1943. En 1896 dirigió con don Francisco Mostajo "El Torneo". Luego, en 1907, fue elegido Diputado. Al término de la legislatura fue designado Juez de Primera Instancia en Chiclayo y allí se hizo muy amigo de mi abuelo, don Nicanor Silva Villarreal. En Chiclayo, además, ejerció la docencia de Historia Universal en el Colegio Nacional de San José en el cual fue profesor de José León Barandiaran a quien sugirió que escogiera la carrera de Derecho, en la cual destacaría, años más tarde, primero como ayudante del doctor Cornejo en su cátedra de Derecho Civil y en la que, finalmente, brillaría con luz propia como uno de los grandes maestros de la escuela civilista peruana. En 1916 don Angel Gustavo Cornejo sustituyó a don Bernardino Salcedo en su calidad de Senador Suplente por el Departamento de Lambayeque; y, por efecto de sucesivas reelecciones, permaneció en el Congreso hasta 1926. En 1918 hasta 1919 fue Ministro de Justicia en el Gabinete presidido por don German Arenas y en 1926 fue Presidente de la Delegación Jurídica nombrada por el gobierno peruano para cautelar el Plebiscito de Tacna y Arica. Luego fue nombrado Vocal de la Corte Suprema entre 1926 a 1930 y en 1928, hasta su muerte, fue catedrático de Derecho Civil y de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, llegando a ser, en 1934, Decano de esta Facultad de Derecho. Entre las obras escritas por el doctor Angel Gustavo Cornejo debemos recordar: "Comentarios al Código Civil de 1852", Imprenta Dionisio Mendoza, Chiclayo, 1921; "Comentarios al nuevo Código Penal", 1926; "Derecho de las Obligaciones", 1928; "Introducción a las Ciencias Jurídicas y Políticas", 1936; "Parte General del Derecho Penal", 2 vols. 1936; "Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario", tomo I, Título Preliminar, Derecho de las Personas-Actos Jurídicos"; Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1937; tomo II, Derecho de Obligaciones, volumen I, De las Obligaciones en sí mismas. Trasmisión de las Obligaciones. Extinción de las Obligaciones, segunda edición, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939; tomo II, volumen II, "De los Contratos en General", Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1939.



Un gran discípulo de Cornejo fue el maestro Luís Bramont Arias quien hizo una brillante evocación del gran jurista arequipeño en la Corte Suprema el día 4 de Agosto de 19..... Y dijo así :

“Cornejo concilió su oficio de Catedrático universitario con el desempeño de la abogacía de consulta. Los que aspiran a que el Catedrático sea un puro científico, le deniegan el permiso para ejercer su carrera, pero no están totalmente en lo cierto. El ejercicio profesional, apunta **JIMENEZ DE ASÚA**, cuando es moderado y no se produce fuera del campo de la disciplina profesada, lejos de empeorar la calidad docente del Maestro, la completa y afina. El ejercicio de la rama jurídica explicada en la Cátedra, corrige el excesivo dogmatismo y pone la doctrina en contacto con la realidad”.

“La notable carrera del Foro está sembrada de escollos. El acomodar la ley a los intereses del cliente, es oficio que conduce fácilmente a la insensibilidad moral; el hábito de absolver consultas, despierta la vanidad; y el auxiliar a los ricos en sus negocios, hace olvidar que la abogacía es un sacerdocio. De todos estos peligros, **CORNEJO** se salvó con su honestidad y amor por la justicia”.

“La probidad, el desinterés, el apostolado de ayuda a quienes había menester de justicia, fue la característica de **CORNEJO**, y ello aparece sintetizados en las palabras de su señora esposa que le sobrevivió. No dejó otro bien que sus obras de Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal, así como una monumental biblioteca que alojaba los más importantes libros editados en los diversos Continentes del Mundo”.

“Es de grata recordación para el Foro Peruano, el importante discurso que pronunció al asumir el Decanato, el 20 de marzo de 1934. En ese documento, que constituye una verdadera enseñanza doctrinal en el campo del Derecho, trató de temas y cuestiones jurídicas de palpitante actualidad, sobresaliendo sus apreciaciones sobre el rol del Colegio de Abogados en la vida jurídica nacional; contribución a la cultura jurídica; los hombres representativos: su misión cultural; valores primarios de la vida social: necesidad de definirlos; programa de cooperación a la cultura jurídica nacional; y falta de tradición jurídica: necesidad de la cultura jurídica subjetiva. Precisa, dice **CORNEJO**, que el Colegio de Abogados se convierta en el órgano de expresión del pensamiento jurídico nacional, que asuma el rol de factor principal y dinámico en el obrar jurídico, vale decir, que colabore en la creación del Derecho, en la reforma y vitalización de nuestras instituciones jurídicas y tenga voto en el debate de las grandes cuestiones de interés colectivo, en cuanto éstas tuvieran relación o contacto con las ciencias o materias de nuestra especialización, funciones éstas, recuerda **CORNEJO**, que en el último lustro asumiera oficiosamente con beneplácito público y beneficio del Estado, interviniendo, con notoria eficacia, aunque sin resultados prácticos, en la anhelada reforma del Poder Judicial, en el debate jurídico de nuestros asuntos con Colombia, en la condenación, a nombre de los principios y de la ley, de los atentados contra la vida, la libertad y la dignidad humana, que hirieran el sentimiento jurídico de la Nación. En suma, para **CORNEJO**, el Colegio de Abogados debiera ser el instituto técnico de elaboración del Derecho nacional; la expresión, el símbolo, a la par que el órgano propulsor de la cultura jurídica del país”.

“Al ocuparse de la misión cultural de los hombres representativos, **CORNEJO** destaca que toca a los hombres de alta mentalidad, descubrir el ideal jurídico a que ha de orientarse cada generación; que deben los técnicos del Derecho investigar científicamente los medios de realizar el fin propio de sus tiempos y definir los principios, esclarecer las ideologías, interpretar, en suma, el espíritu de todos los productos culturales de su época; y que mediante esta labor podrán establecerse los postulados a base de los que el hombre de gobierno puede orientar la vida del Estado, estructurar las instituciones políticas, económicas, y específicamente jurídicas del país, colaborando desde arriba a la evolución, vale decir, al encausamiento racional de la dinámica social,



única manera de evitar la tensión de las fuerzas acumuladas en las masas, cuyo estallido es causa de las catástrofes históricas”.

**“El Profesor.-** Desde muy joven empezó a enseñar. Se inició como Profesor del Colegio de la Independencia de Arequipa, para continuar en 1910 en la docencia secundaria del Colegio Nacional de San José de Chiclayo, y posteriormente Catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos”.

**“CORNEJO** fue un profesor apasionado. Cuando hablaba a sus alumnos lo hacía con absoluta entrega. Sus cátedras se veían bastante concurridas, a pesar de que ya por entonces empezaba a entronizarse en las aulas peruanas el llamado desuso de asistencia, con menoscabo evidente de la vida universitaria”.

**“CORNEJO** intimó con los estudiantes, alentó vocaciones, apoyó todo esfuerzo, facilitó toda tarea; puso incondicionalmente su biblioteca de la calle José Díaz a disposición de sus alumnos y estuvo siempre en actitud de permanente disponibilidad, en el aula, en la calle, en su domicilio, para escuchar, aconsejar, dirigir y colaborar en la inquietud, el esfuerzo y los problemas de la juventud que busca en el aula universitaria, satisfacción a sus ansias espirituales de verdad y justicia”.

“En oficio de 30 de junio de 1934 dirigido en su condición de Decano del Colegio de Abogados de Lima al doctor don Alberto Rey de Castro, por entonces Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Estado en la Cartera de Instrucción Pública, solicitando la reapertura de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, clausurada en aquella época, escribía que **“la hostilidad hacia el estudiantado universitario sólo puede explicarse en los que, por intolerancia o deficiencia, se sienten excluidos de la adhesión y del afecto de la juventud, que sólo los presta a la superioridad mental o moral que constituyen el único título indiscutible y auténtico del verdadero maestro”**”.

“En la Facultad enseñó Derecho Penal (Primer Curso), Derecho Penal (Segundo Curso), Derecho Procesal Penal; Práctica de Derecho Procesal Penal, Derecho Civil (Primer Curso), Derecho Civil ( Tercer Curso) e Introducción a las Ciencias Jurídicas y Políticas”.

“Sus enseñanzas tradujeron una escrupulosa y abundante bibliografía de primera mano; alteraron los antiguos moldes del programa universitario; incluyeron un esquema tecnicista, que actualizaba constantemente a efecto de dar a sus lecciones un contenido vivo, un movimiento rigurosamente al día”.

“Quince generaciones de estudiantes tomaron contacto con la nueva corriente, buscaron y estudiaron su problemática e hicieron llegar al ámbito de la vida forense, la influencia orientadora de la Cátedra de **CORNEJO**”.

**“El Juez.-** El Juez es quien dice o quien da el Derecho en las cuestiones que le son sometidas. Corresponde este concepto al que ya las partidas señalaban que los jueces debían ser mansos y de buena palabra, leales, sin codicia y de buena fama. Las Leyes de Indias les prohibían toda vida o vinculación social, como, casarse, ir a fiestas, negociar, dar o tomar dinero e interés, etc. (Libro II, Título XVI)”.

“Hacer el Derecho es la tarea esencial del Juez. Pero no el derecho por sí mismo, sino el Derecho al servicio de la Justicia. La misión del Juez no es servir al Derecho por el Derecho, sino mediante el derecho alcanzar la justicia y discernirla a los otros”.

“Pero la justicia no se ofrece sino al hombre justo, que es el hombre bueno de que hablan las Partidas, y el signo verdadero del hombre justo es la probidad”. (“**Los juzgadores que facen sus oficios como deben han nombre con derecho jueces, que quiere tanto decir como homes bonos que son puestos para mandar et facer derecho**”). Tercera Partida, Título IV, Ley I).

“La labor del Juez es una de las más complejas, entre todas las que se ejercitan al servicio del Derecho”.

“Depositario de la máxima confianza que se puede discernir a un ciudadano, el Magistrado debe encontrarse en situación de corresponder dignamente, a esta elevada misión humana, como es la de juzgar a los demás”.

“El poder jurisdiccional, que es una manifestación del imperio del Estado, encuentra en la competencia su aplicación práctica, y esta competencia se efectúa por medio de los jueces”.

“Los jueces son, pues, los órganos procesales de la función jurisdiccional. Por medio de ellos las normas legislativas son aplicables en los casos concretos”.

“Es indiscutible que el buen funcionamiento de la justicia depende, sobre todo, de la calidad de los jueces”.

“La ciencia del siglo XIX negó al Juez toda disposición creadora. Bajo la superstición legalista del enciclopedismo, se llegó a prescribir la interpretación; no hay cosa de mayor peligro, decía **BECCARIA**, que el común axioma de que hay que consultar el espíritu de la ley. También **NAPOLEÓN** creyó perdido su Código Civil al saber que era materia de comentario. Por entonces reinaba la más completa arbitrariedad judicial, los jueces creaban delitos ex post facto”.

“En este siglo XX se ha operado una verdadera revolución en la ciencia, a favor de la libertad creadora del Juez. Si bien es cierto que el Juez no es un legislador, a quien corresponde la facultad de modificar o corregir las leyes, sus funciones hoy en día no consisten en simples aplicaciones mecánicas de la ley, conforme exclusivamente a su letra. Pronunciarse sobre si el hecho cometido es un delito, y si éste presenta caracteres que permiten aplicarle un determinado nomen juris, reclaman en el juez no sólo el conocimiento de la ley, sino el de sus antecedentes a través de la historia, de las costumbres para precisar el ámbito de aplicación del Derecho, de la jurisprudencia y de la doctrina a fin de determinar sus alcances e inspirarse en los ideales de justicia para impulsar su progreso”.

“En 1908, **CORNEJO** fué nombrado Juez de Primera Instancia de Lambayeque, cargo que desempeñó durante varios años con el brillo singular de su talento y virtud, para después pedir su subrogación a fin de dedicarse al ejercicio de su profesión”.

“Por Ley N°. 5546, de 20 de noviembre de 1926, fué elegido Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República”.



“He leído varias de las sentencias dictadas por **CORNEJO** y jamás he hallado mejor armonía entre la “intuición” de la justicia que el Juez debe tener en primer grado, con irreprochable interpretación teleológica y dogmática que el jurista ha de hacer en medida igualmente principal. Por su bondad, por su espíritu justiciero y por sus grandes conocimientos jurídicos, **CORNEJO** fue el arquetipo del moderno juzgador”.

“El criterio de **CORNEJO** instituido en la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, puso de manifiesto que la Magistratura es uno de los oficios más eminentes por la responsabilidad que conlleva, pues administrar justicia no es solamente excogitar el artículo tal o cual para aplicarlo al caso que se ventila, sino, sopesar, con claro sentido humanista, las razones y las condiciones de los que litigan, las causas y motivaciones de los que delinquen; y, por otro lado, es indispensable que la Magistratura requiera, para su más cabal ejercicio de una total independencia, que haga imposible la limitación de sus prerrogativas y cualquier variación a posteriori de su criterio jurídico; del respeto indiscutible a sus resoluciones por parte de todos los que residen dentro de su jurisdicción. En donde no hay independencia que garantice la libertad incoactable de acción del Magistrado, y donde no se respetan las resoluciones dictadas por éste en el libre e irrestricto ejercicio de sus funciones, no existe Estado de Derecho y los derechos constitucionales quedan a merced de la arbitrariedad y cambios de humor de los gobernantes de turno. Claro está que los magistrados, dentro de la línea de lucha por el Derecho que señalaba **IHERING**, también han de lograr mantener su independencia, dando muestras de rigor legal, de capacidad jurídica y de entereza moral”

“Humildad, sencillez, modestia y desprendimiento fueron los signos más saltantes de **ANGEL GUSTAVO CORNEJO**, jurista que enriqueció la cultura jurídica del país”.

“Un jurista que sobresalió en el ejercicio de cuantas tareas profesionales puede cumplir el Abogado: dentro del aparato estatal, en la Universidad, como Abogado defensor y en la Magistratura, en acatamiento a aquello que anota **RAFAEL BIELSA** en el sentido de que nosotros los Abogados desde cualquier lugar que ocupemos, tenemos el deber de actuar como auténticos gestores del orden jurídico”.

“La Corte Suprema de Justicia de la República, en un día como hoy, no podía, ni querría pasar en silencio la vida de un Juez que a la jurisprudencia y a la ciencia jurídica ha legado una obra monumental, cual muy pocos, y que a quienes fuimos sus discípulos, nos ha dejado el recuerdo imperecedero de su vida ejemplar, de su conducta rectilínea, de su conversación aleccionadora y amena, y el de una bondad de sentimientos que corría pareja con la profundidad de su saber”.

“He aquí el sentido de este homenaje”.

“El mejor homenaje que podemos tributar a los juristas, que como **ANGEL GUSTAVO CORNEJO**, nos señalara con su vida y su obra el camino, es renovar nuestra confianza en el Derecho como único medio para alcanzar el Bien Común, la seguridad y la Justicia” (‘’‘).

(‘’‘).- **LUÍS BRAMONT ARIAS**: “Homenaje al Señor Angel Gustavo Cornejo” conferencia pronunciada en la Corte Suprema el 4 de Agosto de 1990... publicada en “Temas de Derecho Penal”, tomo 1, pag. 17 a 20, Editorial San Marcos, Lima, 1990.

La otra gran figura patriarcal de la civilística peruana fue don **MANUEL AUGUSTO OLAE-CHEA** quien nació el 20 de marzo de 1880 y murió el 3 de mayo de 1946 a los 66 años de edad.

Don Victor Andrés Belaunde dijo de Olaechea que *“fue entre nosotros el ejemplo del abogado completo. En rara síntesis unió la sutileza y profundidad del jurisconsulto, la habilidad y finura del polemista y la fluidez elegante del orador”*.

Otro ilustre maestro, don Ismael Bielich Flores, lo recuerda así: *“Era extraordinario en sus clases. Olaechea “vivía” sus clases. Su agilidad mental se traducía en sus gestos nerviosos y rápidos. Volaba el libro del Código y Olaechea lo cazaba en el aire. Los alumnos seguíamos la clase con la vista y el oído. Pero, ¡qué claridad en la expresión!”*.

*“Se tenía la impresión al oírlo del deslizarse de un pez en aguas profundas, siguiendo una dirección, volviendo luego rápidamente a retomarla. Olaechea parecía improvisar todas sus clases por la espontaneidad de la palabra y del ademán”*.

Sus alumnos no sabíamos qué admirar más en él, si el completo dominio de la materia que dictaba o la sencillez con que exponía las más difíciles instituciones del derecho. Las materias más áridas y más desabridas adquirían con él lozanía y sabor”.

*“Pero es que Olaechea era singular desde su figura hasta su pensamiento. Ya cuando fuimos sus alumnos había adoptado el modo de vestir que distinguía a todos. No era un extravagante, era tan sólo una manera de expresar su personalidad”*.

*“Casi no podemos comprender cómo pueda traducirse una persona, sobre todo un hombre, en las prendas que lleva, pero en los tiempos en que el vestirse era un arte, cada cual escogía su manera y Manuel Augusto Olaechea era un artista”*.

*“No recuerdo que nadie haya visto este aspecto del maestro, para él el derecho fue un arte. Antes de que Carnelutti escribiera su preciosa obra “El Arte del Derecho”, ya Olaechea había descubierto ese secreto y con amor de artista ejercía de abogado, dándose por entero a su obra. Y como todo artista vivía insatisfecho de su producción y buscaba superarse”*.

*“Siempre descontento, ensayaba y ensayaba y nunca creía haber logrado la perfección”*.

*“Olaechea era un perseguidor de la perfección. Su cultura francesa, de donde derivaba la gran claridad de su expresión, le empujaba hacia formas pulidas, claras, limpias, luminosas”*.

*“Decía Maurtua con razón que la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Código Civil, parecía hecha con buril sin que sobran o faltaran palabras, y pensaba que era defectuosa la redacción de los artículos”*.

*“Sólo hay dos Códigos, me decía una vez, casi perfectos: el Francés y el Alemán; nosotros no hemos tenido bastante claridad”*.

*“Pero si en la palabra escrita alcanzó Olaechea un dominio completo aunque él no lo creyera, donde llegó a la cumbre de su genio fue en el informe oral. El lugar que ocupara como orador forense ha quedado vacío desde su muerte, porque nadie se ha acercado siquiera a la perfección que lograra Olaechea que hizo del informe una verdadera obra de arte. Sabía dar a su voz el tono*

necesario para cada palabra y su estilo preciso, rotundo, elegante se armonizaba con su mímica nerviosa y expresiva”.

“Constituía un espectáculo verle en la tribuna de la defensa, cuando sin alardes, pero sin vacilaciones desmenuzaba los argumentos contrarios. Un espectáculo corto porque este maestro, este artista de la defensa odiaba los informes largos. “La más difícil de las defensas puede hacerse, decía, en tres cuartos de hora. No hay nada que no pueda explicarse en ese lapso, porque después de tres cuartos de hora ni el que habla sabe lo que dice ni el que lo oye lo escucha ya”. Insista usted, decía también, en los argumentos centrales, preséntelos de diversos modos, eso es esencial”.<sup>(1)</sup>

Parco escritor, Olaechea prefirió dejar a la posteridad la labor de interpretación y exégesis doctrinaria de su obra legislativa, condensando su pensamiento en luminosos memorándums, en la Exposición de Motivos y en el articulado del Código Civil; Cornejo, en cambio, en su voluminosa producción formuló los principios sistemáticos de nuestra escuela civilística. Entre los dos, León Barandiarán, en su enciclopédica producción se convierte en el maestro por antonomasia del Derecho Civil en el Perú con una obra que, por su mole y por la amplia vastedad de su contenido, ha de recibir en ediciones posteriores el nombre de Tratado. El Código de 1936 y sus grandes personajes constituyen otra de las grandes vivencias para los estudiantes de Derecho de todos los tiempos. La figura carismática por excelencia de tal Código lo fue y lo es, con un magnetismo histórico indiscutible, don Manuel Augusto Olaechea, gran señor y gran jurista de temple inmortal.

Viendo la foto de don **MANUEL AUGUSTO OLAECHEA** esta semblanza surge rauda a la vista de sus ojos agudos de gran inteligencia, con su gran corbatón y un alfiler de oro incrustado en nácar que lo perfilan tal cual era, como un joyel en un palacio de zafiros. Hablo pues, así, de lo que acaso fue el producto más notable de su pensamiento: la teoría del acto jurídico, que encabeza la Sección Primera del Libro V del Código Civil de 1936 que fué su gran obra maestra.



**MANUEL AUGUSTO OLAECHEA**

<sup>(1)</sup> ISMAEL BIELICH FLORES: “La personalidad del Dr. Manuel Augusto Olaechea”. Semblanza publicada en la Revista del Foro, año XLVII, Nos. 1-2, enero-agosto de 1994, pag. 49, 51.



Don José León Barandiarán al escribir la “Semblanza del doctor Manuel Augusto Olaechea” publicada en la Revista del Foro, año XLI, N° 2, mayo - agosto de 1954, pag. 210, dijo al respecto que: “Se comienza con la consignación de los requisitos, que son por ende las notas lógicas del acto jurídico: agente capaz, objeto lícito y respeto a la exigencia formal. No se habla de la causa adredemente, pues se acoge la toma de posición que ve en tal noción una a la vez inútil y falsa. Pero aquí pueden empezar las discrepancias. Indudablemente se está bajo la seducción de Planiol. En Francia han polemizado fragorosamente causalistas y anticausalistas. Como se sabe, esto de colocar entre paréntesis la causa como elemento estructural del acto jurídico patrimonial no se ha presentado en Alemania, donde los civilistas imbuidos de la firme concepción de los pandectistas, han mirado la necesidad irrecusable de la *causa debendi* en el negocio patrimonial, asumiéndose *in nuce* el mismo punto de vista que el de la enseñanza domatiana, en cuanto la causa representa una categoría tipificante de la razón de ser de la relación obligacional. Por lo demás el Código Alemán es causalista, insertando simplemente la clase de actos abstractos para efectos inmediatos de la facilidad del tráfico; pero sin desconocer a la derrería la existencia del mencionado elemento negocial”.

“En lo que hace a la intimidación, cual vicio del consentimiento, se anota como se dilata considerablemente la directriz tendente a amparar al paciente de la *metus*. La violencia física o moral merece un juicio peyorativo, pues destruye lo primordial en la Constitución del consentimiento válido: la libertad; cabiendo recordar que conforme prevenía Epitecto, nadie puede ser tirano ni ladrón de voluntad ajena. “La coacción -se escribe- no asume caracteres preconstituídos. De acuerdo con la tendencia moderna, gradúa su intensidad y efectos psicológicos, atendiendo a la edad, al temperamento de la víctima, al sexo, la profesión habitual y otras circunstancias que pueden afectar su gravedad”.

“Se destacan algunas notables modificaciones traídas en comparación con el Código anterior: la equiparación de los actos *inter vivos* y los *mortis causa* en cuanto a la nulidad descendente por la inserción de una condición ilícita o jurídicamente imposible; la irretroactividad de la condición, siguiendo las soluciones de los Códigos alemán y suizo; la reducción de las nulidades a dos especies: la absoluta y la relativa, en vez de la criticable división tripartita de la doctrina francesa”.

“En lo que atañe a los actos ilícitos, se alude al elemento subjetivo y al objetivo como determinantes de responsabilidad; manifestándose que las disposiciones sobre el particular se orientan en el sentido de coordinar prudentemente ambos. El asunto ha dado origen a disímiles interpretaciones y a pareceres antinómicos. De la lectura cuidadosa de la exposición de Olaechea como de su artículo aparecido en la Revista de Jurisprudencia Peruana del año 1944, se llega a la conclusión que la responsabilidad con culpa y la responsabilidad por el hecho de las cosas intervienen, lado a lado, para generar la responsabilidad aquiliana. La culpa es noción irrecusable, pues de otro modo el acto no podría ser calificado como ilícito; pero la proliferación de situaciones riesgosas ha conducido a buscar en ciertos casos una solución más expeditiva que la del régimen tradicional. Se vive peligrosamente, como decía Nietzsche. Hoy puede decirse que se impone una conciliación entre las dos posiciones. Dialécticamente puede plantearse así el asunto: primero, la tesis de que la culpa es elemento causativo de la responsabilidad extracontractual; después la antítesis de que ha de ser eliminada la culpa; por último, la síntesis en cuanto la culpa es en general factor determinante, pero cuando se trata de daños ocasionados por actividades o uso de medios en sí riesgosos, se responde sin que sea preciso que se demuestre la culpa, porque ya se está previamente, por presunción legal, incurso en ella, en virtud de dedicarse el agente a tales actividades o de emplear tales medios”.



Las nuevas generaciones no tuvimos la suerte de escucharlo en sus alegatos magistrales. Algunos si hemos leído sus informes tan brillantes. Cito, por ejemplo, el caso de mi tía abuela doña Victoria Silva viuda de Dall'Orso vs. la Compañía del Ferrocarril y Muelle de Pimentel, en donde, la cuestión en debate era el valor de la promesa de contrahendo que hoy, bajo la influencia norteamericana, llamamos "carta de intención" y en donde se alega magistralmente sobre la consensualidad. Yo he estampado, también en los considerados de muchas de mis sentencias, la opinión de don Manuel Augusto Oleachea sobre la consensualidad de los contratos, como cuando la comparaba con el "idilio de las voluntades". En su alegato ante la Corte Suprema en el caso de doña Victoria Silva viuda de Dall'Orso vs. la Compañía del Ferrocarril y Muelle de Pimentel, don Manuel Augusto Oleachea, enseñaba lo siguiente: **"El consentimiento es el alma y la vida de los contratos y sólo en el consentimiento reside la fuerza obligatoria de las convenciones humanas"**.<sup>(1)</sup>

**"El consentimiento de las partes, es decir, el acuerdo de sus voluntades -enseña Planiol- es el elemento esencial del contrato. Y agrega: este acuerdo debe ser completo, esto es, debe referirse a todo lo que forma el objeto del Contrato; si alguno de los contratantes -sigue Planiol- formula objeciones respecto de alguna cláusula particular, el contrato no se forma hasta que se decida a aceptar la cláusula impugnada. El acuerdo de voluntades, concluye el eminente autor citado, debe ser unánime, es decir, que todos los interesados deben estar de acuerdo en el contrato. (Droit Civil, tomo II, pag. 316)"**.

**"La palabra consentimiento, consensus -dicen Baudry Lacantinerie- viene de la voces cum y sentire cum alio. El consentimiento, en efecto, es el acuerdo de dos o más personas sobre un mismo punto; es la resultante de dos o más voluntades que se ligan. Consentire est in unam eam sententiam concurrere. Se ve -añaden los insignes autores citados- que el consentimiento es necesariamente un acto bilateral, a diferencia de la voluntad que es un acto unilateral. (Baudry Lacantinerie. Droit Civil, t. I, pag. 53)"**.

**"Foignet, con su admirable claridad de exposición sintetiza la noción jurídica del consentimiento en los siguientes terminos: el consentimiento -dice- es el acuerdo de la voluntad de las partes sobre todos los puntos del contrato: duorum vel plurium in idem placitum consensus. (Droit Civil, Tomo II, Pag. 12)"**.

**"El concurso de voluntades -dice Machado, distinguido exégeta del Código Civil argentino- sólo existe a condición de que la aceptación corresponda exactamente a la propuesta en cuanto la cosa, precio, naturaleza del contrato y modalidades a que estuviera sujeto. (Comentario al C.C Argentino, Tomo II. pag. 4441)".<sup>(3)</sup>**

En el libro de Centenario del Estudio Oleachea se nos recuerda –pag. 141- que **"don Manuel Augusto nunca permitió que en su estudio o delante de él se hablase mal de los jueces, y en especial de la Corte Suprema. Pudo alguna vez en una conversación privada lamentarse de algún fallo o de la conducta de determinado magistrado, pero su adhesión por el Poder Judicial era absoluta. Pensaba, como todos los que estamos familiarizados con la defensa del Derecho, que el Poder Judicial es el que protege a los que carecen de fuerza política y económica y que fortalecerlos y dignificarlos es deber de todo abogado."**

<sup>(1)</sup>.- MANUEL PABLO OLAECHEA DU BOIS: "Estudio Oleachea" 1994, p. 395, penúltimo párrafo, segunda edición, Lima, 1996.

<sup>(2)</sup>.- MANUEL PABLO OLAECHEA DU BOIS: "Estudio Oleachea", p. 716, 2ª edición corregida y aumentada, Lima, 1991.- En la 3ª edición corregida y aumentada, Lima, 1998, esta cita en la pag. 716.

## DON ALFREDO SOLF Y MURO

Otro gran clásico de la escuela sanmarquina fue don **Alfredo Solf y Muro**. Nació en Lambayeque el 15 de Marzo de 1872 y murió en Lima el 14 de Agosto de 1969. Fue el ponente del Libro IV del Código Civil de 1936 que trataba sobre los Derechos Reales. Ilustre profesor en la vieja Casona en los cursos de Derecho de Agricultura, Derecho Minero y Derecho Industrial, llegó a ser Rector de la Universidad San Marcos. Pero, además, fue Ministro de Relaciones Exteriores y autor del Protocolo de Río de Janeiro con el que se resolvió la cuestión limítrofe con el Ecuador no obstante todos los sofismas de los que se valía maquiavélicamente el molesto vecino del Norte en su argumentación falaz. Debemos reconocer, hoy en día, con toda lucidez la brillante normatividad contractual con la que se solventa esta aporía.



Fue un triunfo indiscutible de don Alfredo Solf y Muro y, hoy todos los discípulos testimoniamos al maestro, a don Alfredo Solf y Muro, la consagración de la tesis peruana en el Derecho Internacional Público.

## JOSE LEÓN BARANDIARÁN

El pensamiento de José León Barandiarán, a quien todos evocamos, encarna a lo más representativo del talento jurídico peruano del siglo XX. Fue mi mas brillante maestro de Derecho en San Marcos y sigue siendo "il caposcuola", el gran maestro del Derecho Civil en el Perú, y no sólo de San Marcos, su alma máter, en la que había sido Decano de la Facultad de Derecho en 1955 y Rector en 1957. Fué el mas grande comentarista del Código Civil de 1936 y el gran patriarca del Código Civil de 1984.



El maestro León Barandiarán nació en Lambayeque el 8 de diciembre de 1899 y murió en Lima el 24 de julio de 1987.

Todas las generaciones del Perú le rendimos culto a su enseñanza, a su magisterio y a sus doctrinas, largas de exponer. Su pensamiento historiográfico del Derecho Civil está planteado en su "Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. Parte General del Derecho Civil Título Preliminar del Código Civil, El Derecho de las Personas", Lima, 1970, pp. 22 a 33. Sus doctrinas fundamentales están expuestas en sus "Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones", tomo I - Acto Jurídico, (2ª edición), Ediar soc. anon. Editores, Buenos Aires, 1954. La tercera edición fue impresa en Lima, en Enero de 1999 por Gaceta Jurídica Editores S.R.L, en cuya Presentación nos decía el Doctor Walter Gutierrez Camacho que "El presente libro, nos demuestra una vez mas que José Leon Barandiarán es un autor irrenunciable en el estudio del pensamiento jurídico nacional. Su obra ha influenciado de manera



## DON ALFREDO SOLF Y MURO

Otro gran clásico de la escuela sanmarquina fue don **Alfredo Solf y Muro**. Nació en Lambayeque el 15 de Marzo de 1872 y murió en Lima el 14 de Agosto de 1969. Fue el ponente del Libro IV del Código Civil de 1936 que trataba sobre los Derechos Reales. Ilustre profesor en la vieja Casona en los cursos de Derecho de Agricultura, Derecho Minero y Derecho Industrial, llegó a ser Rector de la Universidad San Marcos. Pero, además, fue Ministro de Relaciones Exteriores y autor del Protocolo de Río de Janeiro con el que se resolvió la cuestión limítrofe con el Ecuador no obstante todos los sofismas de los que se valía maquiavélicamente el molesto vecino del Norte en su argumentación falaz. Debemos reconocer, hoy en día, con toda lucidez la brillante normatividad contractual con la que se solventa esta aporía.



Fue un triunfo indiscutible de don Alfredo Solf y Muro y, hoy todos los discípulos testimoniamos al maestro, a don Alfredo Solf y Muro, la consagración de la tesis peruana en el Derecho Internacional Público.

## JOSE LEÓN BARANDIARÁN

El pensamiento de José León Barandiarán, a quien todos evocamos, encarna a lo más representativo del talento jurídico peruano del siglo XX. Fue mi mas brillante maestro de Derecho en San Marcos y sigue siendo "il caposcuola", el gran maestro del Derecho Civil en el Perú, y no sólo de San Marcos, su alma máter, en la que había sido Decano de la Facultad de Derecho en 1955 y Rector en 1957. Fué el mas grande comentarista del Código Civil de 1936 y el gran patriarca del Código Civil de 1984.



El maestro León Barandiarán nació en Lambayeque el 8 de diciembre de 1899 y murió en Lima el 24 de julio de 1987.

Todas las generaciones del Perú le rendimos culto a su enseñanza, a su magisterio y a sus doctrinas, largas de exponer. Su pensamiento historiográfico del Derecho Civil está planteado en su "Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. Parte General del Derecho Civil Título Preliminar del Código Civil, El Derecho de las Personas", Lima, 1970, pp. 22 a 33. Sus doctrinas fundamentales están expuestas en sus "Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones", tomo I - Acto Jurídico, (2ª edición), Ediar soc. anon. Editores, Buenos Aires, 1954. La tercera edición fue impresa en Lima, en Enero de 1999 por Gaceta Jurídica Editores S.R.L, en cuya Presentación nos decía el Doctor Walter Gutierrez Camacho que " El presente libro, nos demuestra una vez mas que José Leon Barandiarán es un autor irrenunciable en el estudio del pensamiento jurídico nacional. Su obra ha influenciado de manera

importante el desarrollo de la civilística nacional, contribuyendo a crear las bases de lo que algunos de sus discípulos han denominado la Escuela Peruana del Derecho Civil...”.

Desde el saque, nos impacta su estilo brillante e inconfundible: *“El hecho jurídico es un a priori: lleva en sí su determinación ontológica. Definirlo es incurrir en una tautología. En el mundo de los hechos, unos caen dentro del reino del Derecho, otros no. La elección o discriminación es la realizada por el hombre, que así no crea ex novo el Derecho; sólo lo organiza, lo describe y lo instituye con jerarquía normativa.”*

En otro de sus libros geniales, en su *“Manual de Acto Jurídico”* editado por la Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima 1950, el maestro nos enseñaba que: *“Por su generalidad conceptual se incurre al definir el hecho jurídico en una tautología: hecho jurídico es el capaz de generar una consecuencia en el mundo del Derecho. No cabe sino proceder a una distinción según que un hecho produzca o nó una repercusión en el mundo jurídico. Pues hay hechos neutros, indiferentes al derecho; hechos ajurídicos. El mundo del Derecho no es afecto en lo absoluto por ellos. Así, al mismo es indiferente que dos personas se saluden o no al encontrarse en la calle, que la luna gire alrededor de la tierra. En estos casos ninguna consecuencia sobreviene, que altere al mundo del derecho. Pero, por el contrario, hay otros hechos que tienen la acusada virtualidad de acarrear consecuencias en el mundo del derecho y son, por ello, hechos jurídicos (pues son jurígenos).*

Sus obras, su pensamiento y sus doctrinas han sido reseñadas en el *“Libro Homenaje a José León Barandiarán”*, Cultural Cusco S.A., Lima, 1985, así como también en el *“Homenaje a José León Barandiarán”*, patrocinado por el Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.

Con profética clarividencia, su carisma de gran profesor ya lo había vislumbrado, otro genial maestro, don **ANGEL GUSTAVO CORNEJO (1875-1943)**, patriarca de la escuela civilista peruana, quien antaño, había sido su profesor de Historia Universal en el Colegio Nacional de San José de Chiclayo, en la época en que Cornejo era Juez en Lambayeque y era muy amigo de su padre, don Augusto León Paredes y también de mi abuelo don Nicanor Silva Villarreal, con quienes formaban un círculo amical muy estrecho, que las generaciones posteriores hemos desarrollado con profundo afecto. Mi padre recordaba de su niñez una magistral explicación que don Ángel Gustavo dió, en la sala de su casa, sobre la condición suspensiva; y yo, por mi parte, recuerdo mucho antes de entrar a la Universidad, una conferencia de José León Barandiarán en Chiclayo, sobre *“La verdad, la no verdad y la mentira vital en los dramas de Ibsen”*. Citaba un párrafo de *“Hedda Gabbler”* y otro párrafo del acto quinto del *“Pato Salvaje”*.

En la Universidad de San Marcos, José León Barandiarán escuchó con gran fervor las clases de Derecho Civil de don Ángel Gustavo Cornejo quien lo nombró su ayudante en el curso. Así se trabó la empatía entre estos grandes juristas, que ya había nacido en el entorno vernacular de Lambayeque, *“la ciudad evocadora”* y de Chiclayo el terruño amado del afecto y la amistad.

Bajo el estímulo y las sugerencias de Cornejo, que era el gran patriarca y el iniciador, León Barandiarán viajó a Alemania, para conocer de cerca a los grandes maestros, que citaba Cornejo en sus clases de San Marcos, en sus *“Comentarios al Código Civil de 1852”*, (Imprenta Dionisio Mendoza, Chiclayo, 1921) y en su *“Exposición Sistemática y Comentario del Código Civil”*, tomos I, II y III, Librería e Imprenta Gil S.A., (2ª edición corregida), Lima 1937-1939.



Bachiller en Derecho, en 1925, con una tesis sobre “*El error en los actos jurídicos*”, inspirada, fundamentalmente, en las doctrinas de Pothier, “el Padre del Código Civil Francés”. Todos podemos evocar con vívida emoción la influencia que ejercitara en su pensamiento, sobre el error obstativo, la cita puntual que hacía el maestro en sus clases del inmortal “*Tratado de las Obligaciones*” de Pothier y de su famoso ejemplo de los candelabros de bronce.

Así, pues, el pensamiento de León Barandiarán se había gestado en la admiración hacia POTHIER, y en la lectura de los grandes clásicos de la escuela Francesa de la Exégesis: DURANTÓN, DEMOLOMBE, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE, AUBRY y RAU, que eran los ídolos del foro y de las cátedras en el siglo XIX en Europa, en América y, por supuesto, en la Universidad de San Marcos, en donde la admiración hacia los geniales profesores de Estrasburgo y, luego, consejeros de la Corte de Casación, no tenía límites por su admirable “*Cours de droit Civil*”, cuya primera edición era la traducción del “*Manual de Derecho Civil francés*” de ZACHARIAE pero, que, desde la segunda hasta la cuarta edición, constituyó el desarrollo de las doctrinas de Aubry y Rau, a quienes todos seguimos citando con admiración. Ellos fueron los precursores de la “*science du droit civil*” y los inspiradores de VELEZ SANSFIELD, de ANDRÉS BELLO, de MANUEL AUGUSTO OLAECHEA y de todos los grandes civilistas del mundo.

Mas, luego, el fervor hacia Aubry et Rau y los grandes clásicos de la Escuela de Exégesis<sup>(1)</sup> tomó un nuevo giro hacia los maestros de la nueva generación, que JULIEN BONECASSE ha denominado la “*Escuela Científica del Derecho Civil Francés*”,<sup>(2)</sup> en la que se ubican los grandes maestros que, desde FRANCOIS GENY y RAYMOND SALEILLES, imponen todo un nuevo giro de conceptos y una nueva metodología que encuentra en PLANIOL (1853-1931), JOSSERAND (1868-1940) y CAPITANT (1865-1937) a los más insignes maestros de la “*science du droit civil*”.

Así, por ejemplo, José León Barandiarán, inspirándose en la escuela francesa nos enseñaba, al comentar la teoría general del contrato, que “el Acto Jurídico puede consistir bien en un acuerdo de dos o más voluntades, en una convención, en un negocio jurídico bilateral o plurilateral, bien en una manifestación de voluntad unilateral. El contrato en cuanto contiene un acuerdo de voluntades; es, pues, una convención. Pero, entre uno y otra, hay la misma diferencia que existe entre especie y género:

(1).- La expresión “escuela de la exégesis” fue acuñada por JULIEN BONECASSE en uno de los más bellos libros sobre el humanismo jurídico: “*La Escuela de Exégesis en el Derecho Civil*”, traducción de José M. Cajica, Puebla-México, 1994. Según Bonecasse, esta escuela tuvo tres grandes periodos: 1ª era. Fase (1804, 1830): Fundación de la escuela de la Exégesis período de instauración con Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Maleville y Chabot de l’Allier. 2ª da. Fase (1830, 1880): Apogeo de la Escuela.- Los grandes comentaristas del code Napoléon: Durantón, Aubry y Rau, Demolombe, Demante y Colmet de Santerre, Troplong, Marcadé, Laurent, Bugnet y Valette, Mourlon. Después de haber brillado con resplandor sin igual, el nombre de Bugnet habría sido olvidado por completo si la historia o la leyenda, lo ignoramos, no hubiera transmitido a las generaciones una fórmula, para siempre célebre, que une la Escuela de la Exégesis al recuerdo de este ilustre Profesor. “No conozco el Derecho Civil, solo enseño el Código de Napoleón”, declaró un día Bugnet desde lo alto de su Cátedra. 3ª era. Fase: (1880, 1930) Período de la Decadencia: Hacia 1880, la Escuela de la Exégesis brilla con un resplandor insuperable, pero la decadencia no tardará en hacerse sentir. El éxito obtenido, tanto por el “*Précis*” del Decano Baudry-Lacantinerie, como por los “*Traité*” particulares de sus colaboradores, prolongó la influencia de la Escuela de la Exégesis. Pero, según ley fatal, la fuerza de la escuela ya estaba debilitada. Es entonces cuando sus admiradores piensan en una tentativa de renovación. En el dominio del Derecho Civil, la obra de Labbé, Bufnoir, Saleilles y Beudant, representó una tentativa de renovación, que fue vana.

(2).- JULIEN BONECASSE, Profesor en la Universidad de Burdeos, ha sido uno de los grandes divulgadores del pensamiento jurídico francés. Véase sus obras: “*La pensée juridique française de 1804 á l’heure present*”. Bordeaux, Delmas, 1933, 2 vols.; “*Elementos de Derecho Civil*”, editorial Cajica, Puebla-México, 1994, Tomo I, N° 107, p. 101 y ss.; “*Suplément au Traité théorique et pratique de Droit civil, par Baudry-Lacantinerie et divers collaborateurs*”. París, Librairie du Recueil Sirey, t. I, 1924; t. II, 1925; t. III, 1926; “*La Science du Droit privé en France au debut du XIX siècle*”; “*La Themis, 1879, 1881; son fondateur Athanase Jourdain*”. París, Librairie du Recueil Sirey, 3ª edición 1994; “*La Faculté de Droit de Strasbourg. Ses maîtres et ses doctrines. Sa contribution á la science juridique française du XIX siècle*”. Toulouse, 1907; “*L’enseignement du Droit privé en France au XIX siècle. Ses lacunes au point de vue scientifique*”. “*L’histoire moderne du Droit privé français, la question de son enseignement*” (Revue critique), 1909; “*Problèmes du Droit et science belge du Droit civil*”. París, 1901; “*Science du Droit civil*”, Cahiers de la Nouvelle Tourmée, 1923; “*Les destinées de l’oeuvre de Demolombe au temps présent*”. Librairie du Recueil Sirey, 1928; “*Science et tradition en Droit civil. A propos de la these de doctorat de M. Jean Carbonnier: Le régime matrimonial et sa nature juridique*”. Bordeaux, Delmas, 1931; “*Le Droit des obligations et son évolution. A propos de la these de doctorat de M. Soury*”; “*Essai sur les principes directeurs du Droit des obligations dans son état présent*”. Bordeaux, 1929 (préface); “*Science du Droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1800 á l’heure actuelle*”. París, Librairie du Recueil Sirey, 1909; “*Humanisme, classicisme, romantisme dans la vie du Droit*”. París, 1926; “*A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romantisme juridique. Réponse á M. Le professeur Cuhe*”. París, Librairie du Recueil Sirey, 1909; “*Qu’est-ce qu’une Faculté de Droit*”, París, 1926; “*La notion de Droit en France au XIX siècle*”; “*La science juridique française. Quelques aspects fondamentaux de l’oeuvre de León Duguit*”; “*Romantisme et Droit civil*”. “*Tendances actuelles en matière de Droit privé*”, “*L’étudiant. Sa psychologie*”, I br. In 00 1937, “*Le Droit et la désillusion humaine*” 1934.

El contrato es uno de los tipos de convención, por el cual se puede crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones. “Una convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico” (Aubry et Rau); y el contrato “es una especie de convención cuyo carácter propio es el de ser generador de obligaciones” (Planiol). Es lo mismo que enseñaba Pothier cuando expresaba: “El contrato debe ser definido como una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solamente una de ellas, promete o se obliga hacia la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Pero en el lenguaje moderno, un contrato puede tener por objeto no sólo crear, sino también modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica patrimonial; de suerte que desaparece el interés de la distinción entre contrato y convención. No obstante, el Código mejicano califica como convención “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. El Código italiano en su artículo 1337, indica que el contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial”.<sup>(3)</sup>

Otro ejemplo, que se inspira en la doctrina de Baudry-Lacantinerie, explica, con gran claridad, la cuestión del límite temporal de la ley: “Ocupémonos ahora del límite temporal de la ley, que es la cuestión que señala el artículo I, éste sólo se detiene en el momento en que la ley deja de tener valor, por su derogativa. No en lo que se refiere al momento en que ella entra en vigor. El límite temporal de la ley, está marcado, de una parte por el día de su promulgación y publicación, o inmediatamente después y, de otro lado, por su derogativa mediante otra ley. “La promulgación es el acta de nacimiento de la ley” (Baudry-Lacantinerie).<sup>(4)</sup>

Pero, definitivamente, la influencia decisiva en el pensamiento de José León Barandiarán está constituida por la gran ciencia jurídica alemana y por los grandes profesores de Derecho, los “Professorenrecht”, que han deslumbrado al mundo por su talento, por su genialidad de sabios, por su profundidad filosófica e histórica, así como por su rigurosa metodología en el manejo de la heurística y de las fuentes doctrinales y por su entrañable amor a los valores del espíritu, que han hecho de esta escuela y sus maestros un luminoso ejemplo de sabiduría jurídica y un clásico exponente de la investigación científica.

Alemania y sus maestros siempre han constituido, al menos hasta antes del advenimiento de la barbarie nazi, una metrópoli pedagógica, un santuario de los intelectuales, una meca de los peregrinos de Oriente y occidente, cuyos institutos y cuyas legendarias universidades deslumbraron en su época por la perfección de su ciencia, por la brillantez de sus sabios maestros y por la continuidad de la tradición renovada en sus discípulos, que es el material con el que se forja la escuela. Esta acepción académica se integra tridimensionalmente por a) el maestro o un grupo de maestros, b) por una constelación de discípulos y c) por una tradición de principios e ideales. Así se habla, por ejemplo, de la escuela de Bolonia, de la escuela histórica, de la escuela de los pandectistas, etc. <sup>(5)</sup> A esta escuela viajó León Barandiarán, atraído por el carisma de los “Professorenrecht” y de su alma “fáustica”, simbolizada en el gran Código Civil alemán, en la gran música de Juan Sebastián Bach, de Brahms, de Beethoven y de Wagner, en la poesía de Hölderlin y Rilke, en la magnética influencia de Goethe, del “Círculo de Weimar”

(3).- JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, “Comentarios al Código Civil Peruano”, tomo III ( de los Contratos); p. 4, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944.

(4).- JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, “Comentarios al Código Civil Peruano”, tomo IV (del Título Preliminar y del Derecho de las Personas), p. 4, Librería e Imprenta Gil S.A., 1942.

(5).- JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, “La Ciencia del Derecho Procesal”, Editora y Distribuidora “FECCAT” E.I.R. LTDA; Primera Edición, 1981, Lima-Perú.



y del “Sturm und Drang” (tempestad de pasiones) <sup>(6)</sup> pero, también, por la popularidad de los grandes maestros alemanes del ajedrez, cuya influencia, una y otra vez, nos la hacía evidente, reproduciendo las grandes partidas inmortales de Lasker, Steinitz, Zukertort y Tarrasch, entre otros grandes maestros de la época, así como del cubano José Raúl Capablanca, cuya genialidad admiraba, como admiraba también la poesía de Vallejo,<sup>(7)</sup> la de Rilke y la de José Eufemio Lora y Lora y los dramas de Ibsen, sobre los cuales disertó un día al tratar sobre “la verdad y no la verdad” en la obra “El Pato salvaje” de Henryk Ibsen.

José León Barandiarán viajó a Alemania becado por la fundación Alexander von Humbolt Stiftung, y allí fue discípulo de Gustav Radbruch, Hans Tehr, Georg Müller, Theodor Sternberg y August Knerr.

José León Barandiarán viajó a Alemania becado por la fundación Alexander von Humbolt Stiftung, y allí fue discípulo de Gustav Radbruch, Hans Tehr, Georg Müller, Theodor Sternberg y August Knerr.

Hablar de la ciencia jurídica alemana es hablar de la recepción del Derecho Romano y de la tradición romanista. Allí están las clases de Theodor Sternberg, que hoy podemos leer en castellano en un precioso libro titulado “Introducción a la Ciencia del Derecho”, editorial Labor, Barcelona 1930, que es la que subyugó al maestro y de la que hay posteriores ediciones.

Pero, además, hablar de la ciencia jurídica alemana es hablar de la filosofía; es decir de la “razón pura” de KANT, del racionalismo ilustrado en el siglo de las luces, tal como fue elaborado por los juristas de la “Aufklärung; es decir, por la escuela prusiana de **LEIBNITZ-PUFFENDORF, WOLF-NETTELBLADT**.

**GOTTFRIED WILHELM LEIBNITZ**, filósofo, matemático, jurista, teólogo, un sabio, nacido en Leipzig en 1646 y muerto en 1716. Genial matemático, sentó las bases de los principios generales del Derecho en su tesis de 1667, titulada “Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae”, en la que plantea una nueva ciencia jurídica exacta, lógica y sistemática a partir de ciertos postulados axiomáticos: los principios generales del Derecho. El “principialismo” de Leibnitz ha sido puesto en evidencia en un brillante ensayo de Ortega y Gasset titulado “Godofredo Guillermo Leibnitz y la evolución de la teoría deductiva”, en el cual sostiene que “Leibnitz era el hombre de los principios generales”.

**SAMUEL FREIHERR VON PUFFENDORF (1632-1694)**, fue profesor en Heidelberg, en Lund y en Berlín y es considerado “el Padre de la Parte General” por haber desarrollado en su “De iure nature et Pentium libri octo”, 1672, el primer sistema de una Teoría General del Derecho, un sistema que se corresponde con el casi contemporáneo sistema ontológico de Spinoza y con el del físico Newton; su sistema perdura hasta hoy en el Código alemán con el nombre de Parte General, cuyo núcleo central es la teoría del Negocio Jurídico. <sup>(8)</sup>

<sup>(6)</sup>-. Acerca de la traducción de “Sturm und Drang” reproduzco la nota de pie de página N° 1, en la página 39 de mi obra “La Ciencia del Derecho Procesal”. Dije entonces que **EUGENIO IMAZ**: la traduce como “ataque e ímpetu” **RODOLFO MONDOLFO**: como la “tempestad y el asalto” y **WERNER GOLDSCHMIDT**: como “tempestad de pasiones y pujanza”. Véase, al respecto: **WERNER GOLDSCHMIDT**: “Los quehaceres del historiador de la Filosofía”, en el volumen Filosofía, Historia y Derecho, p. 49, nota 4, Editorial Abeledo, Buenos Aires, 1999. Acerca del movimiento “Sturm und Drang”, véase **RENE WELLEN**: “Historia de la Crítica Moderna” (1979-1980), tomo I; “La segunda mitad del siglo XVIII”, Capítulo IX: “el Sturm und Drang” y **HERDER**: p. 303 y ss; editorial Gredos, Madrid, 1999; **WERNER GOLDSCHMIDT**: “Goethe y la axiología jurídica”, en el volumen Conducta y Norma, p. 109, Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1999.

<sup>(7)</sup>-. En torno a Rilke: El País. Chiclayo, 1999. El Homo Juridicus en la Literatura: La prensa. Lima, 1999, en torno a la Poesía de Vallejo: La Prensa, Lima, 1999. Retorno a Vallejo: La Prensa, Lima, 1999, Humorismo en Rilke: La Prensa, Lima, 20 de octubre de 1999, recordando la polémica sobre Rilke; Lindero, Suplemento Cultural de la Industria. Chiclayo, 22 de agosto de 1999.

<sup>(8)</sup>-. **FRANZ WIEACKER**, “Historia del Derecho Privado de la edad Moderna”, pp. 251-272, Ed. Aguilar, Madrid 1997.

**CHRISTIAN WOLFF, (1679-1754)** es considerado “el caudillo de la Filosofía de la Ilustración” y “representa el intelectualismo de la gran tradición aristotélico-tomista de la baja escolástica”.<sup>(9)</sup>

Con **WOLFF** y su discípulo **DAVID NETTELBLADT (1719-1791)** se desarrolla la dirección que bien puede denominarse, siguiendo a Paul Koschaker, la escuela del “mos geometricus iura docendi”.<sup>(10)</sup>

A Leibnitz le debemos el poder de remontarnos a la contemplación de los principios generales; a Puffendorf la génesis en la elaboración de la Parte General, por eso lo llamamos “el Padre de la Parte General”. A Wolff y a su escuela, el “Wolffismo”, es decir, la ideología o, mejor, la metodología “lógico-matemática” o “more geometricus”, basada en la elaboración de un sistema deducativo de conceptos desarrollados a partir de los principios contenidos en la Parte General. David Nettelblatt fue, acaso, el más insigne representante del “Wolffismo” y del racionalismo prusiano.

Contra este racionalismo a ultranza surge el movimiento irracional del “Sturm und Drang” (Tempestad de pasiones), representado en la poesía de Schiller y en la música del romanticismo de **BEETHOVEN, BRAHMS, SCHUMANN, FRANZ LISZT** y **WAGNER**, que equivalen en el Derecho al surgimiento de la escuela histórica de **GUSTAVO HUGO** y **SAVIGNY**.

Como es sabido, el programa de la escuela histórica está fijado en la réplica a Thibaut, formulada por Savigny en su opúsculo de 1814: “De la vocación de nuestro siglo, para la codificación y la ciencia del Derecho”, cuyo leitmotiv está dado por el “Volksgeist” o espíritu del pueblo, que hunde sus raíces en la historia, que las encuentra de una parte en la costumbre y el Derecho Consuetudinario, y, de otra parte, en el Derecho Romano. Por tanto: no a la codificación y menos al modelo francés hasta que no se descubran las raíces del “Volksgeist”, que surgen en el hontanar de la historia.

Germanistas y romanistas contribuyeron así a la investigación de nuestro tema, que se centra en un órgano dialéctico de difusión del pensamiento de la escuela histórica: la célebre “Revista para la ciencia histórica del Derecho”, (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft), fundada en 1815 por **SAVIGNY, EICHHORN** y **GOSCHEN**.

En el núcleo semántico de esta dirección simbolizada en la Revista, hay un neologismo patentado por Savigny: “Rechtswissenschaft”, es decir, la ciencia del Derecho entendida a la luz de la historia. No hay pues, ciencia sin “razón histórica”. No la ciencia de la razón pura dogmáticamente considerada a la manera del “mos geometricus iura docendi”, tal como lo entendían los racionalistas prusianos de la escuela de Leibnitz-Wolff-Nettelblatt, sino la “razón histórica”, que es la clave para formular la ciencia del Derecho en el sentido de una cabal “Rechtswissenschaft”.

Ésta es la clave para entender la ciencia jurídica alemana y distinguirla cabalmente de la “science du droit civil”, aun cuando ambas tienden a integrar la historia y el sistema, como se advierte, por ejemplo en el “Tratado elemental” de Planiol, con su gran claridad francesa; pero, definitivamente, fue la escuela de los pandectistas, que era una filial de la escuela

<sup>(9)</sup>- WREACKER, Ob. cit. p. 393-395.

<sup>(10)</sup>-PAUL KOSCHAKER, “Europa y el Derecho Romano”, p. 394.



histórica, la que encarnó y simbolizó a la “Rechtswissenschaft”. Empero, esta escuela tenía una carga genética del Wolffismo o racionalismo puro “more geométrico” a la prusiana y, por ello, devino en “Begriffjurisprudenz”: jurisprudencia de conceptos o escuela de conceptos. La escuela de los pandectistas toma su nombre de su fuente de inspiración: las Pandectas de Justiniano, tal como lo entendían los profesores alemanes del siglo XIX con arreglo a su estilo: el “usus modernus pandectarum”.

Según el profesor **GIOVANNI PUGLIESE**, bajo la denominación de pandectistas se denomina “a los juristas que hicieron de las pandectas justinianeas el objeto preferido de su estudio y que vieron en ellas la principal fuente de enseñanza que impartieron en las universidades de su tiempo, aplicando sus reglas en los Tribunales y denominando a sus obras “Derecho de Pandectas” (*Pandektenrechts*).<sup>(11)</sup>

Según **PAUL KOSCHAKER**, la escuela de los pandectistas constituyó un Derecho profesoral por excelencia, una escuela de “*professorenrecht*”.<sup>(12)</sup>

Según el profesor **FRANZ WIEACKER**, “la ciencia pandectística desde la cumbre de su prestigio ha dado a Alemania un número brillante de clásicos en la ciencia del Derecho Civil cuya gloria sobrevivió a su época”.<sup>(13)</sup>

Fueron, pues, los grandes pandectistas alemanes del siglo XIX los que caracterizarían clásicamente a esta escuela que, tuvo sus precursores en el siglo XVIII. Pero sus grandes clásicos fueron: **CHRISTIAN GLUCK** (1755-1831), cuyos “Comentarios a las Pandectas”, en 34 volúmenes, fue un monumental tratado y que es repertorio insuperado de la tradición romanística desde la escuela de los Glosadores; **VANGEROW** (1808-1870), profesor en Heidelberg, autor de un célebre “*Tratado de Pandectas*”; **GEORG F. PUCHTA** (1798-1846), sucesor de Savigny en su cátedra de Berlín, autor de dos obras fundamentales: “*El Derecho Consuetudinario*” (*Das Gewonheitsrecht*) y “*Tratado de Pandectas*”, con el que se consagra la metodología de conceptos racionalista y deductiva que, por ello, convierte a esta escuela en una “*Begriffjurisprudenz*”, objeto de las burlas y críticas de Ihering, por su abstraccionismo a ultranza; **REGELSBERGER** (1831-1911), profesor en la Universidad de Göttingen, autor de otro célebre *Tratado de Pandectas*; **HEINRICH DERNBURG** (1829-1907), profesor en Berlín, autor de otras famosísimas “*Pandectas*”, muy citadas por José León Barandiarán, quien tenía en altísimo aprecio a los maestros de esta escuela y cuyo pensamiento está indiscutiblemente asociado a la “*Rechtswissenschaft*”; **KARL CROME**: nacido en Dusseldorf en 1859, fallecido en Bonn en 1931, profesor en la Universidad de Bonn desde 1898 hasta su muerte, enseñó Derecho de Pandectas y Derecho Procesal Civil. Sus obras son citadas a menudo por el gran maestro de san Marcos. Aludo especialmente a su “*Parte General de la moderna ciencia del Derecho Civil francés*”, “*El Derecho de las Obligaciones*”, 1894, en cuatro volúmenes y, sobre todo, a su muy citado “*System des deutschen burgerlichen Rechts*”, en cinco tomos.

Las citas de Crome y las de Dernburg, desfilaban una y otra vez en sus inolvidables clases y en casi todas las páginas de sus “*Comentarios al Código Civil*”.

(11).- **GIOVANNI PUGLIESE**, “I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto”, en volumen I; “La formazione storica del diritto moderno in Europa”, p. 29, Firenze, Editora, MCMLXXVII.

(12).- **PAUL KOSCHAKER**, “Europa y el Derecho Romano”, p. 100, Madrid, 1904.

(13).- **FRANZ WIEACKER**, (1894-1983), acaso el más grande historiador alemán de nuestro tiempo, véase su fundamental “*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*”, p. 100, Madrid 1967.

Así también el “príncipe de los pandectistas”, Bernhard Windscheid, cuyo “*Tratado de Pandectas*” (Lehrbuch des Pandektenrechts), era el comentario anticipado del gran Código Civil alemán y, por ello, bien puede ser llamado “el padre del B.G.B.”, conjuntamente con Planck, el otro gran pandectista, procesalista y coautor del B.G.B.

El Lehrbuch, de **WINDSCHEID** (1817-1892), fue la obra más representativa e influyente de la escuela de los pandectistas. Ha sido traducida al italiano por **CARLO FADDA** y **PAOLO EMILIO BENZA** con el nombre de “*Diritto delle Pandette*” por la editorial U.T.E.T. de Turín en 1930 (Unione Tipografico Editrice Torinese) y, recién, tardíamente, al castellano, con el impropio nombre de *Tratado de Derecho Civil Alemán*, por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987. Así empieza Windscheid su luminoso Tratado: “entiéndase por Derecho de Pandectas, el Derecho Privado Común Alemán de origen romano”.

Y añade, líneas adelante, que “los juristas se definieron por el poder espiritual subyugante con que se les presentó el Derecho Romano como un derecho vernáculo, tan perfecto en su forma y en su contenido, que no fue considerado ya como un Derecho entre varios, sino como el Derecho por antonomasia”, (párrafo 1 y passim).

Otros grandes maestros clásicos de esta escuela fueron, y los citaba con emocionada evocación nuestro gran maestro en la Casona: **Gottlieb Planck** (1817-1910), considerado por Enneccerus como “sin duda el más grande de los autores del Código Civil, (Padre del Código Civil)”; **Ernst Zitelmann** (1852-1923), profesor en Bonn, investigador del negocio jurídico: “*Irrtum und Rechtsgeschäft*” (Error y Acto Jurídico), 1879; “*Gewonheitsrecht und Irrtum*”, (Costumbre y Error), publicado en la Revista *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 66, p. 323 y ss.; “*Luckem im recht.*”, (Las lagunas del Derecho), 1903; “*Internationales Privatrecht*”, (Derecho Internacional Privado), 1912, etc.

Una de las citas más frecuentes en las clases de León Barandiarán era la de von Tühr. El profesor **Andreas von Tühr** nació en San Petersburgo, Rusia, el 14 de febrero de 1864 y murió en Zürich el 16 de diciembre de 1925. Brillante catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Estrasburgo de 1898 a 1918 y luego en la Universidad de Zürich desde 1920 hasta su muerte, fué autor de una célebre y muy citada, “*Teoría General del Derecho Civil Alemán*”, en seis volúmenes, traducción castellana con Prólogo del maestro Tullio Ascarelli, editorial Depalma, Buenos Aires 1946, hay una nueva edición, Madrid, 1999. El profesor von Tühr escribió también un “*Tratado de las Obligaciones*”, traducido al castellano en dos volúmenes, editorial Reus, Madrid, 1934, traducción de Wenceslao Roces.

Toda reflexión sobre el Derecho de las Obligaciones y sobre el Acto Jurídico supone una referencia ineludible al B.G.B. y al Z.G.B.

El gran autor del Código Civil Suizo de 1907 o Z.G.B., siglas de “*Zivilgesetzbuch*”, fue el profesor Eugen Huber, quien nació en Zürich, el 13 de Julio de 1849 y murió en Berna el 23 de abril de 1923. Profesor de Derecho Civil en Basilea, Halle y Berna, fué autor de un “*System und Geschichte des Schweizerisches Privatrechts*”, cuatro volúmenes, que le valió ser nombrado Ministro de Justicia, proyectando el famoso Código Civil Suizo (*Zivilgesetzbuch*) (Z.G.B.), que es el gran filtro que depura las abstracciones pandectistas del B.G.B., y cuya estructura sirvió de modelo para el Código Civil Peruano de 1936, a sugerencia de don Manuel Augusto Olaechea. Por tanto, el pensamiento de Hüber entra de lleno en el pensamiento jurídico de León Barandiarán y así lo demuestra en sus reiteradas citas del gran maestro de Zürich, como la de



otros ilustres comentaristas del Código Civil Suizo, entre los que debemos mencionar a Rossel y Mentha, autores de un “Manuel de Droit Civil Suisse”, Lausanne, 1909. Así también debemos mencionar a Wieland: “Kommentar zum Schweizerische Z.G.B.”; a Schneider und Fick en su “Derecho de Obligaciones suizo”, 1896 y a Eugéne Curti-Forrer, en su “Commentaire du Code Civil Suisse”, Neuchatel, 1912.

El genio alemán influyó decisivamente en el pensamiento de José León Barandiarán.

**LUDWIG ENNECCERUS** (1848-1928), profesor en Marburgo, autor de un magistral “Tratado de Derecho Civil”, cuya Parte general fue revisada por Hans Nipperdey, profesor en Colonia, cuya Parte Especial revisada por Martín Wolf, fué otra de las obras cumbres de la escuela alemana en las que se inspiró el pensamiento de José León Barandiarán.

Enneccerus tiene, además, el mérito de haber intervenido personalmente como Relator de la Segunda Comisión en la reforma del Código Civil Alemán y, por ello, su versión posee el mérito de ser un testimonio personal o el de una evocación en las vibrantes páginas en las que se trata sobre el tema.

La escuela italiana también fascinó con su hontanar maravilloso, al pensamiento de León Barandiarán. Mezcla de la profundidad metafísica de los “*professorenrecht*” y de la luminosa claridad de los maestros de la “*science du droit civil*”, la “*scuola italiana del diritto*” tuvo en **VITTORIO SCIALOJA** (1856-1933) a su líder. La escultórica apolínea de sus grandes maestros, de sus grandes revistas y de sus geniales investigaciones la he tratado profundamente en páginas anteriores, a las que me remito.

**JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN** no podía escapar a esa influencia y, consecuentemente, en sus citas alude a de Ruggiero, a Messineo y al gran Código Civil Italiano de 1942, de cuya génesis e ideología he tratado en mi discurso de incorporación como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, titulado “Reflexiones sobre la Historia de la Codificación Civil”, al que me remito, así como también a lo que he escrito en páginas anteriores.<sup>(44)</sup>

He tenido el privilegio excepcional de haber sido discípulo de grandes maestros de los que debería escribir algún día con fervor, el luminoso contrapunto de sus vidas paralelas. A la cabeza de todos ellos, indiscutiblemente, José León Barandiarán, el maestro nuestro y de todos, por su carisma humano y pedagógico, por la bondad e inteligencia, que siempre irradia de su espíritu, por su ansiosa fe en un ideal que él encarna, como “*lucerna juris*” y como “*homo iuridicus*”.

---

<sup>(44)</sup>- Cfr. Retro, p. 28 y ss.

**ROMULO E. LANATTA GUILHEM**, El gran maestro de las Sucesiones nació en Lima el 28 de Julio de 1905, se graduó de Bachiller de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con la tesis “El problema de la interpretación de la ley en la reforma del Código Civil”, Lima 1931. Tesis doctoral: “*El Derecho de Sucesiones en el código Civil peruano. Estudio crítico*”, San Marcos, 1961. Profesor de Sucesiones desde 1959, año en el que tuve el honor de ser su discípulo. El tema historiográfico lo trata brillantemente el Maestro Rómulo E. Lanatta en el tomo I, capítulo III, IV y V, pp. 65 a 122 de su “Derecho de Sucesiones”, editorial Desarrollo S.A., Lima, 1981, 2ª edición, que es una obra luminosa.



Rómulo Lanatta es el símbolo de una vida luminosa caracterizada por la bondad, por la generosidad y, como León Barandiarán, diría por el “eros pedagógico” de una vida dedicada a la ciencia y a la enseñanza del Derecho.

Fué un gran profesor y un paradigma de la escuela civilista peruana, en la línea clásica de sus más grandes exponentes, como lo fueron don Manuel Augusto Olaechea, don Angel Gustavo Cornejo y don José León Barandiarán.

El “Derecho de Sucesiones” de Rómulo Lanatta cuya última edición (segunda) publicada por la Editorial Desarrollo S. A., Lima, 1981, consta de 3 tomos: tomo I: Parte General, Tomo II: “La Sucesión Testamentaria” y tomo III: “La Sucesión legal, la Indivisión y la Partición de la Masa Hereditaria”.

Es un verdadero “Tratado” que inspirándose en el Derecho Romano, en la tradición romanista - que es la historia de esta apasionante materia -, y en el Derecho Comparado, analiza, define, distingue y soluciona todas las importantes cuestiones del Derecho Sucesorio, desde la responsabilidad “*ultra vires hereditatis*” y de la “*intra - vires hereditatis*”, así como el de la sucesión por derecho propio o personal y el de la representación “*por stirpes*”, cuando concurren herederos directos o inmediatos y los herederos del heredero pre-muerto.

Se examina, luego, la teoría de la herencia como universalidad jurídica; las deducciones al acervo líquido o partible y, luego, la distinción entre herederos y legatarios (pag. 33), etc.

La historia del Derecho de Sucesiones en el antiguo Oriente - pag. 66 - es analizada a la luz del Código de Hammurabi, pag. 66 y 67, en el Derecho Griego pag. 67-68, en el Derecho Romano, pag. 69 a 76, en el Derecho Germánico pag. 77 a 79; en el antiguo Derecho Español, así en el Fuero Juzgo, pag. 79-81, en el Ordenamiento de Alcalá, pag. 81; en el Código de las 7 Partidas, pag. 81, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, la Recopilación de las leyes de Indias, pag. 82 a 83; la Recopilación de don José Febrero, pag. 83 in fine; el Proyecto García Goyena de 1851, pag. 84.

Pasa a examinar, luego, el maestro Lanatta las fuentes del Derecho Comparado: el Código de Napoleón pag. 86 a 88; el Código Español de 1889: pag. 88 a 92; el B.G.B. o Código Civil Alemán, pag. 90 a 92; el Z.G.B. o Código Civil Suizo, pag. 92-93; el Código Civil Chileno: pag. 94-95; el Código Civil Argentino, pag. 96 a 100; el Código Civil Brasileño de 1916: pag. 101 a 103. Pasa,



luego, a tratar en el capítulo VI los Antecedentes Históricos Generales: pag. 105 a 122; y, luego, en el capítulo VI, la sistemática del Derecho de Sucesiones en el Código Civil de 1936: pag. 123 a 145. La apertura de la Sucesión es tratada de fojas 147 a 163 dando cuenta del Derecho Comparado, dejando constancia que “En el aspecto procesal, los mejores modelos de sistematización se encuentran en el Código Civil Alemán arts. 2353 al 2370 y en el Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley No 17454 del 29 de Setiembre de 1967 que comenzó a regir el 12 de Setiembre de 1968 artículos 714 al 762”.

Así, bajo la inspiración de esta metodología histórica y comparatista se corren las páginas de los tres tomos que integran el Derecho de Sucesiones del gran maestro de San Marcos. Rómulo Lanatta (1905-19) ha escrito en el Perú el mejor tratado sobre esta fascinante materia superando, por su elegancia conceptual y por su riqueza doctrinaria, bibliográfica y jurisprudencial las grandes obras dedicadas en el Perú al Derecho de Sucesiones como la de **EMILIO F. VALVERDE** (“El Derecho de Sucesión en el Código Civil Peruano”, Lima 1951), que se inspiraba en la metodología de la escuela francesa de la Exégesis, como lo declara expresamente el autor en la página 169 de dicha obra. Otro gran clásico peruano es **LUIS ECHECOPAR GARCIA** cuya notable obra “Derecho de Sucesiones”, Editorial Lumen, Lima 1946, obra actualizada por los abogados del estudio Echecopar García, y reeditada por la Editorial Gaceta Jurídica en Diciembre de 1999, está dedicada a ese gran abogado que fue don **MANUEL VICENTE VILLARÁN**, en cuyo estudio se formó el Dr. Echecopar García, y que es, por la claridad meridiana con la que nos ha resuelto más de un caso problemático, una obra clásica para Jueces y Abogados. Obra eminentemente didáctica y forense de quien fuera uno de los más brillantes profesores de la Universidad Católica y que murió como un romano en su campo de batalla, informando ante la Corte Suprema. Así, pues, la obra de **ECHECOPAR GARCIA** es, en la práctica, un “Manual”, esto es, una obra que debe estar al alcance de la mano, “in manu”; en tanto que la obra del ilustre profesor sanmarquino **JORGE EUGENIO CASTAÑEDA** (“Derecho de Sucesión, 3 tomos, Lima, 1975) está destinada a informarnos de las instituciones del derecho sucesorio, de acuerdo a la conocida metodología y estilo “institucionalista” del siempre recordado maestro sanmarquino y ex Decano de la Villarreal que forjó esta obra a partir de un curso de lecciones dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gonzaga de Ica en el año 1966. Castañeda no llegó a estar poseído por el “alma faústica” que sí se apoderó de los reformadores del Código de 1936. Castañeda tenía una alma “apolínea”, la que, como dice Spengler “era el alma de la cultura antigua”<sup>(1)</sup>, vale decir, la del Código de 1936. Estaba seducido por la cultura clásica del alma apolínea cuyo ideal estaba consagrado en el Código de 1936 que para Castañeda no necesitaba reformarse por ser un Código muy claro y por eso no asistía a las sesiones de la Comisión Reformadora. La misma impronta pedagógica forjada en el estilo de lecciones tienen las copias de otro notable maestro de la Universidad Católica, el profesor **HECTOR CORNEJO CHAVEZ** (“Curso de Derecho de Sucesiones”(copias), Pontificia Universidad Católica, Lima 1963), lecciones forjadas en los claustros del alma mater de este brillante profesor arequipeño: la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, en cuya Facultad de Derecho dictó el curso de Sucesiones, Familia, Reales y Economía Política entre 1945 y 1956, alternando la actividad política con la actividad académica en los claustros, siendo así, por ejemplo, profesor Honorario en la Universidad Nacional de Lambayeque, en la que dictó en 1968, una magistral conferencia sobre la herencia del cónyuge.

<sup>(1)</sup>- **OSWALD SPENGLER**: “La decadencia de Occidente”, tomo I, “Alma Apolínea, Alma Fáustica, Alma Mágica”, p. 299 y ss., Espasa Calpe Argentina, S.S., Buenos Aires, 1931.

De rareza bibliográfica y de estilo esotérico, por circular tan sólo dentro del ámbito de los iniciados, me atrevería a calificar las copias de las lecciones dictadas por el maestro **LEÓN BARANDIARÁN** en la vieja “casona” de San Marcos en 1948 y por **ENRIQUE HOLGADO VALER** en los claustros de la Universidad de San Antonio Abad del Cuzco (“Las sucesiones hereditarias en el Código Civil Peruano”, Cuzco, 1965). Hay tesis notables sobre esta disciplina, como la de **JUAN RIVERA MONTOYA**, quien fuera un notable abogado chiclayano, fallecido en el 2001, ex profesor de la materia en la Universidad Pedro Ruíz Gallo de Lambayeque, dedicada a “La legítima del conyuge”.

Una notable tesis doctoral es la sustentada en la Universidad de Barcelona por **MARGARITA FERNANDEZ ARROYO** titulada “*La acción de Petición de Herencia y el Heredero Aparente*” publicada por José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, con Prólogo del profesor **José Luís de los Mozos**.

En la bibliografía peruana de los últimos años debo mencionar a cuatro grandes obras que deben leerse por todo jurista, magistrado, profesor, abogado o estudiante: la de **JUAN B. ZARATE DEL PINO**: “*Curso de Derecho de Sucesiones*”, Palestra Editores, Lima, 1998 cuyo mérito mayor es el de aunar a la doctrina y Teoría General de las Sucesiones una riquísima Jurisprudencia que debe leerse por contener una selecta antología de sentencias de la Corte Suprema y de Dictámenes Fiscales sobre la problemática forense de esta especialidad. Los grandes maestros del Derecho Civil no deben limitarse a definir las instituciones y temas de su curso citando al Código Civil sino que deben adentrarse en la casuística forense, porque, como han dicho los Mazeaud “*LA JURISPRUDENCIA ES PARA LA LEY EL ELIXIR DE LA JUVENTUD*” “*LA JURISPRUDENCIA INFUNDE SANGRE NUEVA EN LA LEY*”<sup>(2)</sup>.

Por esta razón es que debo citar la obra de Sucesiones de “un virtuoso de la magistratura”, Juez de carrera, ex – Presidente de la Corte Suprema, profesor en la Católica y miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, el **Dr. CESAR FERNANDEZ ARCE**, autor de un libro de Sucesiones cuya nueva edición está en prensa y próxima a publicarse y que tiene el mérito de ser – como “*Felipe Derblay El dueño de las herrerías*”, un inspirado en las “herrerías” del Poder Judicial, donde se fraguan las espadas de mil combates, en cuyas Salas los Jueces damos cuenta todos los días de numerosos expedientes y donde cultivamos la motivación de las sentencias. Ya en el Libro-Homenaje a José León Barandiarán, el Dr. Fernandez Arce había publicado un valioso estudio: “*Derechos Hereditarios del cónyuge sobreviviente en el Código Civil de 1984*”, pag. 137 a 162, Cultural Cuzco, Lima, 1985. En el Libro-Homenaje a Rómulo Lannatta, el Dr. Fernandez Arce publicó otro notable estudio “*Las acciones reales en el Derecho Sucesorio*”, pag. 185 a 200, Cultural Cuzco, Lima, 1986. En el Libro-Homenaje a Mario Alzamora Valdes, el Dr. Fernandez Arce publicó otro gran estudio : “*De los Legados*”, pag. 127 a 138, Cultural Cuzco, Lima, 1988. Y en el Congreso Internacional que organizó la Universidad de Lima al cumplirse un año de la promulgación del Código de 1984, el Dr. Fernandez Arce fue ponente de un notable estudio intitulado “*La Representación Sucesoria en el Código Civil Peruano*” publicado en el libro “*El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latino-Americano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de Agosto de 1985*”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA)”, pag. 297 a 302, Cultural Cuzco, S.A., Lima, 1986.

<sup>(2)</sup>. HENRY, LEON y JEAN MAZEAUD: “*Lecciones de Derecho Civil*”; vol. I, pag. 1<sup>o</sup>, E.J.E.A., Buenos Aires, 1999.



El 25 de Setiembre del 2003 el Dr. **CESAR FERNANDEZ ARCE**, fue incorporado como miembro de número en la Academia Peruana de Derecho, pronunciando un notable discurso sobre “La colación en el Derecho Sucesorio Nacional y Comparado”. La presentación estuvo a cargo del Dr. **AUGUSTO FERRERO COSTA** y este acto académico está publicado en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, año 2002-2003, pag. 39 a 108. Al año siguiente el Dr. Fernandez Arce; pronunció las palabras de recepción a otro notable académico de número: el Dr. **CÉSAR DELGADO BARRETO**, ex Ministro de Justicia, quien tuvo la fineza de llevarme en su automóvil, como Ministro de Justicia, al cementerio de la Planicie, el día 14 de Abril de 1989, fecha en la que enterramos a mi querido y recordado padre el Dr. Nicanor Silva Salgado. El Dr. **CÉSAR DELGADO BARRETO** profesor Investigador en la Universidad Católica disertó sobre los “Aspectos Jurídicos de la deuda externa”.

Para terminar quiero dejar constancia de que, no solo comparto con el Dr. Fernandez Arce, mi eterna vocación hacia la magistratura, la docencia y la investigación sino que, compartimos, fundamentalmente, la inspiración cristiana en todos y cada uno de los actos de nuestra vida. Lo he dicho por escrito en uno de mis libros: “*Ser cristiano es ser discípulo de Jesucristo. Es demostrar con hechos la invitación del Maestro que nos dijo “Tú, ven y sígueme”. Ser discípulo de Jesucristo supone llevar Su luz en el corazón, irradiar la luz divina y trasmitirla a los demás con toda su espiritualidad y claridad, con humildad, con sencillez., con amor, con emoción, para ser bienaventurados y poder decir que ahora somos “hijos de la luz” y ya no más de las tinieblas, porque, ahora, “somos luz en el Señor” ( Efesios, 5, 8)”* (SILVA VALLEJO: “Filosofía del Derecho”, pag. 221, Ediciones Legales, Lima, 2010).

Otro autor y otro libro que debe figurar obligadamente en toda cita en materia sucesoria es el “*Tratado de Derecho de Sucesiones*” de **AUGUSTO FERRERO COSTA**, profesor y ex-Vice-Rector en la Universidad de Lima, profesor emérito de la Universidad de San Marcos, ex agregado Cultural a la Embajada del Perú en Italia, Profesor Honorario en varias universidades del Perú, Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho y Miembro Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. El Tratado de Ferrero constituye, como dijo el maestro argentino, don **GUILLERMO BORDA**, en la pag. 42 del Prólogo a la 4a edición “un magistral aporte a esta rica y compleja parte del derecho civil. Honra no sólo a la literatura jurídica peruana, sino también a la de toda Latinoamérica. En adelante, no podrán prescindir de él juristas, abogados y estudiantes”.

Fundamentalmente he de citar en la bibliografía de nuestra especialidad el “Derecho de Sucesiones” escrito por el profesor, Dr. **GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA**, miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho y profesor en la Católica. Los dos tomos fueron editados por la Universidad Católica en 1995 y son también otra obra de consulta obligatoria para magistrados, profesores, abogados y estudiantes.

No puedo omitir finalmente el “*Manual de Derecho de Sucesiones. Teoría y Práctica*” ediciones Jurídicas, Lima, 1992, del profesor y ex - magistrado Dr. **MANUEL MIRANDA CANALES**, cuya virtud - aparte de los clásicos conceptos institucionales -, es el de reunir diversos modelos de Testamentos, Actas Notariales, Actas de Protocolización, disposiciones instituyendo herederos, legatarios, sustituciones hereditarias, modelos de desheredación, constitución de fundación, reconocimiento de hijo, nombramiento de Tutor, modelo de Revocación de Testamento, Nombramiento de Albacea, Inventarios, etc., etc.

La ciencia de las “Sucesiones” encarnada en el pensamiento y las doctrinas de Rómulo Lanatta encarnaron, finalmente, como ponente del Libro IV del Código Civil de 1984. Su nombramiento lo ha autoreseñado el mismo maestro mediante “Nota del Autor” al “Texto, Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Sucesiones del Código Civil” publicado por la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo, Lima, 1985, tomo V, pag. 9 y dice así: *“Por Decreto Supremo de 1º de Marzo de 1965, que creó la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, fui nombrado Miembro de la misma, y habiendo acordado ésta la reforma del referido Código, me encomendó la correspondiente al Libro de Derecho de Sucesiones. En cumplimiento de este encargo elaboré el Anteproyecto respectivo que aprobado por esta Comisión y con su Exposición de Motivos, fue publicado por “Editorial Desarrollo S.A.”, en 1981. Entregado el Proyecto al Supremo Gobierno y remitido por éste al Congreso, la Ley N° 23403 de 27 de Marzo de 1982 facultó al Poder Ejecutivo para promulgar el nuevo Código, previa intervención de una Comisión Revisora que introduciría las reformas que estimara convenientes con audiencia de la Comisión que elaboró el Proyecto”.*

*“En cuanto al Libro de Sucesiones, me correspondió intervenir en algunos de los debates de la Comisión Revisora y proponer las fórmulas sustitutorias que, aprobadas por esta Comisión, reemplazaron a las que fueron objetadas. En la Exposición de Motivos, al fundamentar cada artículo, explico los pocos casos en que los textos originales fueron modificados, y en las notas comento algunos aspectos de la reforma”.*

Rómulo E. Lanatta Guilhem

Lima, Noviembre de 1984”.



## ULISES MONTOYA MANFREDI

Permítaseme ahora, evocar a uno de los más grandes maestros de la escuela comercialista peruana cuya voz y cuyo pensamiento jurídico floreció allende las antiguas aulas de la inmortal Casona de San Marcos. Nació en Chíncha el 16 de noviembre de 1909 y murió en Lima el 6 de julio de 1994. Ha sido uno de los grandes maestros de todos los tiempos en Derecho Comercial. Fue Decano de la Facultad de Derecho de San Marcos en 1967-70, Ministro de Justicia en 1959, profesor extraordinario de la Universidad de Lima y en la Universidad Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque donde laboró dictando el curso de Derecho Comercial. Su pensamiento historiográfico está planteado en el tomo primero, capítulos V y VI Evolución Histórica del Derecho Comercial, pp. 65 a 94 de su "Derecho Comercial" tomo I, parte general, Lima, 1973, así como también en sus "Comentarios a la Ley de Títulos-Valores", 5ª edición actualizada por sus hijos, los profesores Ulises y Hernando Montoya Alberti, Lima, 1997, así como también en sus "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles", Lima, 1967.



He evocado la figura del maestro Ulises Montoya Manfredi en un célebre discurso que se publicó en la revista de nuestra Facultad de Derecho. Y dije así: Al evocar la figura del maestro Ulises Montoya Manfredi encuentro en los claustros de nuestra vieja casona, tan cargadas de recuerdos y de sombras, la esencia de nuestra Universidad -alma mater studiorum- que era, según la vieja definición de las Partidas Alfonsinas, "ayuntamiento intelectual que fazen los alumnos e maestros para alcanzar los saberes", comunión intelectual que nos intima para reunirnos con los valores del espíritu. He allí la esencia de esta evocación con la cual rendimos homenaje al viejo maestro en el centenario de su nacimiento.

Don Ulises Montoya Manfredi nació en Chíncha el 15 de Noviembre de 1909. Habría, pues, cumplido hoy día cien años y siete días. Pero, se nos fue el 6 de julio de 1994. Hace pues 15 años, 4 meses y 17 días de su muerte. Fue hijo del Dr. Ulises Montoya Aguirre y de la Señora Catalina Manfredi de Montoya. Y aquí están sus hijos, los ilustres profesores Ulises y Hernando Montoya Alberti, a quienes saludo cordialmente con fraternal afecto. Y allí están las viejas paredes de nuestra inmortal casona sanmarquina, tan cargadas de recuerdos y de espíritus inmortales, como los viejos maestros de la Facultad de Derecho que lo formaron, como el Dr. Jesús García Maldonado, profesor principal del primer curso de Derecho Comercial y como el doctor Lino Cornejo, profesor principal del segundo curso de Derecho Comercial; y allí están también las otras grandes figuras patriarcales del Derecho Civil como el Dr. Ángel Gustavo Cornejo, como el Dr. Manuel Augusto Olaechea y el Dr. Alfredo Solf y Muro, como el Dr. Juan José Calle y el Dr. Pedro M. Oliveira; como el Dr. Carlos García Gastañeta, profesor principal de Derecho Internacional Privado y don Alberto Ulloa Sotomayor, profesor principal de Derecho Internacional Público, don Ezequiel F. Muñoz y don Ernesto Araujo Alvarez, profesores principales de Derecho Procesal Civil; don Manuel Vicente Villarán, don Juan Bautista de Lavalie y don José León Barandiarán, profesores de Filosofía del Derecho, don Toribio Alayza y Paz Soldán, profesor de Derecho Administrativo y entre las grandes figuras inmortales de la Facultad de Letras aquí están todavía las sombras de don Raúl Porras Barrenechea, de don Mariano Iberico Rodríguez, de don Jorge Basadre, de don Carlos Wiese, de don Horacio Urteaga y de

tantos otros brillantes catedráticos que fueron y son la gloria de San Marcos. Pero debo aludir también a la gloriosa escuela comercialista peruana en la que el Dr. Montoya Manfredi fue un luminoso “*caposcuola*”, como lo fué también, en la Universidad Católica don Andrés León Montalbán, maestros y autores ambos de magistrales libros de Derecho Comercial que dan fé de sus luminosas vidas paralelas.

El maestro Montoya Manfredi fue nuestro profesor de Derecho Comercial en la Universidad de San Marcos allá por 1958 y 1959. Por esa misma época fue Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (1958) y, luego, Ministro de Justicia y Culto (1958-1959), Fiscal Suplente de la Corte Suprema (1960-1962) y, luego, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones (1962-1975) y Presidente Titular del Jurado Nacional de Elecciones (1975-1980). En tal condición presidió los procesos electorales para la conformación de la Asamblea Constituyente en 1978 y las Elecciones Generales de 1980.

Y, hoy como ayer, al evocarlo en sus clases, y al recordarlo en la hemeroteca de la vieja Facultad, cuando preparaba su Tesis Doctoral y su libro sobre las Sociedades Anónimas, lo veo nuevamente sentado y conversante con las grandes figuras de nuestra entrañable historia: con Sraffa y con Vivante, con Bonelli y Arcangeli y, con ellos, a la inmortal revista que fundaron los dos primeros, jefes y patriarcas de aquella luminosa escuela: la gloriosa “*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*”, editada por la Casa Vallardi de Milán. E inspirándose en ella las lecciones del maestro nos llevaban de uno a otro confín con las doctrinas de los grandes clásicos: de Rocco a De Gregorio, de Supino a De Semo, de Ascarelli a Asquini, de Lorenzo Mossa a Ferri, de Salandra a La Lumia, de Valeri a Messineo, de Thaller a Ripert, de Escarra y Hemard a Guyenot y a De Juglart e Hippólito; y, con ellos, a los otros grandes maestros que Montoya Manfredi nos ha hecho conocer y amar, al investigar con él, bajo la atracción fascinante que nos deparaba no solo la lectura de la gloriosa “*Rivista del diritto commerciale*” sino, también, de otras dos grandes revistas francesas: la “*Révue trimestrielle de droit civil*” y la “*Révue de droit commercial*”, editadas por la benemérita Librerie du Recueil Sirey en el número 22 de la rue Soufflot. Años más tarde, en agosto de 1966, el maestro y su discípulo, profesor ya, en la Universidad de Lambayeque, atraídos por el conjuro de un binomio apasionante: el Derecho Comercial y el Derecho Procesal Civil, viajaron ambos, con un genial civilista y profundo conocedor del Derecho cambiario, el maestro Jorge Eugenio Castañeda, a la reunión de Buenos Aires para considerar las Bases de un Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina. Allí, casi frente al obelisco, en Pellegrini, tratamos el problema frente a grandes comercialistas sudamericanos; yo recuerdo geniales intervenciones de los profesores Ignacio Winitzki, Héctor Cámara, Waldemar Arecha, Rodolfo Fontanarrosa, Horacio Duncan Parodi, José Domingo Ray, Teophilo de Azeredo Santos, Antonio Pio de Assumcao Junior, Raúl Cervantes Ahumada, entre otros brillantes comercialistas que intervinieron en dicho evento. Poco después, dicté una conferencia en el Colegio de Abogados de Lambayeque sobre el tema “*Régimen Procesal de los Títulos - Valores*” que constituyó el primer ensayo escrito en el Perú sobre el nuevo Derecho Cambiario. Más tarde escribirían magistralmente sobre el tema el maestro Ulises Montoya Manfredi y Jorge Eugenio Castañeda quien ya se había anticipado 24 años atrás al tema de nuestro tiempo en su famosa tesis para el doctorado intitulada “*Del endoso cambiario y de la jurisprudencia peruana sobre el Derecho de Cambio*”, Lima, 1943.

Los libros del maestro Montoya Manfredi han sido y seguirán siendo obras selectas en la bibliografía del Derecho Comercial Peruano y Comparado. Así puedo citar sus “*Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*”, dedicado a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacio-



nal Mayor de San Marcos de Lima, en el Primer Centenario de su Autonomía (1866-1966), publicado por la editorial San Marcos, Lima, 1967; así cito también sus “Comentarios a la Ley de Títulos-Valores” (Ley N° 16587), publicado por la editorial San Marcos, Lima, primera edición, 1970; segunda edición, 1982, tercera edición, 1984, cuarta edición, 1987; libros éstos de los cuales hay posteriores ediciones aumentadas y actualizadas por sus hijos los profesores Ulises y Hernando Montoya Alberti. Ha publicado también: “Derecho Comercial”, primera edición, 1973; segunda edición, 1976; tercera edición, 1979; cuarta edición, 1980; quinta edición, 1982; sexta edición, 1983; séptima edición, 1986; octava edición, 1988, novena edición aumentada y actualizada por sus hijos, 1998; además ha publicado también “Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas”, publicada por la editorial San Marcos, Lima, 1975; “Nuevas Orientaciones del Derecho Comercial”; “Los límites de la libertad comercial”; “Esquema de Proyecto de Código de Comercio”; “Las fuentes del Derecho Comercial”; “La empresa individual de responsabilidad limitada”; “El contrato de trabajo en la legislación civil moderna y en el Código Civil Peruano”; “La naturaleza jurídica de la convención colectiva de trabajo”; “Jerarquía de las fuentes del Derecho del trabajo”; “Autonomía del Derecho de trabajo”, etc.

El pensamiento del maestro Ulises Montoya Manfredi y el de la escuela comercialista peruana es el producto de la recepción de los grandes maestros alemanes, italianos, españoles y argentinos. La escuela comercialista alemana caracterizándose por el rigor conceptualista de sus construcciones dogmáticas, de sus sutilezas dialécticas, de su entrañable espíritu filosófico, supo extraer de la realidad de su experiencia histórica cristalizada por su ancestral práctica hanseática las magnas arquitecturas conceptuales del derecho cambiario. La escuela comercialista alemana a través de sus magnas publicaciones y revistas como el *Archiv für Wechselrecht* o la *Zeitschrift für Handelsrecht*, extendiéndose por los caminos del mundo bajo la fascinación del pandectismo y de la escuela histórica se consolidó con la ordenanza cambiaria y el Código de Comercio de 1911; pero, sobre todo, debe su genial impronta sistemática a la fecunda labor de sus eximios tratadistas y, en este sentido nunca estará demás volver a releer las concepciones de EINERT, de THOL y LEWIN GOLDSCHMIDT que son sus más grandes artífices.

Los maestros alemanes con su temple genial de investigadores y científicos nos legaron un sistema, un método y una Teoría General afinada, perfilada y desenvuelta a través de un notable filtro dialéctico: la revista para todo el Derecho Comercial, la “*Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*”, fundada en 1858 y dirigida por un sabio maestro del comercialismo alemán apasionado por su desenvolvimiento histórico: LEWIN GOLDSCHMIDT profesor en la Universidad de Heidelberg y autor de una “Historia Universal del Derecho Comercial”. En la revista citada se fueron afinando y puliendo obras y doctrinas famosas. Así, por ejemplo, cuando en 1857 KUNTZE enuncia su famosa teoría de la creación cambiaria expuesta en su libro “*Die Lehre von dem Inhaberpapieren*”, según la cual el título valor nace como un negocio jurídico perfecto en cuanto obligación cambiaria y en cuanto crédito accionable desde el momento en que la cambial es redactada declarándose, así, la voluntad unilateral y perfecta de obligarse, la revista acogió la “*Kreationstheorie*” afinándola y desarrollándola hasta tal punto que el concepto de unilateralidad planteado por EINERT y desarrollado por KUNTZE vino a ser la base de la codificación cambiaria y puede ser hoy considerado en Alemania como un “*ius receptum*”<sup>(1)</sup>. La tesis preponderante, como dice FERRI, es la que pone como fuente de la obligación cartular la declaración unilateral de voluntad del emisor<sup>(2)</sup>.

(1). AGEO ARCANGELI: “Sulla teoria dei titoli di credito particolare della cambiale, en sus “*Scritti di diritto commerciale*”, volume terzo, pag. 79, Padova, 1908.

(2). GIUSEPPE FERRI: “*Títulos de Crédito*”, pag. 79, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

La escuela comercialista italiana estuvo representada en su fase auroral por las doctrinas de Alberto Marghieri, de Ercole Vidari, de David Supino y León Bolaffio; pero, la cúspide de su gloriosa enseñanza estuvo representada por las doctrinas de Vivante y Angelo Sraffa; y su filtro dialéctico estaba y sigue representado por la famosa Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni fundada en 1902 por los dos insignes “caposcuolas” precedentemente citados. Vivante, Sraffa y León Bolaffio: una tríada dialéctica *indimenticabile*, una trilogía de maestros inmortales, a los que habría que agregar a Alfredo Rocco, el gran maestro de Nápoles, cuyos “Principios de Derecho Comercial”, siguen siendo, en nuestros días, un “*capolavoro*” decisivo en los estudios de nuestra disciplina.

Alfredo Rocco escribió también en la Rivista del diritto commerciale, año 1905, pag. 338 a 355 un magistral estudio intitulado “La emisión de una cambial en blanco y su naturaleza jurídica”. En esta bella monografía del maestro de Nápoles sostenía Rocco que *“el problema fundamental, todavía no resuelto, es el de la justificación legal de la validez cambiaria de un título emitido en blanco y completado después de su emisión. La unanimidad con que la jurisprudencia ha acogido y reconocido este instituto (en el Perú aún continúa nuestra lucha por su recepción jurisprudencial no dispensa a la Ciencia de investigar su fundamentación jurídica”*. *“La Jurisprudencia continúa sosteniendo el efecto de un mandato conferido por el suscriptor del módulo en blanco al tomador”*.

Para Rocco en definitiva, “el tomador tiene un auténtico derecho de rellenar la hoja en blanco según los pactos convenidos”. Por la naturaleza formal del negocio cambiario el derecho de llenar la hoja en blanco se resuelve en una facultad del tomador de constituir, cuando a él le plazca, un negocio jurídico productor de un derecho de crédito a su favor. (Riv. del dir. comm., 1905, I, pag. 353). Se trata, según Rocco de una “*facultas agendi*” o “derecho potestativo” del acreedor de invadir la esfera jurídica del deudor para obtener aquella satisfacción que forma parte de su derecho de obligaciones, (pag. 354). “la cuestión, según Rocco, se reduce a una interpretación de la voluntad negocial”. Tal es el fundamento y el origen de esta apasionante cuestión.

El maestro Montoya Manfredi planteó este apasionante tema en las páginas 209 a 214 de sus “Comentarios a la Ley de Títulos-Valores” (Ley N° 16587), Lima, 1970, sosteniendo, en esencia, que *“no se necesita que la cambial esté ya completa mientras se encuentre en circulación; basta que lo esté en el momento de la presentación. Nadie duda que el texto puede formarse en momentos sucesivos y por distintas personas. La sola exigencia para la validez futura para la letra en blanco consiste en que la firma del obligado ha de estamparse en condiciones aptas para que nazca una obligación cambiaria. La capacidad del firmante es el presupuesto de toda obligación (condición intrínseca). Además, la firma ha de estar escrita sobre un título que pueda ser el germen de una letra de cambio (condición extrínseca), porque si el papel en el cual se escribió no tiene ninguna apariencia externa de letra de cambio, el hecho de completar más tarde el documento no es suficiente para obligar cambiariamente al firmante”*. (pag. 211).

He planteado este problema de la cambial en blanco, pues ha sido una de las grandes cuestiones dialécticas que hemos discutido en la Corte Suprema y que yo he sostenido inspirándome en las doctrinas del maestro. Cuanta falta nos hace tener una revista del Derecho Comercial para mantener la discusión de estos temas en la crisis actual de nuestros días. Pero, hagámosla. Lo digo aquí frente a los grandes profesores y magistrados que me escuchan.



En la Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, gran filtro dialéctico de la escuela italiana, central atómica de la investigación mundial sobre el Derecho Comercial, se continuaron publicando brillantes estudios y monografías, como las de **GUSTAVO BONELLI** (1853-1926): “*Sul fondamento e sulla natura dell’obbligazione astrata e l’obbligazione causale nella cambiale*” (Riv. di dir. comm., 1909, I, pag. 897 a 623) y “Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito” (en “Giurisprudenza italiana” 1897); como las de **AGEO ARCAN- GELI** (1880-1935), profesor de Derecho Comercial en las Universidades de Macerata, Padova y Bolonia y de Derecho Agrario en Roma: “La teoria dei titoli di credito nell’opera di Gustavo Bonelli” en “Il diritto fallimentare”, 1928, pag. 9 y ss; “Sulla teoria dei titoli di credito in particolare della cambiale” (Rivista del diritto commerciale, 1910, I, pag. 173 y ss.) Estos estudios están recopilados en sus “Scritti di diritto commerciale ed Agrario”, tercer volumen, C.E.D.A.M., Padova, 1936; como las de **ENRICO REDENTI** (1883-1963), profesor de Derecho Procesal Civil y de Derecho Comercial en la Universidad de Bolonia, y antes, en Parma, de cuyo pensamiento procesal me he ocupado, años ha, en mi “Historia del Derecho Procesal”, Lambayeque, 1970. Escribió una monografía fundamental en nuestra disciplina: “*Natura giuridica della cambiale e della obbligazione cambiaria*” publicada en la Rivista del diritto commerciale, 1912, I, pag. 933 a 943, véase, ahora, en el tomo II de sus “Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo”, editorial Giuffrè, Milano, 1962; como las de **FRANCESCO CARNELUTTI** (1879-1965), verdadero mon- struo polifacético de la ciencia jurídica italiana: laboralista, civilista, comercialista, penalista y procesalista, de quien me he ocupado ampliamente en “*La vida y el pensamiento de Francesco Carnelutti*”; “*Titoli di credito*” (Riv. dir. comm. 1933, parte 1, p. 240 y ss.); cfr. además sus fun- damentales obras: “*Teoria giuridica della circolazione*”, Padova, 1933; “*Teoria Cambiaria*”, Pa- dova, 1937, “*Documento*” en “*Novissimo Digesto Italiano*” (volumen VI: DIT-FALL, pp. 85 a 89, UTET, Torino, 1960); “*Sistema de Derecho Procesal Civil*”, Tomo II, p. 527 y ss.; UTET, Buenos Ai- res, 1944; “*Instituciones del proceso civil*”, Tomo I, pp. 25 y 167 y ss., EJEA, Buenos Aires, 1960; “*Derecho y Proceso*”, N° 188, pp. 346 a 379, EJEA, Buenos Aires, 1971; “*Documento y Negocio Jurídico*” en sus “*Estudios de Derecho Procesal*”, Tomo I, pp. 515 a 563, EJEA, Buenos Aires, 1952; “*Estudios sobre la suscripción*”, en “*Estudios*”, cit., Tomo I pp. 571 a 625; “*Título Ejecutivo*” en “*Estudios*”, Tomo I, pp. 653 a 663.

**REDENTI Y CARNELUTTI han desarrollado la teoría procesalista de los títulos-valores se- gún la cual la cambial es una prueba legal, un documento “sui generis”, un título dotado de máxima eficacia que es la prueba integral de la relación cambiaria.**

Para **LORENZO MOSSA**, otro insigne maestro de la escuela comercialista italiana, profesor en Pisa y discípulo predilecto del maestro Angelo Sraffa, co-Director de la Rivista del diritto commerciale y fundador en 1946 de la “Nuova rivista del diritto commerciale”, “los títulos de crédito son papeles o documentos que llevan en sí un valor económico y jurídico, porque el papel contiene un derecho real, o de participación social, o expresa una obligación o promesa formal y rigurosa. El valor no existe sin el documento. El valor no existe sino en cuanto el papel concentra en sí el derecho. La economía y el derecho, el derecho y la obligación están estre- chamente ligados en el papel hasta el punto de llevar el documento, de la condición de simple documento probatorio, o aún constitutivo, al rango de título de crédito”. (Derecho Mercantil, o. 385, U.T.E.H.A., Buenos Aires, 1940).

**FRANCESCO MESSINEO** (1886-1974), es otro de los grandes maestros de la escuela italiana. Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad del Sacro Cuore de Milán, fundó en 1934 la revista “Banca, Borsa e Titoli di Credito”. Autor de una serie de brillantes monografías civilísticas tales como su “*Teoria del error obstativo*”, “*Doctrina General del Contrato*”, “*El*

Negocio Jurídico Plurilateral”, etc., hasta llegar a una obra fundamental para todos nosotros y que constituye una lectura obligatoria para nuestros discípulos de la Universidad de San Marcos. Aludo a su célebre “Manual de Derecho Civil y Comercial” en siete tomos, que tiene unos brillantes prolegómenos en su “I titoli di credito”, Padova, 1928, 2ª, edición, 1933-34 y cuya doctrina central corre en el tomo sexto de su conocido “Manual” en donde en forma sintética delinea con mano maestra los principios generales de los títulos-valores. Fue miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil interviniendo decisivamente en el Libro Cuarto que trata de las Obligaciones.

Otro insigne maestro de la escuela italiana fue el profesor **ALBERTO ASQUINI** (1889-1972) fue Director de la Rivista del diritto commerciale y profesor en la Universidad de Roma, Presidente de la Comisión encargada de redactar el Proyecto de Código de Comercio de 1940 que luego fusionó en el Código Civil siendo ponente del Libro Quinto que trata del Lavoro, Asquini ha sido, ciertamente, una de las más gloriosas figuras de la escuela comercialista italiana.

Define Asquini al Título de Crédito como “el documento de un derecho literal destinado a la circulación, idóneo a conferir en modo autónomo la titularidad de tal derecho al propietario del documento y necesario y suficiente para legitimar a su poseedor en el ejercicio del mismo derecho” (p. 49).

La evocación de los maestros italianos no puede cerrarse sin mencionar a dos de sus inmortales: **ALFREDO DE GREGORIO** y **TULLIO ASCARELLI**.

**ALFREDO DE GREGORIO**, nacido en Lecce en 1881, fué profesor en Sassari, en Messina, en Módena, en Bolonia y finalmente en Roma. DE GREGORIO fue el primero en orden de tiempo y también de jerarquía entre los grandes discípulos y continuadores de Vivante, según dice Camilo Viterbo en el Prólogo, pag. XV, al volumen primero, Parte General de la magna obra “Derecho Comercial” por Bolaffio, Rocco y Vivante, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.

Es una lectura obligatoria para todo comercialista empaparse, página por página del clásico libro de **ALFREDO DE GREGORIO** intitulado “De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales”. Dice **ALFREDO DE GREGORIO** que “La sociedad comercial nace de un negocio jurídico que, aún cuando se deba enumerar en la clase de los contratos, tiene ciertamente una figura propia, que lleva a distinguirlo mucho más profundamente del tipo “contrato” de lo que se deba distinguir el contrato de sociedad civil” (De Gregorio, obra citada, pag. 7).

**TULLIO ASCARELLI** (Nació en Roma el 6 de octubre de 1903, murió allí mismo el 20 de noviembre de 1959). Profesor de Derecho Comercial en las Universidades de Messina, Parma y Bolonia, luego en Sao Paulo, Brasil, desde 1938 hasta su retorno a Italia después de la guerra pasando a dictar en Roma la cátedra de Derecho Industrial, tornando finalmente a su bien amada cátedra de Derecho Comercial en la que disertaba con brillantez y erudición frente a sus discípulos que tanto lo recuerdan.



**TULLIO ASCARELLI** ha sostenido programáticamente a lo largo de sus numerosos libros <sup>(3)</sup> que el Derecho Comercial es una categoría histórica y que el momento culminante del Derecho es el momento interpretativo.

Según **TULLIO ASCARELLI** la elaboración dogmática de los títulos de crédito es creación de las doctrinas de **VIVANTE** y de **GUSTAVO BONELLI**, quienes partiendo de la doctrina alemana, bajo un mismo orden de ideas y las mismas discusiones, elaboraron la Teoría General.

“El título de crédito es antes que nada un documento. La disciplina legislativa, necesariamente diferente en cuanto a los distintos títulos, indica los requisitos de cada uno de ellos. El carácter constante de todos, es el de que constituyen un documento, escrito, firmado por el deudor, formal en el sentido de que está sujeto a condiciones de forma, establecidas justamente para identificar con exactitud el derecho en él consignado y sus modalidades, la especie de título de crédito, la persona del acreedor, la forma de circulación del título y la persona del deudor. Realmente, su documentación escrita es el primer paso para alcanzar aquella certeza, que a su vez es presupuesto indispensable de la circulación del derecho”.<sup>(4)</sup>

“El documento se refiere “a los derechos de una parte solamente”; tiene una estructura que puede decirse unilateral”<sup>(5)</sup>. Se trata pues de un derecho cartáceo o cartular. “Al emplear el neologismo “cartular” (de “Chartula”, del latín de la decadencia) nos limitamos a traducir el adjetivo “cartolare” que introducido por **BONELLI** en la literatura jurídica italiana, usamos para calificar; el derecho que deriva del título de crédito (derecho cartular); el negocio jurídico que preside a la constitución del título de crédito (negocio cartular); al titular del derecho existente en el título de crédito (titular del derecho existente en el título de crédito (titular del derecho cartular); a la obligación que emana del título de crédito (obligación cartular, en contraposición a la obligación extra-cartular), y así sucesivamente”.<sup>(6)</sup>

El tema de nuestro tiempo, es ciertamente, el de las Sociedades que, entre nosotros, se ha consagrado en la Ley General de Sociedades, y que constituye una de las más admirables reflexiones para la Ciencia del Derecho Comercial.

El tema fue tratado magistralmente por Vivante, en su famoso Tratado, por Sraffa, especialista en la quiebra de las Sociedades Mercantiles y por ambos en la gloriosa “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”, fundada por ellos, en 1902.

<sup>(3)</sup>- De la vasta bibliografía de ASCARELLI podemos citar como fundamental: “La moneta (considerazioni di diritto privato)”, Padova, 1906; “Il negozio indiretto e le società commerciale”, Roma, 1911; “Il concetto di titolo di credito”, Milano, 1912; “Appunti di diritto commerciale”, 1 vols., 1ª edición, Roma, 1913; “Consorti volontari tra imprenditori”, 2ª ed., Milano, 1913; “Istituzioni di diritto commerciale”, 1913; “Cambiale-Assegno-Titoli di credito”, Torino, 1916; “Lucros extraordinarios o imposto de renta”, Sao Paulo, 1914; “Problemas das Sociedades anónimas e direito comparado”, Sao Paulo, 1916; “Panorama do direito commercial”, Sao Paulo, 1917; “Sguardo sul Brasile”, Milano, 1918; “Saggi giuridici”, Milano, 1918; “Studi in tema di società”, Milano, 1918; “Studi giuridici sulla moneta”, Milano, 1918; “Studi in tema di contratti”, Milano, 1918; “Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione”, Milano, 1918; “Lezioni di diritto commerciale”, Y ed., Milano, 1918; “Ensaio e pareceres”, Sao Paulo, 1918; “Saggi di Diritto Commerciale”, Milano, 1918; “Obbligazioni pecuniarie”, Bologna, Roma, 1918; “Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali”, 1ª ed., Milano, 1918; “Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell’impresa” 2ª ed. Milano, 1918; en nuestro idioma véase: “Introducción al Derecho Comercial”, Ediar SA, Buenos Aires, 1918; “Iniciación al estudio del Derecho Mercantil”, Bosch, Barcelona, 1918; “Derecho Mercantil”, Porrúa, México, 1918; “Panorama del Derecho Comercial”, Depalma, Buenos Aires, 1918; pero, especialmente: “Teoría General los Títulos de Crédito”, Editorial Jus, México, 1917.

<sup>(4)</sup>- ASCARELLI: ob. cit., pp. 17 y 18.

<sup>(5)</sup>- ASCARELLI: ob. cit., p. 20.

<sup>(6)</sup>- ASCARELLI: ob. cit., p. 17, nota 1.

La escuela comercialista italiana ha tratado estupendamente el tema en las obras de Alfredo De Gregorio, Alfredo Rocco, Tullio Ascarelli y Alberto Asquini, en sus reflexiones sobre la Empresa, publicadas en la célebre revista aludida y re-editados, en sus "Scritti Giuridici".

La escuela española con su ley de Sociedades Anónimas de 1951, comentada por el maestro Joaquín Garrigues, ha planteado también este gran problema de nuestro tiempo, y entre nosotros, el maestro Ulises Montoya Manfredi, con su reflexión sobre este tema en su ya clásica Tesis Doctoral sobre las Sociedades Anónimas y luego en sus Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles sirvieron de fuente de inspiración a la ley 16123 del 6 de mayo de 1966, que entró en vigencia el 12 de agosto del mismo año, cuya parte medular lo constituía el nuevo régimen de las sociedades anónimas.

Veintiocho años después el nombramiento de una comisión encargada de formular un anteproyecto a una nueva Ley General de Sociedades dió lugar a brillantes discusiones en la escuela comercialista peruana representada por mi muy querido amigo y recordado condiscípulo, nacido en Lima el 22 de julio de 1934 y fallecido el 29 de abril del 2003, profesor en la Universidad Católica, doctor Enrique Normand Sparks, Presidente de dicha Comisión Redactora en la que intervinieron notables profesores y abogados como Enrique Elías Laroza, Ricardo Beaumont Callirgos, Hernando Montoya Alberti, Oswaldo Hundskopf Exebio, Francisco Moryra García-Sayán, Alfredo Ferrero Diez Canseco, Alvaro LLona Bernal, Alfonso Rubio Feijoo y Emil Rupert Yánez.

Esta Comisión Redactora presentó un Anteproyecto a los veinticuatro meses de labor. Inmediatamente el Congreso a través de su Comisión Permanente, designó a una Comisión encargada de revisar este trabajo (Comisión Revisora). Esta última Comisión la presidió el doctor Carlos Torres y Torres Lara y lo integraban los doctores Ricardo Marcenaro Frers, Jorge Muñiz Siches, Jorge Trelles Montero, Jorge Avendaño Valdez, Javier Alva Orlandini y la doctora Lourdes Flores Nano.

El 2 de marzo de 1994 se publicó el Proyecto de Ley General de Sociedades. Remitido este Proyecto a la Comisión Revisora del Congreso, la que realizó una serie de modificaciones entre las que merece citarse la reincorporación al texto del Proyecto de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, que había sido suprimida. El 3 de octubre, de 1997 la Comisión Permanente aprobó el Proyecto de Ley General de Sociedades y, finalmente, por Ley N° 26887, del 8 de diciembre de 1997, publicada en "El Peruano" del 9 de diciembre, se promulgó la Nueva Ley General de Sociedades, la cual empezaría a regir, según su Octava Disposición Final, a partir del 1° de enero de 1998.

El viraje que nos depara, hoy día, la nueva Ley, supone un diálogo entre la empresa y la sociedad, que, a mi modo de ver, constituye el género y la especie, respectivamente; sobre la naturaleza jurídica de la sociedad: contrato o negocio jurídico y sus grandes problemas que se dan, a contrapunto, entre el empresario oculto, el accionariado difuso y los grandes temas que son materia de sustentación por la escuela comercialista peruana y ustedes, mis amigos los señores abogados, los señores profesores y los señores magistrados que me escuchan para resolver los grandes problemas de la hora actual.

Igualmente en materia de Títulos-Valores, por Resolución Ministerial N° 068-97-JUS de 27 de marzo de 1997, fué nombrada una Comisión encargada de formular el Anteproyecto de la nueva Ley, bajo la presidencia del Doctor Ricardo Beaumont Callirgos, brillante profesor de



San Marcos y magistrado del Tribunal Constitucional e integrada por el doctor Rolando Castellares Aguilar quien aportó su gran experiencia como asesor de Bancos y profesor universitario, así como el distinguido profesor de la Universidad Católica doctor Jorge Ramírez Díaz, el profesor de San Marcos y de la Universidad de Lima doctor Hernando Montoya Alberti, los profesores de la Universidad de Lima, doctores Oscar Zegarra Guzmán y Alonso Morales Acosta, el doctor Pedro Flores Polo, ex-Ministro de Trabajo y Director de la Cámara de Comercio de Lima, el destacado abogado doctor Gonzalo García Calderon Moreyra, al notable abogado doctor Oscar Pomar Fonseca y al doctor Juan Manuel Echevarria Arellano, también profesor en la Universidad de Lima.

El proyecto de esta Comisión fue revisado por la Sub-Comisión Revisora del Congreso integrada por Ricardo Marcenaro Frers, Presidente, Javier Alva Orlandini, Daniel Espichán Tumay, Antero Flores-Aráoz y Oscar Medelius. Con fecha 19 de junio del 2000, se promulgó la Ley N° 27287 que consagra el nuevo régimen de los Títulos Valores, la que entró en vigencia el 17 de octubre del 2000. Frente a la nueva ley y sus normas ampliatorias empieza el momento hermenéutico o interpretativo de este nuevo Derecho.

El problema es, pues, interpretativo y, por ello, concluyo estas breves palabras diciendo que, ante la Ley General de Sociedades y ante la Ley de Títulos Valores nos hallamos en la fase hermenéutica en la que ya han escrito notables estudios y comentarios los Profesores Ulises y Hernando Montoya Alberti, Ricardo Beaumont Callirgos, Pedro Flores Polo, Oswaldo Hundskopf Exebio, Rolando Castellares, José Valle Tejada, Oscar Zegarra Guzmán, Alonso Morales Acosta, Gonzalo García Calderon Moreyra, Oscar Pomar Fonseca, Juan Manuel Echevarría Arellano, Hernán Figueroa Bustamante, Julio Fernández Cartagena, Alberto Stewart Balbuena, Juan Morales Godo, José Enrique Palma Navea, Daniel Echaiz Moreno, Marco Corcuera García, Teresa de Jesús Seijas Rengifo y otros brillantes profesores que iluminan la interpretación de nuestro Derecho Comercial.

Con fé en el Derecho y en su correcta interpretación por el Foro y la Magistratura concluyo estas palabras remitiéndome, una vez más a las palabras del maestro Montoya Manfredi en su estudio “El Jurista y los cambios sociales. Discúlpeme Ustedes, Señores, por esta acaso larga evocación. Gran atrevimiento el mío que no tiene más justificación que rendir homenaje al sumo maestro de la escuela comercialista peruana y que se atenúa con la misma defensa y con las mismas palabras que aquellas que dirigiera el Dante al pedir indulgencia al gran Virgilio:

“Vagliami il lungo studio e il grande amore  
che me ha fatto cercar tuo volume.  
Tu se lo mio maestro e il mio autore”

La Divina Comedia.  
El Infierno. Canto I.  
Versos 83, 84 y 85.

Don Ulises Montoya Manfredi nació en Chincha el 15 de Noviembre de 1909. Se nos fue el 6 de julio de 1994. Hace pues ya varios años de su muerte, pero su pensamiento y sus doctrinas viven todavía. Fue hijo del Dr. Ulises Montoya Aguirre y de la Señora Catalina Manfredi de Montoya. Y aquí evoco también a sus hijos, los ilustres profesores Ulises y Hernando Montoya

Alberti, a quienes saludo cordialmente con fraternal afecto, quienes continúan y heredan “*ultra vires hereditatis*” las doctrinas y el pensamiento del maestro. Y allí están las viejas paredes de nuestra inmortal casona sanmarquina, tan cargadas de recuerdos y de espíritus inmortales, como los viejos maestros de la Facultad de Derecho que lo formaron, como el Dr. Jesús García Maldonado, profesor principal del primer curso de Derecho Comercial y como el doctor Lino Cornejo, profesor principal del segundo curso de Derecho Comercial; y allí están también las otras grandes figuras patriarcales del Derecho Civil como el Dr. Ángel Gustavo Cornejo, como el Dr. Manuel Augusto Olaechea y el Dr. Alfredo Solf y Muro, como el Dr. Juan José Calle y el Dr. Pedro M. Oliveira; como el Dr. Carlos García Gastañeta, profesor principal de Derecho Internacional Privado y don Alberto Ulloa Sotomayor, profesor principal de Derecho Internacional Público, don Ezequiel F. Muñoz y don Ernesto Araujo Alvarez, profesores principales de Derecho Procesal Civil; don Manuel Vicente Villarán, don Juan Bautista de Lavalle y don José León Barandiarán, profesores de Filosofía del Derecho, don Toribio Alayza y Paz Soldán, profesor de Derecho Administrativo y entre las grandes figuras inmortales de la Facultad de Letras aquí están todavía las sombras de don Raúl Porras Barrenechea, de don Mariano Ibero Rodríguez, de don Jorge Basadre, de don Carlos Wiesse, de don Horacio Urteaga y de tantos otros brillantes catedráticos que fueron y son la gloria de San Marcos. Pero debo aludir también a la gloriosa escuela comercialista peruana en la que el Dr. Montoya Manfredi fue un luminoso “*caposcuola*”, como lo fué también, en la Universidad Católica don Andrés León Montalbán, maestros y autores ambos de magistrales libros de Derecho Comercial que dan fé de sus luminosas vidas paralelas.

El maestro Montoya Manfredi fue nuestro profesor de Derecho Comercial en la Universidad de San Marcos allá por 1958 y 1959. Por esa misma época fue Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (1958) y, luego, Ministro de Justicia y Culto (1958-1959), Fiscal Suplente de la Corte Suprema (1960-1962) y, luego, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones (1962-1975) y Presidente Titular del Jurado Nacional de Elecciones (1975-1980). En tal condición presidió los procesos electorales para la conformación de la Asamblea Constituyente en 1978 y las Elecciones Generales de 1980.

Y, hoy como ayer, al evocarlo en sus clases, y al recordarlo en la hemeroteca de la vieja Facultad, cuando preparaba su Tesis Doctoral y su libro sobre las Sociedades Anónimas, lo veo nuevamente sentado y conversante con las grandes figuras de nuestra entrañable historia: con Sraffa y con Vivante, con Bonelli y Arcangeli y, con ellos, a la inmortal revista que fundaron los dos primeros, jefes y patriarcas de aquella luminosa escuela: la gloriosa “*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*”, editada por la Casa Vallardi de Milán. E inspirándose en ella las lecciones del maestro nos llevaban de uno a otro confín con las doctrinas de los grandes clásicos: de Rocco a De Gregorio, de Supino a De Semo, de Ascarelli a Asquini, de Lorenzo Mossa a Ferri, de Salandra a La Lumia, de Valeri a Messineo, de Thaller a Ripert, de Escarra y Hemard a Guyenot y a De Juglart e Hippólito; y, con ellos, a los otros grandes maestros que Montoya Manfredi nos ha hecho conocer y amar, al investigar con él, bajo la atracción fascinante que nos deparaba no solo la lectura de la gloriosa “*Rivista del diritto commerciale*” sino, también, de otras dos grandes revistas francesas: la “*Révue trimestrielle de droit civil*” y la “*Révue de droit commercial*”, editadas por la benemérita Librerie du Recueil Sirey en el número 22 de la rue Soufflot. Años más tarde, en agosto de 1966, el maestro y su discípulo, profesor ya, en la Universidad de Lambayeque, atraídos por el conjuro de un binomio apasionante: el Derecho Comercial y el Derecho Procesal Civil, viajaron ambos, con un genial civilista y profundo conocedor del Derecho cambiario, el maestro Jorge Eugenio Castañeda, a la reunión de Buenos Aires para considerar las Bases de un Proyecto de Ley Uniforme



de Títulos Valores para América Latina. Allí, casi frente al obelisco, en Pellegrini, tratamos el problema frente a grandes comercialistas sudamericanos; yo recuerdo geniales intervenciones de los profesores Ignacio Winitzki, Héctor Cámara, Waldemar Arecha, Rodolfo Fontanarrosa, Horacio Duncan Parodi, José Domingo Ray, Teophilo de Azeredo Santos, Antonio Pio de Assumcao Junior, Raúl Cervantes Ahumada, entre otros brillantes comercialistas que intervinieron en dicho evento. Poco después, dicté una conferencia en el Colegio de Abogados de Lambayeque sobre el tema “Régimen Procesal de los Títulos - Valores” que constituyó el primer ensayo escrito en el Perú sobre el nuevo Derecho Cambiario. Más tarde escribirían magistralmente sobre el tema el maestro Ulises Montoya Manfredi y Jorge Eugenio Castañeda quien ya se había anticipado 24 años atrás al tema de nuestro tiempo en su famosa tesis para el doctorado intitulada “Del endoso cambiario y de la jurisprudencia peruana sobre el Derecho de Cambio”, Lima, 1943.

Los libros del maestro Montoya Manfredi han sido y seguirán siendo obras selectas en la bibliografía del Derecho Comercial Peruano y Comparado. Así puedo citar sus “Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles”, dedicado a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, en el Primer Centenario de su Autonomía (1866-1966), publicado por la editorial San Marcos, Lima, 1967; así cito también sus “Comentarios a la Ley de Títulos-Valores” (Ley N° 16587), publicado por la editorial San Marcos, Lima, primera edición, 1970; segunda edición, 1982, tercera edición, 1984, cuarta edición, 1987; libros éstos de los cuales hay posteriores ediciones aumentadas y actualizadas por sus hijos los profesores Ulises y Hernando Montoya Alberti. Ha publicado también: “Derecho Comercial”, primera edición, 1973; segunda edición, 1976; tercera edición, 1979; cuarta edición, 1980; quinta edición, 1982; sexta edición, 1983; séptima edición, 1986; octava edición, 1988, novena edición aumentada y actualizada por sus hijos, 1998; además ha publicado también “Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas”, publicada por la editorial San Marcos, Lima, 1975; “Nuevas Orientaciones del Derecho Comercial”; “Los límites de la libertad comercial”; “Esquema de Proyecto de Código de Comercio”; “Las fuentes del Derecho Comercial”; “La empresa individual de responsabilidad limitada”; “El contrato de trabajo en la legislación civil moderna y en el Código Civil Peruano”; “La naturaleza jurídica de la convención colectiva de trabajo”; “Jerarquía de las fuentes del Derecho del trabajo”; “Autonomía del Derecho de trabajo”, etc.

El pensamiento del maestro Ulises Montoya Manfredi y el de la escuela comercialista peruana es el producto de la recepción de los grandes maestros alemanes, italianos, españoles y argentinos. La escuela comercialista alemana caracterizándose por el rigor conceptualista de sus construcciones dogmáticas, de sus sutilezas dialécticas, de su entrañable espíritu filosófico, supo extraer de la realidad de su experiencia histórica cristalizada por su ancestral práctica hanseática las magnas arquitecturas conceptuales del derecho cambiario. La escuela comercialista alemana a través de sus magnas publicaciones y revistas como el *Archiv für Wechselrecht* o la *Zeitschrift für Handelsrecht*, extendiéndose por los caminos del mundo bajo la fascinación del pandectismo y de la escuela histórica se consolidó con la ordenanza cambiaria y el Código de Comercio de 1911; pero, sobre todo, debe su genial impronta sistemática a la fecunda labor de sus eximios tratadistas y, en este sentido nunca estará demás volver a releer las concepciones de EINERT, de THOL y LEWIN GOLDSCHMIDT que son sus más grandes artífices.

Los maestros alemanes con su temple genial de investigadores y científicos nos legaron un sistema, un método y una Teoría General afinada, perfilada y desenvuelta a través de un notable filtro dialéctico: la revista para todo el Derecho Comercial, la “*Zeitschrift für das Ges-*



ammte Handelsrecht", fundada en 1858 y dirigida por un sabio maestro del comercialismo alemán apasionado por su desenvolvimiento histórico: LEWIN GOLDSCHMIDT profesor en la Universidad de Heidelberg y autor de una "Historia Universal del Derecho Comercial". En la revista citada se fueron afinando y puliendo obras y doctrinas famosas. Así, por ejemplo, cuando en 1857 KUNTZE enuncia su famosa teoría de la creación cambiaria expuesta en su libro "Die Lehre von dem Inhaberpapieren", según la cual el título valor nace como un negocio jurídico perfecto en cuanto obligación cambiaria y en cuanto crédito accionable desde el momento en que la cambial es redactada declarándose, así, la voluntad unilateral y perfecta de obligarse, la revista acogió la "Kreationstheorie" afinándola y desarrollándola hasta tal punto que el concepto de unilateralidad planteado por EINERT y desarrollado por KUNTZE vino a ser la base de la codificación cambiaria y puede ser hoy considerado en Alemania como un "ius receptum"<sup>(1)</sup>. La tesis preponderante, como dice FERRI, es la que pone como fuente de la obligación cartular la declaración unilateral de voluntad del emisor<sup>(2)</sup>.

La escuela comercialista italiana estuvo representada en su fase auroral por las doctrinas de Alberto Marghieri, de Ercole Vidari, de David Supino y León Bolaffio; pero, la cúspide de su gloriosa enseñanza estuvo representada por las doctrinas de Vivante y Angelo Sraffa; y su filtro dialéctico estaba y sigue representado por la famosa Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni fundada en 1902 por los dos insignes "caposcuolas" precedentemente citados. Vivante, Sraffa y León Bolaffio: una tríada dialéctica indimenticabile, una trilogía de maestros inmortales, a los que habría que agregar a Alfredo Rocco, el gran maestro de Nápoles, cuyos "Principios de Derecho Comercial", siguen siendo, en nuestros días, un "capolavoro" decisivo en los estudios de nuestra disciplina.

Alfredo Rocco escribió también en la Rivista del diritto commerciale, año 1905, pag. 338 a 355 un magistral estudio intitulado "La emisión de una cambial en blanco y su naturaleza jurídica". En esta bella monografía del maestro de Nápoles sostenía Rocco que "el problema fundamental, todavía no resuelto, es el de la justificación legal de la validez cambiaria de un título emitido en blanco y completado después de su emisión. La unanimidad con que la jurisprudencia ha acogido y reconocido este instituto (en el Perú aún continúa nuestra lucha por su recepción jurisprudencial no dispensa a la Ciencia de investigar su fundamentación jurídica". "La Jurisprudencia continúa sosteniendo el efecto de un mandato conferido por el suscriptor del módulo en blanco al tomador".

Para Rocco en definitiva, "el tomador tiene un auténtico derecho de rellenar la hoja en blanco según los pactos convenidos". Por la naturaleza formal del negocio cambiario el derecho de llenar la hoja en blanco se resuelve en una facultad del tomador de constituir, cuando a él le plazca, un negocio jurídico productor de un derecho de crédito a su favor. (Riv. del dir. comm., 1905, I, pag. 353). Se trata, según Rocco de una "facultas agendi" o "derecho potestativo" del acreedor de invadir la esfera jurídica del deudor para obtener aquella satisfacción que forma parte de su derecho de obligaciones, (pag. 354). "la cuestión, según Rocco, se reduce a una interpretación de la voluntad negocial". Tal es el fundamento y el origen de esta apasionante cuestión.

(1).- AGEO ARCANGELI: "Sulla teoria dei titoli di credito particolare della cambiale, en sus "Scritti di diritto commerciale", volume terzo, pag. 11, Padova, 1901.

(2).- GIUSEPPE FERRI: "Títulos de Crédito", pag. 111, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1902.



El maestro Montoya Manfredi planteó este apasionante tema en las páginas 209 a 214 de sus "Comentarios a la Ley de Títulos-Valores" (Ley N° 16587), Lima, 1970, sosteniendo, en esencia, que "no se necesita que la cambial esté ya completa mientras se encuentre en circulación; basta que lo esté en el momento de la presentación. Nadie duda que el texto puede formarse en momentos sucesivos y por distintas personas. La sola exigencia para la validez futura para la letra en blanco consiste en que la firma del obligado ha de estamparse en condiciones aptas para que nazca una obligación cambiaria. La capacidad del firmante es el presupuesto de toda obligación (condición intrínseca). Además, la firma ha de estar escrita sobre un título que pueda ser el germen de una letra de cambio (condición extrínseca), porque si el papel en el cual se escribió no tiene ninguna apariencia externa de letra de cambio, el hecho de completar más tarde el documento no es suficiente para obligar cambiariamente al firmante". (pag. 211).

He planteado este problema de la cambial en blanco, pues ha sido una de las grandes cuestiones dialécticas que hemos discutido en la Corte Suprema y que yo he sostenido inspirándome en las doctrinas del maestro. Cuanta falta nos hace tener una revista del Derecho Comercial para mantener la discusión de estos temas en la crisis actual de nuestros días. Pero, hagámosla. Lo digo aquí frente a los grandes profesores y magistrados que me escuchan.

En la Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, gran filtro dialéctico de la escuela italiana, central atómica de la investigación mundial sobre el Derecho Comercial, se continuaron publicando brillantes estudios y monografías, como las de **GUSTAVO BONELLI** (1853-1926): "Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione astrata e l'obbligazione causale nella cambiale" (Riv. di dir. comm., 1909, I, pag. 897 a 623) y "Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito" (en "Giurisprudenza italiana" 1897); como las de **AGEO ARCAN- GELI** (1880-1935), profesor de Derecho Comercial en las Universidades de Macerata, Padova y Bologna y de Derecho Agrario en Roma: "La teoria dei titoli di credito nell'opera di Gustavo Bonelli" en "Il diritto fallimentare", 1928, pag. 9 y ss; "Sulla teoria dei titoli di credito in particolare della cambiale" (Rivista del diritto commerciale, 1910, I, pag. 173 y ss.) Estos estudios están recopilados en sus "Scritti di diritto commerciale ed Agrario", tercer volumen, C.E.D.A.M., Padova, 1936; como las de **ENRICO REDENTI** (1883-1963), profesor de Derecho Procesal Civil y de Derecho Comercial en la Universidad de Bologna, y antes, en Parma, de cuyo pensamiento procesal me he ocupado, años ha, en mi "Historia del Derecho Procesal", Lambayeque, 1970. Escribió una monografía fundamental en nuestra disciplina: "Natura giuridica della cambiale e della obbligazione cambiaria" publicada en la Rivista del diritto commerciale, 1912, I, pag. 933 a 943, véase, ahora, en el tomo II de sus "Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo", editorial Giuffrè, Milano, 1962; como las de **FRANCESCO CARNELUTTI** (1879-1965), verdadero monstruo polifacético de la ciencia jurídica italiana: laboralista, civilista, comercialista, penalista y procesalista, de quien me he ocupado ampliamente en "La vida y el pensamiento de Francesco Carnelutti"; "Titoli di credito" (Riv. dir. comm. 1933, parte 1, p. 240 y ss.); cfr. además sus fundamentales obras: "Teoria giuridica della circolazione", Padova, 1933; "Teoria Cambiaria", Padova, 1937, "Documento" en "Novissimo Digesto Italiano" (volumen VI: DIT-FALL, pp. 85 a 89, UTET, Torino, 1960); "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tomo II, p. 527 y ss.; UTET, Buenos Aires, 1944; "Instituciones del proceso civil", Tomo I, pp. 25 y 167 y ss., EJE, Buenos Aires, 1960; "Derecho y Proceso", N° 188, pp. 346 a 379, EJE, Buenos Aires, 1971; "Documento y Negocio Jurídico" en sus "Estudios de Derecho Procesal", Tomo I, pp. 515 a 563, EJE, Buenos Aires, 1952; "Estudios sobre la suscripción", en "Estudios", cit., Tomo I pp. 571 a 625; "Título Ejecutivo" en "Estudios", Tomo I, pp. 653 a 663.

**REDENTI Y CARNELUTTI** han desarrollado la teoría procesalista de los títulos-valores según la cual la cambial es una prueba legal, un documento “sui generis”, un título dotado de máxima eficacia que es la prueba integral de la relación cambiaria.

Para **LORENZO MOSSA**, otro insigne maestro de la escuela comercialista italiana, profesor en Pisa y discípulo predilecto del maestro Angelo Sraffa, co-Director de la Rivista del diritto commerciale y fundador en 1946 de la “Nuova rivista del diritto commerciale”, “los títulos de crédito son papeles o documentos que llevan en sí un valor económico y jurídico, porque el papel contiene un derecho real, o de participación social, o expresa una obligación o promesa formal y rigurosa. El valor no existe sin el documento. El valor no existe sino en cuanto el papel concentra en sí el derecho. La economía y el derecho, el derecho y la obligación están estrechamente ligados en el papel hasta el punto de llevar el documento, de la condición de simple documento probatorio, o aún constitutivo, al rango de título de crédito”. (Derecho Mercantil, o. 385, U.T.E.H.A., Buenos Aires, 1940).

**FRANCESCO MESSINEO** (1886-1974), es otro de los grandes maestros de la escuela italiana. Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad del Sacro Cuore de Milán, fundó en 1934 la revista “Banca, Borsa e Titoli di Credito”. Autor de una serie de brillantes monografías civilísticas tales como su “Teoria del error obstativo”, “Doctrina General del Contrato”, “El Negocio Jurídico Plurilateral”, etc., hasta llegar a una obra fundamental para todos nosotros y que constituye una lectura obligatoria para nuestros discípulos de la Universidad de San Marcos. Aludo a su célebre “Manual de Derecho Civil y Comercial” en siete tomos, que tiene unos brillantes prolegómenos en su “I titoli di credito”, Padova, 1928, 2ª, edición, 1933-34 y cuya doctrina central corre en el tomo sexto de su conocido “Manual” en donde en forma sintética delinea con mano maestra los principios generales de los títulos-valores. Fue miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil interviniendo decisivamente en el Libro Cuarto que trata de las Obligaciones.

Otro insigne maestro de la escuela italiana fue el profesor **ALBERTO ASQUINI** (1889-1972) fue Director de la Rivista del diritto commerciale y profesor en la Universidad de Roma, Presidente de la Comisión encargada de redactar el Proyecto de Código de Comercio de 1940 que luego fusionó en el Código Civil siendo ponente del Libro Quinto que trata del Lavoro, Asquini ha sido, ciertamente, una de las más gloriosas figuras de la escuela comercialista italiana.

Define Asquini al Título de Crédito como “el documento de un derecho literal destinado a la circulación, idóneo a conferir en modo autónomo la titularidad de tal derecho al propietario del documento y necesario y suficiente para legitimar a su poseedor en el ejercicio del mismo derecho” (p. 49).

La evocación de los maestros italianos no puede cerrarse sin mencionar a dos de sus inmortales: **ALFREDO DE GREGORIO** y **TULLIO ASCARELLI**.

**ALFREDO DE GREGORIO**, nacido en Lecce en 1881, fué profesor en Sassari, en Messina, en Módena, en Bolonia y finalmente en Roma. **DE GREGORIO** fue el primero en orden de tiempo y también de jerarquía entre los grandes discípulos y continuadores de Vivante, según dice Camilo Viterbo en el Prólogo, pag. XV, al volumen primero, Parte General de la magna obra “Derecho Comercial” por Bolaffio, Rocco y Vivante, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.



Es una lectura obligatoria para todo comercialista empaparse, página por página del clásico libro de **ALFREDO DE GREGORIO** intitulado “*De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales*”. Dice **ALFREDO DE GREGORIO** que “*La sociedad comercial nace de un negocio jurídico que, aún cuando se deba enumerar en la clase de los contratos, tiene ciertamente una figura propia, que lleva a distinguirlo mucho más profundamente del tipo “contrato” de lo que se deba distinguir el contrato de sociedad civil*” (De Gregorio, obra citada, pag. 7).

**TULLIO ASCARELLI** (Nació en Roma el 6 de octubre de 1903, murió allí mismo el 20 de noviembre de 1959). Profesor de Derecho Comercial en las Universidades de Messina, Parma y Bolonia, luego en Sao Paulo, Brasil, desde 1938 hasta su retorno a Italia después de la guerra pasando a dictar en Roma la cátedra de Derecho Industrial, tomando finalmente a su bien amada cátedra de Derecho Comercial en la que disertaba con brillantez y erudición frente a sus discípulos que tanto lo recuerdan.

**TULLIO ASCARELLI** ha sostenido programáticamente a lo largo de sus numerosos libros(3) que el Derecho Comercial es una categoría histórica y que el momento culminante del Derecho es el momento interpretativo.

Según **TULLIO ASCARELLI** la elaboración dogmática de los títulos de crédito es creación de las doctrinas de **VIVANTE** y de **GUSTAVO BONELLI**, quienes partiendo de la doctrina alemana, bajo un mismo orden de ideas y las mismas discusiones, elaboraron la Teoría General.

“El título de crédito es antes que nada un documento. La disciplina legislativa, necesariamente diferente en cuanto a los distintos títulos, indica los requisitos de cada uno de ellos. El carácter constante de todos, es el de que constituyen un documento, escrito, firmado por el deudor, formal en el sentido de que está sujeto a condiciones de forma, establecidas justamente para identificar con exactitud el derecho en él consignado y sus modalidades, la especie de título de crédito, la persona del acreedor, la forma de circulación del título y la persona del deudor. Realmente, su documentación escrita es el primer paso para alcanzar aquella certeza, que a su vez es presupuesto indispensable de la circulación del derecho”.(4)

“El documento se refiere “a los derechos de una parte solamente”; tiene una estructura que puede decirse unilateral”(5). Se trata pues de un derecho cartáceo o cartular. “Al emplear el neologismo “cartular” (de “Chartula”, del latín de la decadencia) nos limitamos a traducir el adjetivo “cartolare” que introducido por **BONELLI** en la literatura jurídica italiana, usamos para calificar; el derecho que deriva del título de crédito (derecho cartular); el negocio jurídico que preside a la constitución del título de crédito (negocio cartular); al titular del derecho existente en el título de crédito (titular del derecho existente en el título de crédito (titular del derecho cartular); a la obligación que emana del título de crédito (obligación cartular, en contraposición a la obligación extra-cartular), y así sucesivamente”.(6)

(1).- De la vasta bibliografía de **ASCARELLI** podemos citar como fundamental: “La moneta (considerazioni di diritto privato)”, Padova, 1938; “Il negozio indiretto e le società commerciali”, Roma, 1938; “Il concetto di titolo di credito”, Milano, 1938; “Appunti di diritto commerciale”, 1 vols., 3ª edición, Roma, 1938; “Consorzi volontari tra imprenditori”, 3ª ed., Milano, 1938; “Istituzioni di diritto commerciale”, 1938; “Cambiale-Assegno-Titoli di credito”, Torino, 1938; “Lucros extraordinarios o imposto de renta”, Sao Paulo, 1938; “Problemas das Sociedades anónimas e direito comparado”, Sao Paulo, 1938; “Panorama do direito commercial”, Sao Paulo, 1938; “Sguardo sul Brasile”, Milano 1938; “Saggi giuridici”, Milano, 1938; “Studi in tema di società”, Milano, 1938; “Studi giuridici sulla moneta”, Milano, 1938; “Studi in tema di contratti”, Milano, 1938; “Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione”, Milano, 1938; “Lezioni di diritto commerciale”, 1ª ed., Milano, 1938; “Ensaio e pareceres”, Sao Paulo, 1938; “Saggi di Diritto Commerciale”, Milano, 1938; “Obbligazioni pecuniarie”, Bologna, Roma, 1938; “Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali”, 3ª ed., Milano, 1938; “Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell’impresa” 3ª ed. Milano, 1938; en nuestro idioma véase: “Introducción al Derecho Comercial”, Ediar SA, Buenos Aires, 1938; “Iniciación al estudio del Derecho Mercantil”, Bosch, Barcelona, 1938; “Derecho Mercantil”, Porrúa, México, 1938; “Panorama del Derecho Comercial”, Depalma, Buenos Aires, 1938; pero, especialmente: “Teoría General los Títulos de Crédito”, Editorial Jus, México, 1942.

(2).- **ASCARELLI**: ob. cit., pp. 17 y 18.

(3).- **ASCARELLI**: ob. cit., p. 30.

(4).- **ASCARELLI**: ob. cit., p. 12, nota 1.



El tema de nuestro tiempo, es ciertamente, el de las Sociedades que, entre nosotros, se ha consagrado en la Ley General de Sociedades, y que constituye una de las más admirables reflexiones para la Ciencia del Derecho Comercial.

El tema fue tratado magistralmente por Vivante, en su famoso Tratado, por Sraffa, especialista en la quiebra de las Sociedades Mercantiles y por ambos en la gloriosa “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”, fundada por ellos, en 1902.

La escuela comercialista italiana ha tratado estupendamente el tema en las obras de Alfredo De Gregorio, Alfredo Rocco, Tullio Ascarelli y Alberto Asquini, en sus reflexiones sobre la Empresa, publicadas en la célebre revista aludida y re-editados, en sus “Scritti Giuridici”.

La escuela española con su ley de Sociedades Anónimas de 1951, comentada por el maestro Joaquín Garrigues, ha planteado también este gran problema de nuestro tiempo, y entre nosotros, el maestro Ulises Montoya Manfredi, con su reflexión sobre este tema en su ya clásica Tesis Doctoral sobre las Sociedades Anónimas y luego en sus Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles sirvieron de fuente de inspiración a la ley 16123 del 6 de mayo de 1966, que entró en vigencia el 12 de agosto del mismo año, cuya parte medular lo constituía el nuevo régimen de las sociedades anónimas.

Veintiocho años después el nombramiento de una comisión encargada de formular un anteproyecto a una nueva Ley General de Sociedades dió lugar a brillantes discusiones en la escuela comercialista peruana representada por mi muy querido amigo y recordado condiscípulo, nacido en Lima el 22 de julio de 1934 y fallecido el 29 de abril del 2003, profesor en la Universidad Católica, doctor Enrique Normand Sparks, Presidente de dicha Comisión Redactora en la que intervinieron notables profesores y abogados como Enrique Elías Laroza, Ricardo Beaumont Callirgos, Hernando Montoya Alberti, Oswaldo Hundskopf Exebio, Francisco Moryra García-Sayán, Alfredo Ferrero Diez Canseco, Alvaro LLona Bernal, Alfonso Rubio Feijoo y Emil Rupert Yáñez.

Esta Comisión Redactora presentó un Anteproyecto a los veinticuatro meses de labor. Inmediatamente el Congreso a través de su Comisión Permanente, designó a una Comisión encargada de revisar este trabajo (Comisión Revisora). Esta última Comisión la presidió el doctor Carlos Torres y Torres Lara y lo integraban los doctores Ricardo Marcenaro Frers, Jorge Muñiz Siches, Jorge Trelles Montero, Jorge Avendaño Valdez, Javier Alva Orlandini y la doctora Lourdes Flores Nano.

El 2 de marzo de 1994 se publicó el Proyecto de Ley General de Sociedades. Remitido este Proyecto a la Comisión Revisora del Congreso, la que realizó una serie de modificaciones entre las que merece citarse la reincorporación al texto del Proyecto de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, que había sido suprimida. El 3 de octubre, de 1997 la Comisión Permanente aprobó el Proyecto de Ley General de Sociedades y, finalmente, por Ley N° 26887, del 8 de diciembre de 1997, publicada en “El Peruano” del 9 de diciembre, se promulgó la Nueva Ley General de Sociedades, la cual empezaría a regir, según su Octava Disposición Final, a partir del 1° de enero de 1998.

El viraje que nos depara, hoy día, la nueva Ley, supone un diálogo entre la empresa y la sociedad, que, a mi modo de ver, constituye el género y la especie, respectivamente; sobre la naturaleza jurídica de la sociedad: contrato o negocio jurídico y sus grandes problemas que se dan, a contrapunto, entre el empresario oculto, el accionariado difuso y los grandes temas

que son materia de sustentación por la escuela comercialista peruana y ustedes, mis amigos los señores abogados, los señores profesores y los señores magistrados que me escuchan para resolver los grandes problemas de la hora actual.

Igualmente en materia de Títulos-Valores, por Resolución Ministerial N° 068-97-JUS de 27 de marzo de 1997, fué nombrada una Comisión encargada de formular el Anteproyecto de la nueva Ley, bajo la presidencia del Doctor Ricardo Beaumont Callirgos, brillante profesor de San Marcos y magistrado del Tribunal Constitucional e integrada por el doctor Rolando Castellares Aguilar quien aportó su gran experiencia como asesor de Bancos y profesor universitario, así como el distinguido profesor de la Universidad Católica doctor Jorge Ramírez Díaz, el profesor de San Marcos y de la Universidad de Lima doctor Hernando Montoya Alberti, los profesores de la Universidad de Lima, doctores Oscar Zegarra Guzmán y Alonso Morales Acosta, el doctor Pedro Flores Polo, ex-Ministro de Trabajo y Director de la Cámara de Comercio de Lima, el destacado abogado doctor Gonzalo García Calderon Moreyra, al notable abogado doctor Oscar Pomar Fonseca y al doctor Juan Manuel Echevarría Arellano, también profesor en la Universidad de Lima.

El proyecto de esta Comisión fue revisado por la Sub-Comisión Revisora del Congreso integrada por Ricardo Marcenaro Frers, Presidente, Javier Alva Orlandini, Daniel Espichán Tumay, Antero Flores-Aráoz y Oscar Medelius. Con fecha 19 de junio del 2000, se promulgó la Ley N° 27287 que consagra el nuevo régimen de los Títulos Valores, la que entró en vigencia el 17 de octubre del 2000. Frente a la nueva ley y sus normas ampliatorias empieza el momento hermenéutico o interpretativo de este nuevo Derecho.

El problema es, pues, interpretativo y, por ello, concluyo estas breves palabras diciendo que, ante la Ley General de Sociedades y ante la Ley de Títulos Valores nos hallamos en la fase hermenéutica en la que ya han escrito notables estudios y comentarios los Profesores Ulises y Hernando Montoya Alberti, Ricardo Beaumont Callirgos, Pedro Flores Polo, Oswaldo Hundskopf Exebio, Rolando Castellares, José Valle Tejada, Oscar Zegarra Guzmán, Alonso Morales Acosta, Gonzalo García Calderon Moreyra, Oscar Pomar Fonseca, Juan Manuel Echevarría Arellano, Hernán Figueroa Bustamante, Julio Fernández Cartagena, Alberto Stewart Balbuena, Juan Morales Godo, José Enrique Palma Navea, Daniel Echaiz Moreno, Marco Corcuera García, Teresa de Jesús Seijas Rengifo y otros brillantes profesores que iluminan la interpretación de nuestro Derecho Comercial.

Con fé en el Derecho y en su correcta interpretación por el Foro y la Magistratura concluyo estas palabras remitiéndome, una vez más a las palabras del maestro Montoya Manfredi en su estudio "El Jurista y los cambios sociales. Discúlpennme Ustedes, Señores, por esta acaso larga evocación. Gran atrevimiento el mío que no tiene más justificación que rendir homenaje al sumo maestro de la escuela comercialista peruana y que se atenúa con la misma defensa y con las mismas palabras que aquellas que dirigiera el Dante al pedir indulgencia al gran Virgilio:

*"Vagliami il lungo studio e il grande amore  
che me ha fatto cercar tuo volume.  
Tu se lo mio maestro e il mio autore"*

La Divina Comedia.  
El Infierno. Canto I.  
Versos 83, 84 y 85.





**CAPÍTULO CVII**

**LA VIDA Y EL PENSAMIENTO DE  
MARIO ALZAMORA VALDEZ**

---





## CAPÍTULO CVII

### LA VIDA Y EL PENSAMIENTO DE MARIO ALZAMORA VALDEZ <sup>(\*)</sup>

Al haberse cumplido en el 2009 el centésimo aniversario de su nacimiento permítaseme evocar aquí a uno de los más grandes maestros del Derecho y de la Filosofía en el Perú a quien lo califico como un prototipo del “homo iuridicus”, por su talento, por su genio, por su cultura y por su magisterio en las universidades de San Marcos, la Católica y la San Martín de Porres, en las que dictó brillantes clases durante 40 años, llegando a ser Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Presidente de la Federación Nacional de Abogados del Perú y fundador de la Academia Peruana de Derecho.



**MARIO ALZAMORA VALDEZ** nació en Cajamarca el 16 de octubre de 1909. Hizo sus estudios en el colegio San Ramón de Cajamarca y luego ingresó a la Universidad de San Marcos en donde estudió en la Facultad de Letras y en la Facultad de Derecho. La reforma universitaria del año 1932 propició la diáspora de profesores y estudiantes. Muchos de ellos se fueron a Arequipa, otros al Cuzco y otros a la Universidad Católica. Allí se recibió de Abogado en 1936 pero, ya antes, en San Marcos, había sustentado la tesis “*El suicidio en su aspecto jurídico*”. Su tesis doctoral en filosofía se intituló “*El aspecto filosófico del marxismo*”. Ingresó a la docencia en la Facultad de Letras de la Universidad Católica en donde dictó los cursos de Psicología, Lógica y Metafísica. Su pensamiento filosófico era de neta inspiración tomista y en sus últimos tiempos fue tridimensional. En la Universidad de San Marcos nos enseñó Introducción a la Ciencia del Derecho, Derecho Procesal Civil y Filosofía del Derecho en la Sección Doctoral.

Mario Alzamora Valdez, me incitó al estudio de los grandes clásicos. Al evocarlo hago mías las palabras de Salvatore Satta: “**Todo pensamiento, cuando es verdadero, es filosófico; y tal es sobre todo el pensamiento, que se desenvuelve de la observación del proceso. En todo procesalista hay un filósofo oculto**”. <sup>(1)</sup>

Forjador de vocaciones e ideales fue en la Universidad un «lucerna magister». Sus clases en las viejas casonas de la Plaza Francia y del Parque Universitario solían congregar enfervorizadas multitudes de estudiantes atraídas por su profunda exposición de arduas cuestiones que han hecho de él no sólo a un gran maestro, sino, sobre todo, a un verdadero «caposcuola» en la Ciencia del Proceso y en la Filosofía del Derecho.

(\*).- Con el “addendum” introductorio, reproduzco, aquí, en versión corregida, el Discurso pronunciado por el autor de este libro (J.A.S.V.) en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, con motivo del día del Abogado, en 1999; publicado en la Revista de Derecho y Ciencia Política, Vol. 30 (Nº 1- Nº 2), Año 1999, páginas 71 a 80.

(1).- SALVATORE SATTA: “Dalla procedura civile al Diritto Processuale Civile”, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1994, Nº 1, p. 39.

Los que bien lo queríamos, le dedicamos un “Libro – Homenaje” publicado por la editorial Cuzco en 1988. En dicho Libro - Homenaje, quien os habla, dijo entonces que, “como Juan Cristóbal, el célebre personaje de Romain Rolland, «estamos escribiendo una obra de fé», fé en el futuro y fé en el maestro que nos supo inspirar este ideal desde el primer día en que nos vimos, hace ya tantos años, y dedicábamos este estudio a Mario Alzamora Valdez, nuestro maestro en los cursos de Psicología y Metafísica en la Facultad de Letras de la Universidad Católica y en los cursos de Introducción a la Ciencia del Derecho, de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos y de Filosofía del Derecho en la Sección Doctoral. Se lo dedicamos pensando en Juan Cristóbal y en los héroes beethovenianos, es decir, en quienes fueron grandes únicamente por el corazón, por la inteligencia y el espíritu.<sup>(2)</sup>

En dicho Libro - Homenaje al gran maestro, muchos profesores y abogados aquí presentes, han escrito páginas memorables, dignas de leerse en todo momento, como las que escribiera otro gran maestro, Max Arias Schreiber Pezet, el gran civilista de la escuela sanmarquina, al reseñar la vida y la obra de Alzamora.

Según el profesor Arias Schreiber, “la vida y obra de Mario Alzamora Valdez, están profundamente arraigados a la cultura jurídica y filosófica del Perú. Son pocos quienes pueden manejar temas tan disímiles como la Filosofía del Derecho, el Proceso Civil y la Legislación Municipal, que son los que han merecido preferencia en su trato académico y que domina con impecable soltura”. Añadía Arias Schreiber que “sus libros y sus conferencias fueron extraordinarias lecciones. Como profesor de la Facultad de Derecho, nos enseñaba a los profesores más jóvenes cómo debe comportarse un docente frente a las exigencias y retos de la educación universitaria”.<sup>(3)</sup>

Para mí, Alzamora debió haber sido evocado por CARLYLE en su famoso libro sobre «Los Héroes y el culto de héroes», en donde se sostiene que «La historia consiste en la biografía de los grandes hombres».

“Los hombres geniales forman la médula de la historia. La historia es el campo de acción de las grandes personalidades” o, como decía RALPH WALDO EMERSON en su obra «Hombres simbólicos», “la historia es la obra individual de los grandes hombres representativos”. No es la historia de masas amorfas e irracionales que solo rinden culto al odio, a la violencia, a sus complejos y a las bajas pasiones, sino una historia de hombres geniales. “El genio, allí donde aparece, dice Emerson, concentra las energías dispersas de su medio, desencadena las tendencias difusas y las pone en manifiesto. Es, como un fermento o como un catalizador, que pone en marcha los acontecimientos. Cada ser tiene su propia ley, un modo de existir en cuya fidelidad radica, su verdadera plenitud. La cuestión radica en el descubrimiento de ésta ley fundamental que nos permitirá realizarnos plenamente. La historia es así, la obra individual de hombres representativos.”

Esta es la cuestión: rastrear a los grandes hombres representativos o simbólicos. No es incitar a las marchas o a las bullas de las masas amorfas de irresponsables, sino es, buscar en el horizonte, la luz que brota de las fuentes luminosas del espíritu. Este es, pues, nuestro tema.

**SUS CLASES DE PSICOLOGIA, LOGICA Y METAFISICA EN LA UNIVERSIDAD CATOLICA.**- En sus clases de Psicología, Alzamora Valdez, nos impactó, desde el primer momento, al hacer-

(2).- JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, “Reforma o Revolución Procesal en el Perú” en el Libro – Homenaje a Mario Alzamora Valdez, pp. 371 in fine y 373, Editorial Cuzco, Lima, 1988.

(3).- MAX ARIAS SCHREIBER PEZET: MARIO ALZAMORA VALDEZ, “El hombre y su obra” en el Libro -Homenaje a Mario Alzamora Valdez pp. 41 y 42, Editorial Cuzco, Lima, 1988.



nos la historia de la Psicología, al desarrollarla desde los planteamientos fundacionales del estagirita, que la concebía como una <<ciencia del alma>>, hasta la grave pregunta de si hay dos Psicologías: así la Psicología de Wundt, Brentano y Oswald Külpe, que se proponía construir una Psicología según el modelo de las ciencias experimentales o el «behaviorismo» de Watson, Böring Cole y Paul Janet, cabiendo una tercera vía que es la extraordinaria cuestión del psicoanálisis con Freud y sus discípulos de las escuelas vienesa, húngara y americana.

La Lógica de Alzamora nos hizo un desarrollo que, partiendo de la silogística de Aristóteles, desarrolló los argumentos para la demostración de la verdad, trazando los esquemas de inferencia, propios de la escuela megárica y el árbol de Porfirio, para los cuadros de oposición lógica; inspirándose, luego, en el desarrollo de la lógica clásica para finalmente trazar la síntesis con la “Lógica” de Pfänder.

En la Metafísica, las magistrales clases de Alzamora, parten, de los «Presocráticos» con la indagación en torno al problema de la última causa o del primer principio, que los presocráticos denominaban el problema del «arjé»; y así, nos planteaba el pensamiento de Tales de Mileto, de Anaximandro, de Anaxímenes, de Pitágoras de Samos y de Heráclito de Efeso, llamado también Heráclito «el oscuro», por su estilo sibilino y esotérico, para quien la esencia de las cosas está constituida por el eterno fluir y devenir: todo está en movimiento. Por eso, la realidad es como el fluir del agua, eternamente mutable y en perpetua discordia, la guerra, decía Heráclito, es el padre de todas las cosas, de manera que la contrariedad, la lucha de contrarios, engendra la verdad.

Frente a ésta dialéctica de Heráclito, Alzamora Valdez, gustaba recordarnos el pensamiento de Parménides de Elea, para quien el descubrimiento de la verdad se realizaba de la misma manera que se descorren los velos de las sombras. La verdad es un desvelar o un descubrir el ente; así, pues, el conocimiento de la verdad implica el conocimiento del ser estático e inmóvil: el ente es un eterno presente; el ente es uno y esférico; el ente es lleno, sin vacíos, el ente es eterno e imperecedero, el ser y el conocer son una sola cosa y lo mismo.

Zenón de Elea, discípulo de Parménides, combatió a los adversarios de sus doctrinas mediante una serie de argumentaciones llamadas «aporías», que consistían en reducir al absurdo, el concepto de la inmutabilidad del ente; tal es el caso de la aporía de Aquiles y de la tortuga, según la cual, si Aquiles, el atleta más veloz de toda Grecia y el más rápido de todos los hombres, le concede a la tortuga, el más lento de todos los animales, alguna ventaja inicial en su carrera, jamás podrá alcanzarla.

Después de reseñarnos Alzamora Valdez, el pensamiento de otros grandes presocráticos, como Empédocles de Agrigento, como Anaxágoras de Clazomene y como los «atomistas», y de plantearnos la cuestión de los sofistas; se deleitaba el maestro, en enseñarnos la vida y la muerte de Sócrates, aquel gran maestro que con su muerte dió un gran ejemplo para la humanidad y de cómo un hombre debe ser leal en todo momento y en cualquier circunstancia de la vida, leal a sus principios y a sus doctrinas filosóficas. Y nos inducía a leer una y otra vez la «Apología» de Sócrates, según la narración inmortal de Platón, su gran discípulo; pero también a leer el hermoso libro de Romano Guardini, intitulado «La muerte de Sócrates» y el otro, no menos famoso de Rodolfo Mondolfo, titulado «Sócrates», con los cuales nos hacía una bella semblanza del inmortal maestro ateniense, hijo de Sofronisco, escultor y de Fenareta, su madre, partera, de quien decía que había aprendido el arte obstétrico de ser partero de los pensamientos, para arremeter contra la arrogancia y la acción corrosiva y destructora de

los sofistas, grandes retóricos, capaces de llegar a la demostración de la no verdad mediante una oratoria brillante y, contra quienes, en suma, planteaba la ironía y la mayéutica, a través del método constante de las preguntas y respuestas, esto es, el “Diálogo”, que constituye el género literario y la metodología por antonomasia de la filosofía platónica.

La Metafísica de Platón, se encuentra expuesta en sus famosos “Diálogos”, especialmente en «La República» y en el «Parménides», en el «Fedón» y en el «Critón». El pensamiento de Platón, muestra una evolución que parte de las doctrinas de Parménides y Sócrates, llega a su genial descubrimiento de las “ideas” y culmina en la discusión de los problemas planteados por su gran discípulo Aristóteles.

Platón busca el ser de las cosas ¿Cuál es el ser de las cosas?

En primer lugar, encuentra Platón que, las cosas sensibles, aquellas que captamos a través de la experiencia sensible, es decir, del conocimiento ingenuo o vulgar, o como decía Platón, de la «doxa», son efímeras, mutables y engañosas pero, por encima y más allá de este mundo de experiencias efímeras y de falsas ilusiones hay otro mundo, el mundo de las formas puras, que es el mundo de las ideas en donde se da el único auténtico ser de las cosas y en donde ellas existen en su prístina pureza y en su radiante plenitud.

Hay, pues, dos mundos: el mundo de las cosas sensibles y el mundo de las ideas o de las formas puras. Platón ilustra su teoría de los dos mundos con el mito de «la caverna» que expone en su Diálogo «La República».

La Filosofía de Platón, al escindir en dos mundos a las cosas, abre la ruta de la metafísica idealista. Pero, además, considera, así lo leemos en el sexto libro de «La República», que la actividad política nos lleva paradójicamente al mundo de la injusticia y de las apariencias. Ahora bien, el estado ideal nunca se podrá realizar hasta que los filósofos decidan tomar parte en la Política. Planteado en estos términos, el dictamen platónico acerca del Rey Filósofo, deviene en un gran ideal pero, también, en aporía. Es otro tema de una de las magistrales lecciones de Alzamora Valdez que ha sido planteado brillantemente en un libro reciente de Roberto Aramayo, intitulado «La Quimera del Rey Filósofo», Taurus, Madrid, 1997; pero que Alzamora Valdez, resolvió magistralmente a través de su vida, ejemplar en la conducta y luminosa en la investigación, consagrada en cuerpo y alma a la enseñanza de la Filosofía y del Derecho, singularmente del Derecho Procesal Civil.

Profesor de Filosofía en el Colegio Universitario de San Marcos, surgido de la reforma universitaria del año 1932 y que es fruto de la inspiración de José Antonio Encinas y de los jóvenes maestros que allí empezaron a enseñar, como lo fueron Jorge Guillermo Leguía, Raúl Porras Barrenechea, Jorge Basadre Grohmann, Mario Alzamora Valdez, Raúl Ferrero Rebagliatti, Nicánor Silva Salgado, Manuel G. Abastos, Estuardo Nuñez, entre otros.

Profesor de la Facultad de Letras de la Universidad Católica, en donde enseñó Psicología, Lógica y Metafísica y en la que más tarde, sería Decano de la Facultad de Letras y en cargos públicos de singular relieve, como lo fue el de ser diputado por Cajamarca, Director de Gobierno en el régimen del Doctor José Luis Bustamante y Rivero, Asesor Político del Presidente de la República, Embajador en Francia y Delegado del Perú ante la UNESCO, entre muchos otros cargos más que nos confirman que, por su cultura y la vastedad de sus conocimientos, fué uno de los más brillantes maestros e investigadores de todos los tiempos.



En su pensamiento destaca la importancia de las doctrinas de Aristóteles, que parte del realismo, frente al idealismo platónico. Pero además de ser un gran expositor y comentarista de Aristóteles el maestro Alzamora Valdez fué uno de los más notables difusores del pensamiento de Santo Tomás, cuyas doctrinas las expuso no sólo en su libro de Metafísica en los capítulos 14 al 21 sino, también, en su estudio “*La Filosofía Tomista*” publicado en la revista de la Universidad Católica del Perú correspondiente a los meses de Octubre - Noviembre y Diciembre de 1938, pp. 292 - 302; así como también en otro brillante estudio: “*El Ser y el Valor en la Filosofía de Santo Tomás*” en el volumen conjunto escrito con José León Barandiarán y con el Padre Jesuita Enrique Lopez - Dóriga S.J.: “*La aventura intelectual de Santo Tomás*”, Universidad del Pacífico, Lima, 1975.

La Metafísica de Aristóteles constituye una de las claves fundamentales para descifrar el pensamiento de Alzamora Valdez; porque el método de Aristóteles consiste en una investigación de la realidad sobre la base sólida de la experiencia y de la observación y que nos lleva al estudio de la verdad, planteada en el libro segundo o libro Alfa mayor de su libro sobre la Metafísica y que, ha sido comentada por Alberto Wagner de Reyna, embajador y filósofo en su interesantísimo libro: «El concepto de verdad en Aristóteles», Mendoza, 1951.

Según Aristóteles, la Filosofía es la ciencia teórica de la verdad, y la Metafísica, es la disciplina que investiga al ser y a los primeros principios. Así se estudian las cuatro causas: causa material, causa formal, causa eficiente y causa final. Y al Ser, se lo distingue desde cuatro puntos de vista, vías o caminos que son, primero la sustancia, segundo la potencia y el acto, tercero la esencia y la existencia y cuarto, las categorías.

A su vez, la teoría de la causa final, se encuentra desarrollada en las obras éticas de Aristóteles que son tres : primero, la ética a Nicómaco, segundo, la ética a Eudemo y tercero, la Magna Ética.

Y el gran tema de la Ética es la teoría de la Justicia, «dikaiosine» o «diké» que ha sido desenvuelta magistralmente por Aristóteles en el libro quinto de su Ética a Nicómaco y según la cual la justicia es la virtud por excelencia. La Filosofía de Aristóteles, sirve de fundamento para entender las doctrinas de Santo Tomás llamado, también, «Doctor Angélico», «Doctor Communis», «Doctor Universal», “el apóstol de la Verdad”, cuyo pensamiento está plasmado en su obra cumbre «La Suma Teológica» y también en sus “*Quaestiones quodlibetales*”<sup>(4)</sup>

«Ha sido considerado como el filósofo cuya «Filosofía es, universal». No hay problema filosófico importante que no haya tratado con agudeza y solidez admirable, con un orden en todas y en cada una de sus partes y con un método, una limpidez y una precisión de fórmulas y de pensamiento que hacen de él un maestro insuperable».<sup>(5)</sup>

<sup>(4)</sup>. JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, “La vida y el pensamiento de Santo Tomás de Aquino”, supra p. <sup>29</sup> y ss., especialmente, p. <sup>29</sup> y passim.

<sup>(5)</sup>. JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, “Introducción a la Filosofía”, p. <sup>102</sup>, Chiclayo, 1994.



“Santo Tomás de Aquino” nació en 1225 en Roccasecca y murió en Fossanova en el año 1274. Estudiante, después profesor de la Universidad de París, fue en su siglo el intelectual más importante de la cristiandad. Metafísico y teólogo, unió la doble herencia del pensamiento griego y de la tradición patristica en esa enciclopedia del saber que se llama “Suma Teológica”. Especialista en las cuestiones polémicas, se convirtió pronto en el sistemático que impuso verdades eternas. Santo Tomás no es un revolucionario. Es el hombre de la continuidad, más bien que de la ruptura. El catolicismo ha acogido su obra como la culminación ideal de su pensamiento.”<sup>(6)</sup>

La Metafísica de Santo Tomás y, singularmente, su Ontología, parte de las distinciones aristotélicas entre el Ser en sí, y el Ser por accidente, entre la sustancia primera y la sustancia segunda, entre la materia y la forma, entre el Ser en acto y el Ser en potencia y desenvuelve esta premisa griega a la luz de los evangelios, de las epístolas de San Pablo y de los grandes Padres de la iglesia, fundamentalmente San Agustín de Hipona, Orígenes y Tertuliano en una sistemática que puede ser aplicada exitosamente a los más variados campos de la Ciencia y de la Filosofía. a tal punto que en la lucha de escuelas de la Filosofía contemporánea el neotomismo ha aplicado brillantemente el método y los postulados del Doctor Angélicus a los más variados problemas de la Filosofía contemporánea, de la Sociología, de la Economía y de la Teoría General del Derecho.

«Entre estos ilustres representantes del neo-tomismo hay que mencionar, en primer lugar, los esfuerzos del grupo llamado de “*Civiltà Cattolica*” (fundada en 1849 en Nápoles y trasladada a Roma) y los esfuerzos conexos de Luigi Tapparelli D’ Azeglio, de Mateo Liberatore y Joseph Kleutgen, movimiento que culminando con la promulgación de la *Encíclica «Aeterni Patris»* de León XIII (1879) es el punto de partida para señalar el florecimiento de esta escuela que tuvo sus centros en la Universidad de Lovaina, con el “*Institut Supérieur de Philosophie*”, fundado por el Cardenal Mercier y en las Universidades del Sacro Cuore de Milán, de Le Saulchoir, de Fourvière, de Friburgo, etc. y a sus más ilustres representantes en nombres de la talla de Jacques Maritain, Ettiene Gilson, Reginald Garrigou-Lagrange, Regis Jolivet, A.D. Sertillanges, L. de Raymaecker, Martín Grabmann, Francesco Olgiatti, Agostino Gemelli, Paul Vignaux y entre nosotros, Mario Alzamora Valdez».<sup>(7)</sup>

El pensamiento filosófico de Mario Alzamora Valdez, se inspira en el tomismo y éste se nutre y se desarrolla en la Universidad Católica con el apoyo de sus grandes figuras patriarcales: el Padre Jorge Dintilhac, el maestro Víctor Andrés Belaunde y don José de la Riva Agüero y Osma.

Fundada el 24 de marzo de 1917 la Universidad Católica empezó a desarrollar, desde el comienzo, los postulados planteados en la *Encíclica «Aeterni Patris»* de León XIII promulgada en 1879 bajo la inspiración de Santo Tomás de Aquino.

Los primeros profesores de Filosofía en la Universidad Católica fueron EMILIO HUIDOBRO y CARLOS RODRÍGUEZ PASTOR, quien más tarde nos enseñaría Derecho Romano en la Universidad de San Marcos. Como es sabido, el receso de la Universidad de San Marcos en 1934

<sup>(6)</sup>.- STANISLAV BRETON, “Sto Tomás”, ediciones “Edaf”, Madrid, 1988.

<sup>(7)</sup>.- JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO, “Introducción a la Filosofía”, p. 118, Chiclayo, 1988.

determinó la diáspora de sus intelectuales. Unos fueron a estudiar a la Universidad de Arequipa y, luego, al Cuzco como sucedió, por ejemplo, con **NICANOR SILVA SALGADO** y **CARLOS CARRILLO SMITH** y otros se quedaron en Lima a estudiar en la Universidad Católica, como sucedió, por ejemplo, con **JAVIER VARGAS** y **MARIO ALZAMORA VALDEZ**.

**Bajo este sino de la diáspora** algunos de los intelectuales de San Marcos se transmutan en intelectuales de la Universidad Católica. Tal es el caso de Mario Alzamora Valdez aunque, luego, sobrevendría el retorno.

Es curioso anotar que la Tesis de Bachillerato de Alzamora Valdez se intitula “El suicidio en su aspecto jurídico” y se sustentó pocos días antes del receso. Luego empezó a dictar sus clases en la Universidad Católica bajo la inspiración del neo-tomismo y de la encíclica «Aeterni Patris». Sus clases de Metafísica que he reseñado precedentemente, se inspiran en el tomismo enriquecido con la axiología fenomenológica de Max Scheler, como lo anotan perfectamente Alberto Tauro del Pino en su obra “Enciclopedia ilustrada del Perú” y David Sobrevilla en su obra «La Filosofía Contemporánea en el Perú». pág. 320 y *passim*.

**Los grandes representantes del neo-tomismo en el Perú fueron: el Padre Luis LITUMA PORTOCARRERO**, traductor de “Del ente y de la esencia” del eximio Doctor Angélico, el Padre **GERARDO ALARCO**, **ALBERTO WAGNER DE REYNA**, embajador de carrera, profesor de Filosofía y especialista en Heidegger: confróntese su formidable obra «La Ontología fundamental de Heidegger», Editorial Losada, Buenos Aires, 1939, «El concepto de verdad en Aristóteles», Mendoza 1951; «La Filosofía en Iberoamérica», Lima, 1949; «Analogía y Evocación». Madrid, 1976: etc.

**El padre JESUITA FELIPE MAC GREGOR**, nació en el Callao el 20 de setiembre de 1914 y murió en Lima en el 2000. Fue nuestro profesor de Moral y nos hizo estudiar, casi de memoria, la «Moral a Nicómaco» de Aristóteles. A él le debo, junto con Alzamora Valdez, una sólida formación aristotélico-tomista. Cuanto les debemos agradecer su exigencia en aquella época de nuestra formación humanística que, para las nuevas generaciones, es una felicidad perdida. El padre Mac Gregor llegó a ser Rector de la Universidad Católica desde 1963 hasta 1977 y su pensamiento, partiendo de la antropología filosófica, desarrolla el concepto antropológico cristiano y el concepto antropológico de la filosofía de Martín Heidegger y de Max Scheler, para subrayar la importancia de la reflexión pedagógico cristiana, particularmente expuesta en la gran meditación filosófica de Santo Tomás.

**JORGE DEL BUSTO VARGAS**, nació en Lima el 15 de febrero de 1916, murió en Lima el 14 de octubre de 1995, fue nuestro profesor de Sociología y escribió unos notables apuntes de Sociología y un estudio sobre “La filosofía de Oswald Spengler” escrita en 1944; **ENRIQUE TORRES LLOSA**, sucedió a Mario Alzamora Valdez en la cátedra de Lógica que se dictaba en el primer año de la Facultad de Letras de la Universidad Católica y adoptó como texto de sus clases la «Lógica» de Pfänder..... ¿recuerdan?..... Su tesis doctoral versó sobre «La persona en la axiología de Max Scheler», 1945. **ANTONIO PINILLA SÁNCHEZ-CONCHA**, nacido en Lima en 1924 formado en la Universidad Católica y consagrado posteriormente en la Universidad de Lima de la que fué su fundador, se doctoró con la tesis «Concepción y valoración del amor frente al conocimiento en San Agustín y en Santo Tomás de Aquino», en donde plantea la formidable oposición entre el aspecto emocional y el aspecto racional intelectual del conocimiento, postulando una solución conjunta y no una solución alterna en este formidable problema de la Teoría del conocimiento. “Über den Begriff der industriellen Arbeit” (“Acerca del concepto del trabajo industrial”), publicado en 1958, traducido en 1959 con el título de



“Trabajo y Política Laboral” En sus estudios posteriores: «El filósofo en la sociedad actual», Universidad de San Marcos, 1959 y «Acción y conocimiento», 1965, obra en la cual desarrolla el interesante problema del contrapunto entre la sociedad y la investigación contemporánea, desarrolla un tema fundamental de nuestro tiempo, como lo es también su “Educación para el Desarrollo”, Lima 1966; “Administración, Ciencia de la Acción Directriz”, 1970; “Relaciones Industriales”, 1971; “Principios de las Relaciones Sociales y Administrativas: La Interacción Humana, Barcelona, 1972; “Relaciones Humanas y Laborales en la Empresa”, Barcelona, 1972.

Los libros y las investigaciones del maestro Alzamora Valdez en materia filosófica han sido: **Psicología**, Lima 1938; **Metafísica**, Lima 1937; **Lógica**, 1936, «**Principios de Metafísica**», en Revista de la Universidad Católica, 1936, N° 4. pág. 21 y siguientes: «**El Significado de la Fenomenología**», en Revista de la Universidad Católica, 1933; «**Filosofía de los valores**», en Revista de la Universidad Católica, 1935; «**La Filosofía tomista**», en Revista de la Universidad Católica, octubre-noviembre-diciembre, 1938, pp. 292 a 302; «**Para una Filosofía de la cultura**», en Revista de la Universidad Católica, mayo-junio. 1939: «**La Ontología del conocer**», en Revista de la Universidad Católica, julio-agosto, 1944, pp. 292 a 309; «**Reflexiones sobre el problema de la Filosofía**», en Revista de la Universidad Católica, mayo-junio, 1944; «**El significado de la fenomenología**», en Revista de la Universidad Católica, 1933; «**Descartes y el problema de la sustancia**», en Revista de la Universidad Católica, 1937; «**Bergson y el Renacimiento de la Sabiduría**», en “Mercurio Peruano”, Lima, marzo de 1941: «**La Filosofía de Bergson**», en Revista de la Universidad Católica, mayo-junio de 1941; «**Descartes y el pensamiento moderno**», en Revista de la Universidad Católica, abril de 1942; «**La aventura intelectual de Santo Tomas**», libro interesantísimo escrito conjuntamente con José León Barandiarán y Enrique L. Doriga. pp. 69 a 106, Universidad del Pacífico, Lima de 1975; «**Cultura y Peruanidad**», Anales del segundo congreso Iberoamericano de Estudiantes Católicos, 1939; «**La cultura y la vivencia de la tierra**», en “Mercurio Peruano”, 1942; «**Concepción Racista del Mundo**», en Revista de la Universidad Católica, Lima, 1943; «**Reflexiones sobre el problema de la Filosofía**», en Revista de la Universidad Católica, 1944; «**Repartición y Desarrollo de la Inteligencia**», en Revista de la Universidad Católica, Lima, 1945; «**El Problema de la Filosofía Cristiana**», en Revista de la Universidad Católica, 1945; «**Filosofía Existencial y Filosofía Cristiana**», Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía, 1950; «**El Pensamiento de Bartolomé Herrera**», en “Mercurio Peruano”, 1959; «**La Verdad en el Proceso Civil**», Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 5 de noviembre de 1952; «**La Verdad en el Proceso Civil**», en “Mercurio Peruano”, 1952; «**La profesión de abogado**», en Revista Jurídica Dominicana. Ciudad Trujillo, 1952; «**El Pensamiento jusfilosófico de Giorgio Del Vecchio**», 1953; «**Ciudades del Perú: Cajamarca**», “Mar del Sur”, 1957; «**Universidad Técnica y Desarrollo Económico**», “La Prensa”, 10 de octubre de 1959; «**Bases para una política educacional**», Revista Peruana de Cultura, 1962; «**La Constitución de 1933 a los 30 años de su promulgación**», 1963; «**La economía municipal**», “Expreso”, 27 de junio de 1964; «**La abogacía como profesión**», “La Voz Rotaria”, 6 abril 1967; «**El voto del analfabeto**. Revista “Mérito”, octubre 1969; «**La Universidad**. “El Comercio”, 16 marzo 1969; «**La organización de los estudios de derecho en Francia**. Revista del Foro. Lima, junio 1971; «**Derecho Municipal**. “El Comercio”, 20 setiembre 1972; «**La filosofía de Mariano Iberico**», Boletín de la Universidad de Cajamarca, 1981; «**La Investigación Científica**», Universidad Femenina, Lima, 1981



## II.- SUS CLASES DE INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO, DERECHO PROCESAL CIVIL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE SAN MARCOS

El primer impacto que recibía el estudiante de Derecho al escuchar las clases de Alzamora Valdez, era la de un profesor brillante por su gran oratoria, por su gran claridad de ideas, por su gran versación doctrinaria, por su profundidad y por su exigencia en el orden y en la puntualidad de los estudiantes. Pero trataba mal a quienes irrumpían exabrupto en sus clases ya iniciadas y esto le causó un choque con los estudiantes del Centro Federado de Derecho en aquella época delincencial de la barbarie y de la oscuridad; época de caos y de libertinaje de la que, felizmente, hemos salido ya, porque la noche quedó atrás.

Sus clases están consagradas en un libro famoso que todos ustedes han leído: «**Introducción a la Ciencia de Derecho**», primera edición, Lima 1964; setima edición, Lima, 1980. Se trata de una verdadera propedéutica en la que se discute, como una de sus primeras cuestiones, el carácter científico del estudio del derecho.

Tales razones justifican la necesidad y el contenido de una introducción a la Ciencia del Derecho, así entendida.

Es sumamente difícil, por decir lo menos, el conocimiento científico de las distintas ramas del derecho sin investigar los principios generales en que se sustentan, que deben ser objetos de una disciplina especial, porque de otro modo o se prescinde de ellos, o su explicación se repite en cada rama, con los inconvenientes que de tal procedimiento pudieran derivar.

El contenido de la «Introducción al Derecho» debe comprender: el estudio del derecho, de las disciplinas del derecho; el derecho y otras formas de la conducta regulada; de la norma jurídica: del derecho subjetivo; de las fuentes del derecho; de la Técnica Jurídica; de los valores y fines del derecho, para terminar con una breve reseña sobre la evolución del pensamiento jurídico.

La primera parte de la obra, estudia el derecho desde su triple perspectiva: la persona humana en su dimensión social, la norma y el valor, en pos de su característica como objeto cultural.

La segunda, trata de las Ciencias del Derecho, cuyo objeto es el estudio del derecho y, en forma particular, de la Introducción a la Ciencia del Derecho y de sus problemas propios.

La tercera parte tiene como objeto las relaciones entre el Derecho, la Moral y las reglas de trato social, como medio de precisar los alcances de los preceptos jurídicos en orden a la conciencia individual y a la vida colectiva.

La cuarta parte constituye una reseña sobre la norma, que es el vehículo a través del cual se expresa el derecho; la quinta se refiere al derecho subjetivo y al deber jurídico; la sexta, cuya justificación es obvia, se ocupa de las fuentes del derecho y la sétima es un breve esquema de los principales problemas de la Técnica Jurídica.

Si bien es cierto que tal exposición comprende las cuestiones generales que constituyen el contenido de Introducción al Derecho, la visión de los lectores quedaría incompleta si se prescindiera de la dos últimas partes: el estudio de los fines y los valores del derecho y el de la evolución del pensamiento jurídico: Aquella se refiere a lo que debe ser el derecho, está sus distintas concepciones en los diversos momentos culturales.

La primera y la última parte del libro precisan, con mayor claridad que las otras, su orientación. El derecho no es una pura esencia universal y abstracta de sistema de reglas lógicas ni vida humana o conducta, El Derecho es un modo de existencia social del hombre regida por normas que encarnan valores».<sup>(6)</sup>

El Otro gran libro filosófico de Alzamora Valdez, es su «Filosofía del Derecho», editado en Lima en 1976.

El libro consta de tres partes: primera parte «La Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho»: segunda parte: «Evolución del pensamiento Jus filosófico», tercera parte «El Hombre, la Sociedad y el Derecho».

Aunque no lo dice explícitamente, el pensamiento jusfilosófico de Alzamora Valdez se inspira en el tomismo y en las clases de quien fuera su profesor en San Marcos, don JUAN BAUTISTA DE LAVALLE (nacido en Barranco en 1887, muerto en Washington en 1970) quien había adoptado como texto universitario por entonces la «Filosofía del Derecho» de ICILIO VANNI, (1855-1903), insigne maestro de la Universidad de Roma, cuyas «Lezioni di Filosofia del Diritto», 4ª edición, Bolonia 1920, fue traducida al castellano por el mismo doctor Juan Bautista de Lavallo con el nombre de «Filosofía del Derecho», Casa editorial F. y E. Rosay, Lima, 1923. El pensamiento de Vanni se inspiraba, a su vez, en FRAGAPANE (Catania, 1868-1909) («Obbietto e limiti della Filosofia del Diritto», 3 volúmenes, Roma, 1897).

Pero, además de Vanni, quien ejerció una gran influencia en el pensamiento de Alzamora Valdez fue GIORGIO DEL VECCHIO quien, a su vez, se inspiraba en el pensamiento de Rudolph Stammler- de quien ya hemos dado cuenta al exponer las doctrinas y los maestros de la escuela de Marburgo. (Confróntese en este mismo libro pag. 1640).

GIORGIO DEL VECCHIO nació en Bolonia el 26 de agosto de 1878, murió en Genova el 28 de noviembre de 1970 y fue profesor de Filosofía del Derecho en las Universidades de Ferrara, Sassari, Messina, Bolonia y Roma. Combatió el Positivismo dominante adhiriéndose al movimiento iniciado por IGINIO PETRONE (1870-1913), cuyo «idealismo crítico» se consagra en su libro de 1895: «La Etapa Actual de la Filosofía del Derecho en Alemania» («La fase recentissima della filosofia del Diritto in Germania», Pisa, 1895), en la que analizó críticamente las principales doctrinas alemanas de la segunda mitad del siglo XIX adoptando una posición antagónica al Positivismo dominante, en concordancia con los planteamientos asumidos por ICILIO VANNI. Los otros grandes libros de IGINIO PETRONE son: «La Filosofía del Derecho a la luz del idealismo crítico» (1896); «Il Diritto nel mondo dello spirito», Milano, 1910; «El Derecho en el mundo del espíritu» (1910), libros éstos en los cuales el Derecho se inspira en las creaciones del espíritu a través de un proceso dialéctico cuya idea se funda en el idealismo y en la psicología de JAMES M. BALDWIN en la que «el yo y el tú» encuentran su mediación y correlato en «el socius».

<sup>(6)</sup>. MARIO ALZAMORA VALDEZ, «Introducción a la Ciencia del Derecho», séptima edición, Lima, 1999.

**JAMES MARK BALDWIN** (1861-1934), fue un brillante profesor de Psicología, de Epistemología y de Metafísica en las Universidades de Toronto, Princeton, en la Johns Hopkins University y en la Autónoma de México, cuyas doctrinas fueron consagradas en sus libros “*Handbook of Psychology*”, 2 vols., New York, 1889-1892; “*Story of the Mind*”, New York, 1898, (Baldwin decía de este libro que fué su “única novela”); traducción castellana: “*Historia del alma*”, Madrid, 1901; “*Genetic Theory of Reality, Being the Outcome of Genetic Logic, as issuing in the Aesthetic Theory of Reality called Pascalism*”, 1915; “*Dictionary of Philosophy and Psychology*”, New York, 1928; “*A History of Psychology in Autobiography*”, 1930.

Según **DEL VECCHIO** son tres las investigaciones propias de la filosofía del Derecho: la investigación lógica, que responde a la pregunta *quid ius?*, es decir, a la definición lógica del Derecho; la investigación fenomenológica, orientada a descubrir cómo ha nacido el derecho y cómo se ha desarrollado históricamente; y, finalmente, una investigación deontológica, la investigación sobre lo que debe o debería estar contenido en el derecho, frente a lo que realmente está contenido, contraponiendo una verdad ideal (derecho natural) a una realidad empírica (derecho positivo).

Los libros del profesor Del Vecchio constituyeron, desde sus primeros ensayos (“El Sentimiento Jurídico”, 1902; “La Ética Evolucionista”, 1902; “La Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano”, 1903; “Derecho y Personalidad Humana”, 1904, una vigorosa crítica del Positivismo dominante y una adhesión al idealismo crítico de Iginio Petrone.

Más tarde escribió sus libros fundamentales que hemos leído con fervor: “La justicia” en la que desenvuelve el estudio histórico de la idea de justicia y una consideración sistemática de ésta; “El homo juridicus y la insuficiencia del Derecho como regla de vida”, 1936; “La crisis de la ciencia del Derecho”, 1933 y, fundamentalmente, su obra clásica, las “*Lezioni di filosofia del Diritto*”, cuya 4ª edición italiana publicada en 1940 fue traducida al castellano por el profesor Luis Recasens Siches con el nombre de “*Filosofía del Derecho*”, 2 tomos, editada por la Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, U.T.E.H.A., México, 1946 y que ha constituido para nosotros un breviario que lo hemos leído día a día, desde que escuchábamos las clases de Mario Alzamora Valdez y que nos lo recomendó como libro de texto en aquellos días, hasta la hora presente en que sigue siendo algo así como la Biblia, un libro de cabecera, para leerlo a cada instante.

El pensamiento de Del Vecchio es una obra notable que todos debemos repasar: Véase en tal sentido el comentario de Luis Recasens Siches en “Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX”, tomo I, capítulo 6, pp. 79 a 91 Editorial Porrúa S.A., México, 1963. Es, precisamente, el maestro Luis Recasens Siches- cuya vida y cuyo pensamiento lo hemos analizado en la p. 350 a 354 de este libro quien, a su vez ha influido en el pensamiento de Mario Alzamora Valdez. Escuchamos personalmente las enseñanzas de Luis Recasens Siches cuando nos visitara en octubre de 1957. Desde entonces lo admiramos por transmitirnos no solo a Del Vecchio y a Stammler, sino a otros grandes maestros como Hans Kelsen, Felix Kaufmann, Fritz Schreier y sobre todo a José Ortega y Gasset.

Mario Alzamora Valdez no podía escapar a la fascinación que nos deparaba el leer, estudiar y escuchar las grandes clases de Del Vecchio y de Luis Recasens Siches. Por ello escribió un estudio sobre “El pensamiento filosófico de Luis Recasens Siches” en el “Libro-Homenaje a Rómulo Lanatta”. Y allí en la página 30, se afilia a la teoría Tridimensional del Derecho concibiendo al Derecho dentro de una conjunción integral que son las normas, los hechos y los



valores. Así lo dice expresamente: «Las tres dimensiones del Derecho implican que puede ser estudiado como valor, como norma o como una clase especial de hecho social. Las disciplinas correspondientes son en el primer plano, en el campo filosófico, la Axiología o Estimativa Jurídica y en el orden empírico la Política del Derecho en el segundo, la Teoría General o Fundamental del Derecho y la Ciencia Dogmática o Técnica del Derecho y en el tercero, la Culturología Jurídica, la Historia y la Sociología del Derecho».

Alzamora Valdez también dedicó a Del Vecchio un estudio intitulado “El pensamiento jusfilosófico de Giorgio Del Vecchio”. 1953.

Mario Alzamora Valdez escribió otro gran libro “La Filosofía del Derecho en el Perú”, Lima, 1968, dedicado a su esposa la señora Mercedes Gamboa.

El libro empieza tratando el jusnaturalismo, singularmente, la filosofía jurídica de Bartolomé Herrera, cuyo pensamiento ya había sido tratado precedentemente por el maestro en la revista «El Mercurio Peruano» de junio de 1950, página 213. Trata de la decadencia del jusnaturalismo y de la influencia del Krausismo en el positivismo peruano, planteado por FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN, así como el pensamiento de Carlos Lison, de JAVIER PRADO y de don MARIANO H. CORNEJO, así como también en las clases dictadas por don MANUEL VICENTE VILLARÁN en su Cátedra de Filosofía del Derecho. Mención aparte es la tesis de don JOSÉ DE LA RIVA AGÜERO y OSMA sobre el concepto del Derecho que, según Alzamora Valdez, constituyó una afirmación dogmática de voluntarismo, desarrollada dentro de una severa articulación lógica, bajo la lejana inspiración de Hobbes y Spinoza, y de sus comentaristas del Siglo XIX.

En las décadas iniciales de este siglo desde la Cátedra de la Facultad de Derecho de San Marcos y a través de sus escritos, alcanzó notable difusión la enseñanza jusfilosófica impartida por el doctor JUAN BAUTISTA DE LAVALLE.

Admirador de la cultura italiana el doctor Lavallo difundió el pensamiento de ICILIO VANNI, cuya «Filosofía del Derecho» tradujo al castellano, con la colaboración del Doctor Adrián Cáceres Olazo, alcanzando éxito notable, revelado por las tres ediciones de este libro que datan de los años 1909, 1919 y 1923. <sup>(9)</sup>

“ICILIO VANNI, que denominó a su escuela «positivismo crítico», considera que la Filosofía es «el complemento y la integración de las ciencias» reunidas en una investigación superior y general”.<sup>(10)</sup>

En el pensamiento de Alzamora Valdez, la filosofía del Derecho contemporánea es un producto del renacimiento que se opera en Alemania desde 1860; «Desde 1860, en que Kuno Fisher, en su obra «Geschichte der neueren Philosophie» preconizó el retorno de Kant, renace una corriente favorable a la Filosofía del maestro de Königsberg, representada por OTTO LIEBMANN y ALBERT LANGE, entre otros.

El neocriticismo que surgió bajo tales influencias, se dividió pronto en dos ramas: la escuela de Marburgo de HERMANN COHEN y PAUL NATORP y la de Baden de WILHELM

<sup>(9)</sup>.- ICILIO VANNI, “Filosofía del Derecho”. Primera versión castellana por los Doctores Juan Bautista de Lavallo y Adrián Cáceres Olazo, Tercera Edición, Casa editorial F. y E. Rosay, Lima, 1923.

<sup>(10)</sup>.- MARIO ALZAMORA VALDEZ: “La Filosofía del Derecho en el Perú”, p. 118, Lima, 1968. Confrontar Iclio Vanni, obra citada, p. 33 y ss.

**WINDELBAND y HEINRICH RICKERT.** Ambas tendencias influyeron en la filosofía del Derecho la primera por intermedio de **RUDOLF STAMMLER**, principalmente; y la segunda, a través de **GUSTAVO RADBRUCH**.

Fiel a la posición neokantiana de Marburgo, Stammler orientó su investigación hacia la metodología del Derecho en busca de las categorías jurídicas. Hallar el concepto de derecho y con él los «conceptos puros fundamentales» constituye la primera tarea del filósofo.

El concepto del Derecho, según Stammler, es un «proceso de ordenamiento mental» y como tal es «el querer entrelazante, autárquico e inviolable». El contenido del derecho es condicionado y relativo, de allí la fórmula «derecho natural de contenido variable». Bajo la proyección de la misma influencia, pero dirigido hacia la esencia del derecho, el pensador italiano **GIORGIO DEL VECCHIO**, considera que el denominador común de lo jurídico es “el signo o carácter universal de la juricidad” que tiene como fundamento la naturaleza humana.

**Gustav Radbruch**, que recogió las tesis de Rickert, sostiene que la idea de derecho «es el valor» y «el derecho es la realidad referida al valor», y por tanto el concepto de derecho es, un «concepto cultural».

**La Teoría Pura del Derecho de HANS KELSEN**, es, sin duda alguna, la corriente jus filosófica de mayor influencia entre los pensadores de América Latina de los últimos tiempos.

La Ciencia del Derecho, según el iniciador de la Teoría Pura, es ciencia normativa que trata únicamente del derecho positivo, con un propósito de «pureza» metódica puesto que elimina de ella todo lo que no sea jurídico.

Tal disciplina pertenece, no al orden de las ciencias del ser que son las que se ocupan de la naturaleza, sino al ámbito del «debe ser».<sup>(11)</sup>

**III.- LAS NUEVAS DOCTRINAS EN EL PERU.**- “El eminente tratadista del Derecho Civil. Doctor José León Barandiarán, maestro preclaro de San Marcos, cuya Rectoría prestigió con su alta jerarquía moral e intelectual, ha expresado en forma clara su pensamiento bajo las influencias de las nuevas corrientes jusfilosóficas”.<sup>(12)</sup>

“Para el Doctor León Barandiarán, «el derecho como categoría gnoseológica y ontológicamente hablando, pertenece a la dimensión del existente humano»<sup>(13)</sup>, corresponde al hombre que frente a él juega una doble función: por un lado es el agente causante de las reglas jurídicas y, por otro, es su destinatario”.<sup>(14)</sup>

“No constituyen caminos adecuados para la captación de la esencia de lo jurídico ni la preferencia normativista que ha primado en los últimos tiempos, ni esa actitud reactiva que significa el realismo jurisprudencial, sino “una concepción integralista del derecho, dice León Barandiarán, a través de un método que vincule la realidad y el valor, el hecho y la norma”.<sup>(15)</sup>

<sup>(11)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ, «La Filosofía del Derecho en el Perú», p. 100 a 107, Lima, 1990.

<sup>(12)</sup>- JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, “El Derecho como categoría dimensional humana”. Revista del Foro. Año XI. N° 1. Mayo-Agosto de 1995. Lima. p. 81. Citado por MARIO ALZAMORA VALDEZ en ob. y loc. cit.

<sup>(13)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ: «La Filosofía del Derecho en el Perú», p. 100.

<sup>(14)</sup>- Ibid p. 100.

<sup>(15)</sup>- JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN: “El movimiento jurídico europeo”. Revista del Foro, Año XL. N° 1, Setiembre-Diciembre de 1990, Lima, p. 401. Citado por Mario Alzamora Valdez en ob. y loc. cit. p. 100 y 101.

<sup>(16)</sup>- JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN: “La Justicia”, editorial “Relieves Americanos”, Lima, 1990, p. 1. Citado por Mario Alzamora Valdez en ob. y loc. cit. p. 100.



**“El derecho apunta hacia valores y en forma preferente hacia el valor de la justicia. León Barandiarán ha dicho que la justicia es “el valor fundamental” y que el derecho viene a ser su precipitado histórico, de modo que la conformación jurídica está predibujada por la idea de la justicia, siendo el derecho para ella como el acto a la potencia”.**<sup>(16)</sup>

“La justicia puede entenderse en dos sentidos: como “administración dirimente” de situaciones concretas y, en tal caso, vale tanto como ejercicio o praxis, o como criterio ideal o paradigma del derecho, esto es, como realidad trascendente e hiperfenoménica inspiradora de lo jurídico”.<sup>(17)</sup>

“En este último sentido, la justicia cuyas notas esenciales, dice León Barandiarán, siguiendo a Del Vecchio, son la igualdad y la alteridad, constituye un ideal y un dato constante de renovación y progreso para el derecho positivo”.<sup>(18)</sup>

“Debe considerarse, sin embargo, que el derecho se refiere a otros valores como la seguridad, la cooperación y solidaridad y, por otro lado, existen preceptos legales “auxiliares, técnicos o definitorios” que no tienen por objeto determinar la justicia”.<sup>(19)</sup>

“El distinguido profesor de Derecho Civil de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego, es autor de dos trabajos jusfilosóficos de evidente valor y mérito, inspirados por las nuevas ideas. “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho” se denomina el primero; y “La Noción Jurídica de Persona”, el segundo”.<sup>(20)</sup>

“La inquietud de Fernández Sessarego se dirige a la búsqueda del “ser del derecho”, no como mera conexión formal de conceptos sino como libertad metafísica en su dimensión de coexistencia pensada en conceptos adecuados a este objeto existencial”.<sup>(21)</sup>

“Inspirado en tal propósito de evidente radicalidad filosófica, “el tema primario de la filosofía del Derecho -escribe Fernández Sessarego-, que es el ontológico, es la pregunta por su objeto”<sup>(22)</sup>. “Hay que reivindicarle -agrega- a la Ontología Jurídica, esta primariedad -al par que la tiene la Ontología en la Filosofía-, frecuentemente olvidada”.<sup>(23)</sup>

“Dentro de este sentido, la Ontología aborda el problema del derecho como objeto desde dos dimensiones: una específicamente jurídica y en tal carácter vale como una ontología regional; y la otra como sustento de aquella, como ontología fundamental”.<sup>(24)</sup>

“Dada la preeminencia reconocida a la Ontología, se desprende, que los demás temas de la Filosofía del Derecho, el de la lógica jurídica formal, el de la lógica jurídica trascendental y el de la axiología derivan de aquél”.<sup>(25)</sup>

“La conducta humana -dice Fernández Sessarego- es la Materia de la Ontología Fundamental, pero “la conducta humana que interesa a la Ontología Jurídica, es la conducta humana “jurídica” en relación <sup>(26)</sup> con otros elementos: la norma jurídica y el valor jurídico”.<sup>(27)</sup>

<sup>(16)</sup>- JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN: “La Justicia”, editorial “Relieves Americanos”, Lima, 1998, p. 1. Citado por Mario Alzamora Valdez en ob. y loc. cit. p. 101.

<sup>(17)</sup>- Ibid, p. 101, <sup>(18)</sup>- Ibid, p. 101, <sup>(19)</sup>- Ibidem. <sup>(20)</sup>- Ibidem.

<sup>(21)</sup>- Bosquejo para una determinación Ontológica del Derecho. (Tesis) Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1998, p. 1. Citado por Mario Alzamora Valdez en ob. y loc. cit. p. 101.

<sup>(22)</sup>- Ibid, p. 101, <sup>(23)</sup>- Ibid, p. 101, <sup>(24)</sup>- Ibid, p. 101, <sup>(25)</sup>- Bosquejo, p. 35. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 101.

<sup>(26)</sup>- Ibid, p. 101. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 101, <sup>(27)</sup>- Ibid, p. 101.



“Fernández Sessarego, realiza un examen de las diversas categorías o grupos de objetos, para situar el derecho en el mundo de la cultura”.<sup>(28)</sup>

“El objeto del derecho nos dice -con manifiesta inspiración en la Egología- es conducta humana -vida viviente- cuya esencia es la libertad que al extravertirse deja un rasgo, que proporciona al sustracto (la vida misma) su sentido, derivado de un valor”.<sup>(29)</sup>

“Esta conducta, es conducta jurídica, cuando en su interferencia intersubjetiva, esto es, en cuanto vida viviente, realiza o deja de realizar valores éticos de comunidad.”<sup>(30)</sup>

“La tesis que examinamos, se enfrenta no sólo al racionalismo, sino al normativismo y a aquella otra que sostiene que el derecho está constituido por “seres ideales objetivados”.<sup>(31)</sup>

“Es interesante precisar, como cuestión ontológica central, que la esencia de la conducta radica en la exteriorización de la libertad, afirma el autor comentado, al igual que Cossio, en la “libertad metafísicamente fenomenalizada. La libertad que aparece en el mundo fenoménico; hecha acción, entre las cosas”.<sup>(32)</sup>

“Pero el derecho -y éste es el mayor mérito de Fernández Sessarego que bosquejó desde su ángulo, en 1950, la teoría tridimensional-, no es sólo conducta, sino que está formado por tres elementos norma -pensamiento-; conducta humana -objeto-, y valor -finalidad-. Tres elementos que pertenecen al ámbito del derecho, que se exigen mutuamente, y que al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica. Ninguno de los tres está fuera del derecho, mas ninguno por sí, es derecho. Ni el pensamiento del Derecho es Derecho: ni el objeto del Derecho es Derecho; ni el valor jurídico es Derecho. El Derecho como ciencia es la integración forzosa, ineludible, de aquellos tres elementos”.<sup>(33)</sup>

“Las normas constituyen el aparato lógico-gnoseológico del derecho y están constituidas por los pensamientos con los que nos representamos la conducta humana. Los valores jurídicos cuya objetividad es “una objetividad en la vida humana”<sup>(34)</sup> son realizados en la conducta puesto que las normas no tienden hacia los valores, son neutras frente a ellos, ya que se limitan a representar una conducta que puede ser o no valiosa”.<sup>(35)</sup>

“De esta tridimensionalidad del derecho, concluye Fernández Sessarego, con relación a la Ciencia Jurídica, que ésta, en cuanto estudia la conducta, la norma y el valor, se divide en tres disciplinas: Ontología, Lógica y Estimativa”.<sup>(36)</sup>

“Esta tridimensionalidad imbuye también la concepción del autor sobre la persona. Persona es el hombre en relación con otros hombres “en la interferencia de sus conductas” (¿quién es persona?) aprehendido a través de una construcción lógico normativa (¿qué es persona?), que realiza valores (personalidad)”.<sup>(37)</sup>

<sup>(28)</sup>- Ibid, p. 113 y 115.

<sup>(29)</sup>- Ibidem.

<sup>(30)</sup>- Ibidem.

<sup>(31)</sup>- LUIS RECASENS SICHES: “Crítica a la Posición”, p. 100. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 110.

<sup>(32)</sup>- Ibid, p. 111. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 110.

<sup>(33)</sup>- Ibid, p. 117. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 111.

<sup>(34)</sup>- Ibid, p. 100. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 111.

<sup>(35)</sup>- Ibid, p. 111.

<sup>(36)</sup>- Ibid, p. 111.

<sup>(37)</sup>- “La noción jurídica de Persona”. Editorial San Marcos, Lima, 1981, pp. 100,101. Citado por Mario Alzamora Valdez ob. loc. cit., p. 111.

**IV.- La Verdad constituyó otro de los grandes ejes del pensamiento de Mario Alzamora Valdez.**- El tema lo desarrolló a través de varios folletos: “La Verdad en el Proceso Civil” publicado en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 5 de noviembre de 1952; “La Verdad en el Proceso Civil” publicado en Mercurio Peruano, 1952; “Bases Jurídicas de la Verdad en el Proceso” Revista del Foro, enero-marzo de 1967.

En el tema, Alzamora cita a los grandes maestros de la escuela alemana que han generado esta polémica: Joseph Köhler, Stein-Jonas, Konrad Hellwig, James Goldschmidt y luego de citar a Kisch y a Carnelutti, concluye sosteniendo que **«existe un deber jurídico de decir la verdad en el Proceso Civil. La infracción unilateral de ese deber debe sancionarse. La infracción bilateral emula el proceso».**

Como se advierte desde el saque, hay una referencia metodológica y epistemológica a los grandes maestros alemanes e italianos que fueron los constructores de la Ciencia del Proceso.

Este es lo que caracteriza estilística y metodológicamente a los que hacen Ciencia del Proceso, a diferencia de los “procedimentalistas” o “proceduristas” que ignoran los antecedentes doctrinarios de un tema dado en el Derecho Comparado, en la Historiografía del proceso y en su Hermenéutica o teoría de la Interpretación, como ahora lo compruebo a la luz de los planteamientos de Walter Schönfeld, de Karl Larenz y de Cossio, etc, doctrinas que, constituyen la esencia y el punto de partida de la hermeneútica contemporánea y que me han llevado a exponer y tratar estas doctrinas en paginas precedentes (Cfr. retro, pp. 232 a 238).

En la procesalística contemporánea hay una escuela que bien podría ser calificada de neopositivista. Aludo al “eficientismo”. Esta escuela, minimiza, ignora, desconoce o no le interesa mayormente desarrollar en la teoría de la sentencia a la Filosofía del Derecho. Los así llamados “eficientistas” por razones de simplicidad y concreción o pragmatismo inciden sólo en la singularidad del caso dado y/o en la concreción de un concepto.

Es pues, en definitiva, casuismo. Tendencia simplista y moda efímera para los pragmáticos, cuyo ideario sería un vademecum de la concreción. Según los representantes de esta escuela las sentencias y los informes en Sala no deben incidir tanto sobre la doctrina y el sistema cuanto sobre lo que concretamente resulta de la apreciación de la prueba, a fojas tal. Claro está; yo estoy de acuerdo con la concreción y la precisión en la técnica de los informes forenses y con el estilo de redacción breve y preciso en todas las resoluciones judiciales. Personalmente, al dirigir una audiencia he llamado la atención, más de una vez, a los señores abogados diciéndoles, para contener sus excesos retóricos: “pase usted a los hechos, Señor abogado, los Jueces conocen el Derecho”.

Y esta, es también, en esencia, a lo que se contrae la moda eficientista. Por eso es que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, al definir la palabra “eficiencia” dice que: “Es la virtud y facultad para lograr un efecto determinado”. Es obvio que el abogado ante los tribunales no pretenderá argumentar sobre la verdad o sobre la científicidad de una disciplina, llámese la Ciencia del Derecho Procesal o la Ciencia del Derecho Civil, Penal o Constitucional, etc., lo único que le interesa y procede es demostrar que la demanda o el recurso sea fundado a la luz de los argumento concretos que fluyen del expediente.

Eficientismo es pues, concreción a un esquema lógico dentro de un caso dado y esto sirve para argumentar judicialmente. Es una teoría para la argumentación y razonamiento judicial que debe ser breve, preciso, ordenado y concreto.



Mas, la Ciencia del Derecho tiene otros fines y cuestiones trascendentales y que por cierto van más allá, mucho más allá, de los limitados horizontes de la metodología eficientista, buena para la praxis pero inidónea para la epistemología del Derecho Procesal que, científicamente, debe fundamentarse en la Historiografía, en el sistema, en el Derecho Comparado y en la Hermenéutica.

Y esto es lo que nos enseñó el maestro Alzamora Valdez. Por ello considero que la moda eficientista ni es sucesora ni es sucedánea de la gran escuela sistemática, a la luz de la cual escribieron sus hermosos libros los grandes maestros, los grandes clásicos de la ciencia del proceso.

En su obra cumbre, "Teoría General del Proceso", de la que hay nueve ediciones a partir de la primera publicada por la editorial Studium, Lima 1955, el maestro estudia la historia y la naturaleza del Proceso y de la relación procesal. El tema es tan amplio, tan vasto, tan hermoso y tan profundo que todos ustedes, Señores, bien podrían decirme, como los viejos sabios maestros de la escuela de Bolonia: «Advocatus: venite ad factum iura novit curia», Y ustedes que me están juzgando podrían, de plano, cortarme el uso de la palabra para exigirme, también, la concreción. Me consuela también el saber que todos ustedes, distinguidos colegas y amigos todos, han leído a este gran clásico que siempre debería estar presente en cualquier meditación procesal, como lo es también su obra "Teoría General del Proceso Ordinario", Lima 1966.

En su estudio «La celeridad y la oralidad en el Proceso Civil», publicado en la revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Marcos, Año XXVIII, N° 1, 1964, pág. 209 y siguientes que «Las dos preocupaciones más importantes de la ciencia Procesal contemporánea son, sin duda, el mayor acierto en los fallos y la celeridad en la tramitación de los procesos».

«Ambas preocupaciones expresan dos anhelos permanentes del hombre: por una justicia mejor y por una justicia más rápida. La exigencia de celeridad es tan necesaria como la del acierto. Bellamente escribió, para justificarla, Couture, una frase que la traduce con exactitud: **"en el proceso, el tiempo no sólo es oro, es algo más: es la justicia misma"**.

"Enseña Hauriou que el litigio, el conflicto de intereses, para decirlo con frase de Carnelutti, es una situación de hecho, que debe canalizarse por los cauces del derecho mediante una sentencia judicial. Esto quiere decir, que el retardo en administrar justicia, perjudica el orden social, puesto que prolonga la persistencia de ese estado de hecho".

Quienes escuchamos en aquella oportunidad esta hermosa conferencia del Doctor Alzamora Valdez, nos propusimos la necesaria tarea de la reforma, habida cuenta que el viejo Código de Procedimientos Civiles era un Código obsoleto, de inspiración medieval y que reflejaba la crisis de la administración de justicia en el Perú, es decir, la lentitud y la falta de reglas morales para sancionar a las inconductas procesales.

Esta crisis es tridimensional: crisis normativa, crisis humana y crisis infraestructural.

La crisis humana es crisis de hombres, crisis de magistrados. Para resolverla es necesario un requisito fundamental: que los jueces sean hombres con recia personalidad y si saben un poco de Derecho, tanto mejor. Ahora bien, es preciso seleccionar a los jueces con un drástico criterio y no con criterios políticos que den lugar al aventurerismo y al oportunismo político.



Para ello es necesario un ente de drástica y rigurosa selección que también esté integrado por juristas de probada ejecutoria democrática, que sean absolutamente independientes y que no se inclinen genuflectivamente ante las consignas partidarias, ni ante los grupos de presión. Tal debe ser el Consejo Nacional de la Magistratura, un organismo al que todos respetemos con singular devoción, por su capacidad, por su probidad, por su independencia, por su altura y majestad profesional. Es elemental que quienes lo integran sean pues juristas. No basta que sean abogados. Deben ser doctores en Derecho. Comprobadamente “doctores” o grandes abogados. Paradojalmente lo integran profesionales legos en Derecho, advenedizos que nunca han estudiado Derecho y que allí están por oportunismo circunstancial propiciado por la demagogia de los políticos y la debilidad de quienes deben decir las cosas con claridad y no las dicen, por las tres razones del Oidor, que decía don Ricardo Palma en una de sus célebres “Tradiciones Peruanas”. Mario Alzamora Valdez aludió al tema en su estudio intitulado **“El Consejo Nacional de Justicia. Antecedentes en el Perú y Legislación Comparada”**, Lima, 1973. Lo trágico es que los jueces y vocales nombrados por este organismo se vuelven después pusilánimes y títeres del Consejo, pues, está probado que tienen miedo de enfrentarse a sus inicuas decisiones por las mismas razones del Oidor según el decir de don Ricardo Palma.

“En los momentos culminantes de la consustancial crisis política que afecta al País, se han propuesto, de modo casi invariable, dos reformas institucionales: la del Poder Judicial y la de la Universidad. “Reforma Judicial” y “Reforma Universitaria” he aquí dos grandes y no logradas aspiraciones. Mientras en este último caso se sigue creyendo que la reforma se agota con la dación de una ley, y se han dictado varias; en el primero no se ha pasado -hasta hacer poco- de proyectos. Después del largo período de gobierno que se extendió entre 1919 y 1930, se buscó un sistema que permitiera eliminar la interferencia política en las designaciones judiciales. A partir de esa época se elaboraron diversos proyectos que han coincidido en la idea de crear una asamblea independiente, formada por miembros del propio Poder Judicial o por delegados de éste, de los otros poderes del estado, de los Colegios de Abogados y de las Facultades de Derecho de las Universidades, que asumiera tan delicada y grave tarea.<sup>(38)</sup>

“La designación de los jueces -delicado prerequisite de la administración de justicia- se realiza en algunos países por los electores o por órganos políticos, aunque no siempre con criterio político, como en el caso de Gran Bretaña; y en otros, corresponde a cuerpos técnicos integrados por personas de reconocida calidad moral e independientes frente a todo compromiso. Cuando prima el factor político, la selección no siempre es adecuada y el nombrado queda expuesto a todo tipo de presiones e influencias; en los casos en que intervienen cuerpos técnicos idóneos, se puede llegar a constituir una magistratura formada por jueces probos, de elevada preparación profesional y con clara conciencia de su función”.

“En el Perú, las designaciones judiciales (salvo las de los jueces de paz: propuestos por los de primera instancia y nombrados por las cortes superiores) se han efectuado a través de los canales políticos. De aquí el reclamo insistente -desde comienzos del segundo tercio de este siglo- de juristas, de los propios magistrados, de los Colegios de Abogados y de las Universidades, para que se modifique la Constitución del Estado<sup>(39)</sup> y se establezca un Consejo Nacional de Justicia o Consejo Nacional de la Magistratura que realice tan importante y tan ardua tarea”.<sup>(40)</sup>

(38).- MARIO ALZAMORA VALDEZ: “El Consejo Nacional de Justicia”, p. 107.

(39).- Art. 122 y 123. Citado por MARIO ALZAMORA VALDEZ, p. 107.

(40).- MARIO ALZAMORA VALDEZ: “El Consejo Nacional de Justicia”, p. 103.

“El estudio concluye así : “Tales son los sistemas principales adoptados hasta hoy para lograr el mayor acierto posible en la nominación de los integrantes de la magistratura. Tarea aquella delicada y ardua, que exige que quienes la ejerzan piensen, como enseña el filósofo del derecho W. Sauer, que la función judicial requiere “juicio objetivo e imparcial sin consideración de personas, clara visión de los hechos, conocimiento seguro de los hombres, entereza respecto del superior, benevolencia para con el inferior, inhibición de la personalidad, relegándola a segundo término en beneficio de la cosa misma, y, en definitiva, de la colectividad o aun de la misma Humanidad, eliminando toda influencia partidista”.”<sup>(41)</sup>

La crisis procesal es, pues, como decíamos, tridimensional: crisis de hombres, crisis normativa y crisis infraestructural. La crisis normativa está dada por la obsolescencia y hasta por la inconstitucionalidad de las normas procesales.

El nuevo Código de 1993, como toda obra humana, tiene sus virtudes y tiene sus defectos. Entre sus virtudes está la consagración de la regla moral en el proceso, que es una recepción de las doctrinas del maestro Alzamora Valdez, consagradas por nosotros en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que de ésta pasó al Código vigente. Entre sus graves desaciertos están la falta de sistema, de claridad y de orden. Un buen Código está dirigido al pueblo quien lo debe leer como se lee al Código de Napoleón: todo claridad, todo luminosidad, todo modelo de estilística- como cuando uno lee una buena obra literaria, que todos la comprenden y la admiran. Pero, los códigos no se escriben solamente para los iniciados. No son, pues, obras esotéricas. Tampoco deben ser contradictorios, ni menos inconstitucionales o antijurídicos, como sucede con el Código de 1993 que, por ello, debe ser tarde o temprano reformado, por ser inconstitucional en muchos de sus artículos. Alzamora Valdez aludió a esto cuando se refirió a los fundamentos doctrinarios del Código Procesal Civil.

Y en su Homenaje a Eduardo J. Couture, publicado en la Revista de Derecho y Ciencia Política, año 1956, pág. 18 y siguientes, dijo que: «El proceso debe considerarse no como en un fin de sí mismo, sino como un simple medio que tiene por objeto la satisfacción de intereses legítimos del individuo y de las necesidades sociales». (ob. cit. pag. 23. comentando al proyecto).

El hombre, considerado desde el punto de vista jurídico, sabe que está sometido a dos círculos, dice el Doctor León Barandiarán: «un límite máximo a su libertad, pues siempre hay un mínimo de prohibición en lo que atañe a lo que no puede hacer (límite que esa libertad no puede superar), y un límite mínimo de libertad, pues siempre lo prohibido ha de encontrar un máximo (que por lo mismo no puede superar, en cuanto a que en lo personal puede hacer»).

“Ya que el derecho se muestra como un conjunto de normas, expresa el maestro de San Marcos, al comentar el nuevo movimiento jurídico europeo, lo que importa es determinar la estructura formal de la norma (problema lógico) y su consistencia óptica-ontológica debiéndose encontrar aquí, por el propio carácter de lo normativo, una estimación axiológica.”<sup>(42)</sup>

“El problema cardinal sobre la estructura de lo jurídico está pues, en determinar el «vínculo de adecuación» entre esa forma lógica y esa consistencia ontológica y axiológica”.

<sup>(41)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ: “El Consejo Nacional de Justicia”, p. 29.

<sup>(42)</sup>- “El movimiento Jurídico Europeo”. Revista del Foro, Año XI. N° 3 Setiembre-Diciembre de 1956. Lima. p. 427



«El distinguido profesor de Derecho Civil de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego, es autor de dos trabajos jusfilosóficos de evidente valor y mérito, inspirados por las nuevas ideas. «Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho» se denomina el primero; y «La Noción Jurídica de Persona», el segundo».<sup>(43)</sup>

«Pero el derecho, y éste es el mayor mérito de Fernández Sessarego que bosquejó desde su ángulo, en 1950, la teoría tridimensional, no es sólo conducta, sino que está formado por tres elementos norma -pensamiento-; conducta humana -objeto-, y valor finalidad- Tres elementos que pertenecen al ámbito del derecho, que se exigen mutuamente, y que al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica. Ninguno de los tres está fuera del derecho, más ninguno por sí, es derecho. Ni el pensamiento del Derecho es Derecho: ni el objeto del Derecho es Derecho, ni el valor jurídico es Derecho. El Derecho como ciencia es la integración forzosa, ineludible, de aquellos tres elementos».<sup>(44)</sup>

«Las normas constituyen el aparato lógico-gnoseológico del derecho y están constituidas por los pensamientos con los que nos representamos la conducta humana. Los valores jurídicos cuya objetividad es «una objetividad en la vida humana» son realizados en la conducta puesto que las normas no tienden hacia los Valores, son neutras frente a ellos, ya que se limitan a representar una conducta que puede ser o no valiosa».<sup>(45)</sup>

«De esta tridimensionalidad del derecho, concluye Fernández Sessarego, con relación a la Ciencia Jurídica, que ésta, en cuanto estudia la conducta, la norma y el valor, se divide en tres disciplinas: Ontología, Lógica y Estimativa».<sup>(46)</sup>

«Esta tridimensionalidad incluye también la concepción del autor sobre la persona. Persona es el hombre en relación con otros hombres «en la interferencia de sus conductas» (¿quién es persona?) Aprehendido a través de una construcción lógico normativa (¿qué es persona?). Que realiza valores (personalidad)».<sup>(47)</sup>

**V.- EL HUMANISMO DE ALZAMORA VALDEZ.**- En su obra «Los Derechos Humanos y su protección», editorial Edili, Lima, 1977, Alzamora Valdez sostiene que «el humanismo entendido como vocación permanente de humanidad pertenece a la esencia del hombre».

En nota de pie de página, nota 1, nos dice que «Humanismo es una palabra reciente. No se encuentra ni en la Enciclopedia de Diderot, ni en la de Littré que no contiene sino las palabras «humanista» y «humanidades» (que se refieren, respectivamente, a la persona que estudia humanidades y a las letras humanas: gramática, griego, latín, poesía, retórica). Se trata de una actitud, a la vez que concepción que se refleja sobre aquella el humanismo ha revestido en Occidente las formas del llamado humanismo clásico, del humanismo marxista y del humanismo existencialista.

La obra citada de Alzamora Valdez constituye, a mi modo de ver, la reflexión final de su pensamiento filosófico y jurídico. Se trata de una verdadera Antropología filosófica y jurídica en la que ya no Dios, como nos lo enseña el Tomismo, sino, el hombre, se convierte en centro y eje del sistema.

(43).- MARIO ALZAMORA VALDEZ, «La Filosofía del Derecho en el Perú», p. 421. Lima, 1964

(44).- MARIO ALZAMORA VALDEZ, «La Filosofía del Derecho en el Perú», p. 123 y 124. Lima, 1964.

(45).- Ob. cit., p. 123 y 124.

(46).- Ob. cit., p. 123 y 124.

(47).- «La Noción Jurídica de Persona». Editorial San Marcos. Lima 1963, p. 178 y 179. Texto de Mario Alzamora Valdez.



Esta meditación alzamoriana trata en su capítulo II sobre los derechos de la persona humana; capítulo III: antecedentes históricos; capítulo IV Declaraciones y Convenciones internacionales de Derechos Humanos; capítulo V La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; capítulo VI: La Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales la Carta Social Europea; capítulo VII: Los derechos y los deberes del hombre en las Declaraciones y Convenciones internacionales; capítulo VIII: La Iglesia y los derechos humanos; capítulo IX: Protección esta tal; capítulo X: Los organismos internacionales; capítulo XI: Los derechos humanos en la Constitución de 1979 y capítulo XII: Protección de los derechos humanos, en donde, a la luz de la Constitución y de la Lev 23506 analiza las acciones de amparo y Habeas Corpus.

Habría sido interesante, que el Maestro hubiera insertado en su libro, el razonamiento judicial en las grandes sentencias de nuestra Corte Suprema, que las hay -y muy brillantes- por cierto.

**VI.- PERFILES DE SU PENSAMIENTO PROCESAL Y UBICACIÓN DE SUS DOCTRINAS EN LA HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL PERUANO.-** En la ciencia del Proceso, Alzamora Valdez, no solamente es el gran clásico por antonomasia sino, que es, y así debe constar en toda reflexión de Historiografía del Proceso como el gran iniciador y artífice, como el jefe de escuela del procesalismo en el Perú.

Es lamentable decir -pero hay que decirlo- que los jóvenes que no tuvieron la suerte de escucharlo y, en general, todas aquellas Facultades de Derecho que no tuvieron la honra de contarle entre sus profesores de planta no sólo se perdieron a un gran formador intelectual sino, sobre todo, a un gran forjador de vocaciones.

Sus doctrinas se consagraron en el Congreso Internacional de Juristas con el que San Marcos celebró en 1951 su cuatricentenario.

En tal oportunidad, presentes los maestros Francisco Carnelutti, Hugo Alsina, Diómedes Arias Schreiber y Max Arias Schreiber, entre otros notables profesores, planteó su ponencia intitulada «La verdad y el Proceso Civil» en la cual sostuvo: «El deber de decir la verdad en el Proceso Civil, que ha sido discutido con amplitud en otros países, como cuestión teórica, es nueva entre nosotros».

«El planteamiento del problema, en términos generales, se resuelve en estas preguntas: ¿tiene carácter jurídico el deber de decir la verdad en el Proceso Civil? ¿Es legítima la distinción entre la verdad en el proceso, constituida sobre los hechos tales como las partes que los presentan y la verdad en sí?».

Alzamora Valdez desarrolló magistralmente este problema que nuevamente lo recojo y que debe confrontarse en la revista de Derecho y Ciencia Política, órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, 1952, pág. 5 10 y siguientes.

“¿Puede ser eficaz un código que adolece de contradicciones?”. Esta cuestión era planteada una y otra vez en sus conferencias. Por ello y por la vastedad enciclopédica de sus conocimientos sus discípulos llevamos a Mario Alzamora Valdez al Decanato del Colegio de Abogados en el que, por unanimidad, fue elegido en 1966 y reelecto en 1967. Mucho incidió sobre

este aspecto su concepción de la abogacía de la que trató en sus «Tres conferencias sobre el hombre de derecho», 1) La profesión de abogado, 2) Elogio de un magistrado, 3) Elogio de un jurista: Julián Guillermo Romero, Lima 1963, separata de la Revista de Derecho y Ciencia Política, año 27, 1963.

Al tratar sobre la Abogacía, Alzamora nos dice que “El hombre de Derecho, se caracteriza por su constante afán de justicia”.

«La moderna psicología estructural que prescinde de los elementos para llegar a la comprensión de formas más generales, considera al jurista, junto con el técnico y el maestro, como tipos complejos de vida. En efecto, a menudo se juntan en el espíritu de quien consagra su vida al Derecho, los rasgos del hombre económico, del teórico, del estético, del social, y aún del político y del religioso».<sup>(48)</sup>

«Sin embargo, al ahondar en el alma del hombre de derecho, encontramos que es la justicia como anhelo, la que le imprime originales caracteres».<sup>(49)</sup>

Su análisis de antropología jurídica continúa dentro de un horizonte fenomenológico y estructural del «homo iuridicus», al que me remito confrontando las páginas 118 y 120 de la obra citada. Su visión tomista de la Filosofía hace parafrasear, una vez más al Doctor Angelico: «El hombre como persona, es lo más noble del universo, un mundo espiritual y libre.»<sup>(50)</sup>

«No puede restablecerse ningún sistema de derecho que deje de considerar la espiritualidad y la libertad de los hombres».<sup>(51)</sup>

«Si bien es cierto que la sociedad política, ha surgido de la naturaleza del hombre, debe ser considerada sólo en servicio del bien común que el mismo Santo Tomás llama bien ético, perfectio totius comunitatis».<sup>(52)</sup>

«Tal es la misión y la ambición del abogado: elevar los hechos para lograr el ideal del derecho».<sup>(53)</sup>

“Somos, pues, los intermediarios entre esos dos mundos; uno constituido por las debilidades, las flaquezas y las pequeñeces del hombre, que deposita en nosotros hasta sus más íntimos secretos, y el otro forjado con las imágenes de la Justicia y de la verdad. He aquí la miseria y la grandeza de esta tarea humana que es nuestra profesión”.<sup>(54)</sup>

En su estudio sobre el Doctor Germán Aparicio y Gómez Sánchez intitulado, según el estilo y el decir de Piero Calamandrei, «Elogio de un Magistrado», nos enseña que «El signo verdadero del hombre justo es la probidad. Con hondura y emoción profundamente sentidas, el maestro florentino Piero Calamandrei en su bello «Elogio de los jueces escrito por un abogado» - cuyo espíritu evoco en este momento- dibuja con trazos inimitables la vida de aquellos».<sup>(55)</sup>

<sup>(48)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ, «La Abogacía»: Tres conferencias sobre el hombre de Derecho., editado por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., p. 110, Lima 1963.

<sup>(49)</sup>- Ob. cit. p. 11.

<sup>(50)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ, «La Abogacía: Tres conferencias sobre el hombre de Derecho», editado por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., p. 110, Lima 1963.

<sup>(51)</sup>- Ob. cit., p. 110.

<sup>(52)</sup>- Ob. cit., p. 110.

<sup>(53)</sup>- Ob. loc. cit., p. 110.

<sup>(54)</sup>- Ob. loc. cit., p. 110.

<sup>(55)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ, «La Abogacía: Tres conferencias sobre el hombre de Derecho», editado por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., p. 110 y 111, Lima 1963.

«En ciertas ciudades de Holanda -dice Calamandrei- viven en oscuras tienduchas los talladores de piedras preciosas, los cuales pasan todo el día trabajando en pensar, sobre ciertas balanzas de precisión de piedras tan raras, que bastaría una sola para sacarlos para siempre de su miseria. Y, después, cada noche, una vez que las han entregado fulgidas a fuerza de trabajo, a quienes ansiosamente los esperan, serenos preparan sobre la misma mesa en que han pesado tesoros ajenos, su cena frugal y parten sin envidia con aquellas manos que han trabajado los diamantes de los ricos, el pan honrado de su pobreza. También el juez vive así».<sup>(56)</sup>

«Para juzgar debe el hombre liberarse de afectos, de pasiones, hasta de sentimientos; vencer intereses, cualesquiera que ellos sean, y situarse en un peldaño más alto que el de la existencia humana común».<sup>(57)</sup>

«Por eso, lo más dramático de la existencia del juez es la soledad y, como si este heroísmo no bastara, debe realizar otros: depurar su espíritu de todo rencor frente a los que revelaron falta de fé en la justicia, frente a los que no supieron comprender su misión, frente a aquellos que lo ofendieron desde las deleznable alturas del poder abusivo o de la opulencia inmoral».<sup>(58)</sup>

«El juez debe razonar con fría imparcialidad: el abogado lleva la voz esperanzada de la parte; el juez representa el interés de la sociedad: el abogado encarna los derechos del hombre concreto; el juez pronuncia la palabra de la ley, el abogado, como lo recordó el maestro Carnelutti en esta misma tribuna es el intérprete que traduce el lenguaje jurídico las tribulaciones de quienes han menester de justicia».<sup>(59)</sup>

Y al comparar la misión del Juez con la del Abogado, nos dice que «El juez imparte la justicia. El abogado la acerca al pueblo. No son los jueces quienes descienden de su sitial para mezclarse con el común de las gentes, sino los abogados que representan libre elección y confianza, los que realizan la función de verdaderos «heraldos de la justicia» en el seno de la sociedad».<sup>(60)</sup>

«El juez y el abogado que se identifican en una común aspiración hacia esos mismos ideales de justicia, se vinculan honradamente en la raíz humana del derecho, que es el medio para armonizar a los hombres cuando el amor huido de ellos, como reza el hermoso poema de Schiller».<sup>(61)</sup>

A la luz de estas premisas de Antropología Filosófica hace la semblanza de un extraordinario magistrado: don Germán Aparicio y Gómez Sánchez, y una frase suya, lo pinta de cuerpo entero: «Yo no ambiciono otro título que el de Juez»; y esta singularidad de autorretrato constituye el más preciado blasón que más de alguno de nosotros hubiéramos querido resumir con laconismo autobiográfico.

Finalmente, al hacer la semblanza de don **JULIÁN GUILLERMO ROMERO** sostiene que *éste fue el verdadero precursor de la fase científica del Derecho Procesal en el Perú.*

<sup>56</sup>.- Ob. cit., pp. 124 y 125.

<sup>57</sup>.- Ob. cit., pp. 124 y 125.

<sup>58</sup>.- Ob. loc. cit., pp. 124 y 125.

<sup>59</sup>.- Ob. cit., pp. 124 y 125.

<sup>60</sup>.- MARIO ALZAMORA VALDEZ: "La Abogacía: Tres conferencias sobre el hombre de Derecho," editado por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., pp. 115 y 116, Lima, 1963.

<sup>61</sup>.- Ob. cit. pp. 115 y 116.



«Los “Estudios de Legislación Procesal” constituyen el puente entre el arcaico procedimentalismo y el nuevo procesalismo: publicado el primer tomo en 1914, antecedió en cinco años al «Manual de Procedimiento Civil y Penal» de Tomas Jofré, celebrado iniciador de la ciencia procesal argentina, cuya obra data de 1919».<sup>(62)</sup>

«Los Estudios» del maestro de San Marcos, no constituyen obra de pura exégesis; anuncian ya, bajo la inspiración de Mattiolo y de Mortara - los dos más grandes autores de las teorías científicas particulares -según el decir de Camelutti-, las bases en que se funda la moderna disciplina del proceso que irradió el genio de Chiovenda».<sup>(63)</sup>

«Para estudiar el derecho positivo debe tomarse como fuente y punto de partida su historia. De acuerdo con ese método, Romero analiza con minuciosidad insuperada, el camino que ha seguido la evolución de nuestras leyes procesales durante el siglo XIX hasta el momento en que por iniciativa desinteresada de ilustres juristas se constituye -el 15 de abril de 1904- el Comité de Reforma Procesal al que se debe el Código vigente».<sup>(64)</sup>

«La historia, la legislación comparada, la jurisprudencia de nuestros tribunales, el pensamiento de los autores nacionales, las obras de tratadistas españoles como Manresa, Caravantes, Valverde, De la Colina, de franceses como: Geny, Garssonet, Glasson y de los italianos, desde Mattiolo hasta Chiovenda, constituyen otros tantos elementos, que aprovechó Romero con hondura de criterio, con claridad de comprensión y con envidiable espíritu de síntesis».<sup>(65)</sup>

«Los juristas de esta hora inquieta y atormentada, tenemos el urgente e imperioso deber de ser fieles a ese pensamiento de quienes nos antecedieron, que exigen firme adhesión al derecho, a la justicia, y a la verdad».<sup>(66)</sup>

Concluyo. Yo agradezco al Señor Decano y a la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima la oportunidad de brindaros, en visión panorámica, la vida y el pensamiento de uno de los más brillantes y talentosos juristas y filósofos peruanos de todos los tiempos. Su pensamiento va más allá del siglo XX y lo convierte en uno de los líderes del Tercer Milenio, el que, como dice el Papa, Su Santidad Juan Pablo II en su Encíclica «Tertio Milennio Adveniente», será una época de plenitud de los tiempos (parágrafo 1), en cuya dimensión escatológica los creyentes serán llamados a redescubrir la virtud de la esperanza (parágrafo 46).

E inspirándome en el pensamiento de Alzamora Valdez, yo concluyo citando el luminoso prólogo de la última encíclica del Papa, Su Santidad Juan Pablo II intitulada «Fides et ratio». «La fé y la razón (Fides et ratio), son como las dos alas con las cuales el espíritu humano se eleva hacia la contemplación de la verdad».

La fé y la razón han sido también la clave para comprender el sentido trascendental del pensamiento filosófico y jurídico del maestro Alzamora Valdez.

<sup>(62)</sup>- MARIO ALZAMORA VALDEZ: “La Abogacía: Tres conferencias sobre el hombre de Derecho,” editado por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., pp. 1<sup>ra</sup> a 10<sup>da</sup>, Lima, 1982.


<sup>(63)</sup>- Ob. cit., pp. 1<sup>ra</sup> a 10<sup>da</sup>.

<sup>(64)</sup>- Ob. loc. cit., pp. 1<sup>ra</sup> a 10<sup>da</sup>.

<sup>(65)</sup>- Ob. loc. cit., pp. 1<sup>ra</sup> a 10<sup>da</sup>.

<sup>(66)</sup>- Ibidem.

## CAPÍTULO CVIII



EL PENSAMIENTO JURÍDICO  
PERUANO Y LA ACADEMIA  
PERUANA DE DERECHO





## CAPÍTULO CVIII

# EL PENSAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y LA ACADEMIA PERUANA DE DERECHO

La Academia Peruana de Derecho encarna, a lo más brillante del pensamiento jurídico peruano de los últimos tiempos. Fué fundada en 1967 por el maestro Mario Alzamora Valdez cuando era Decano del Colegio de Abogados de Lima, con el objeto de promover la investigación y el estudio de las diversas disciplinas jurídicas, contribuir al progreso de la legislación, al mejoramiento de la jurisprudencia y a la preservación del Estado de Derecho, así como difundir la doctrina y el pensamiento de los juristas nacionales y coadyuvar a la eficiencia de los órganos jurisdiccionales. Estableció un *numerus clausus* según el cual los académicos de número no pueden ser más de treinta, pudiéndose invitar a los más calificados juristas extranjeros como Académicos Correspondientes. La incorporación a la Academia como miembro de número o como Académico Correspondiente constituye un reconocimiento a la trayectoria profesional, docente o de publicista del jurista que se incorpora como miembro. Evoco a continuación la vida y el pensamiento de algunos de sus más brillantes representantes.

En primer lugar, aludo a los Académicos Fundadores, cuyo primer Presidente fue el Dr. **ALBERTO ULLOA SOTOMAYOR**, nacido en Lima el 20 de diciembre de 1892, muerto en Miraflores el 27 de febrero de 1975, quien fue un brillante profesor de Derecho Internacional Público y de Historia Internacional y Diplomática del Perú en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos. Presidió la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y fué Miembro de Número de la Academia Peruana de la Lengua, así como de la Academia Peruana de la Historia. Su obra principal es un clásico libro de texto que todos hemos estudiado: su *"Derecho Internacional Público"*, en 2 volúmenes, Prólogo del profesor Dr. José Luís de Azcárraga, (4ª edición, Madrid, 1957; 1ª edición 1926, 2ª edición, 1938, 3ª edición, 1945); así como su *"Posición Internacional del Perú"*, escrito en 1941; *"Perú y Ecuador"*, 1942. Fundó en 1941 la *"Revista Peruana de Derecho Internacional"* y dirigió, asimismo, con el maestro Mariano Iberico, la *"Nueva Revista Peruana"*. Fue autor de una serie de estudios como *"La Doctrina de Monroe"*, 1923; *"Wilson y el Wilsonismo"*, 1924; *"La Liga de las Naciones y los Grandes Problemas de la Política Universal"*, Lima, 1927; *"El Fallo Arbitral del Presidente de los Estados Unidos de América en la Cuestión de Tacna y Arica"*, Lima, 1927; *"Estudio sobre don José Antonio Barrenechea"*, 1929; *"En Memoria de don Alberto Ulloa Cisneros"*, 1944; *"Don Nicolás de Piérola. Una época de la Historia del Perú"*, Imprenta Santa María, Lima, 1949. No tengo la menor duda de que fue el verdadero autor intelectual del famoso y célebre Protocolo de Río de Janeiro que estableció los límites del Perú con el Ecuador en 1941, cuando era Ministro de Relaciones exteriores el Dr. Don Alfredo Solf y Muro, ex-Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y ponente del libro IV del Código Civil Peruano de 1936.

## JOSÉ LUÍS BUSTAMANTE Y RIVERO

Nació en Arequipa el 15 de enero de 1894 y murió en Lima el 11 de enero de 1989. La figura de Bustamante y Rivero es la de un “hombre simbólico” de la Democracia en el Perú. Fue profesor de “Filosofía Moderna” y de “Historia de América” en la Facultad de Letras de la Universidad de San Agustín en Arequipa y de Derecho Procesal Civil y de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la misma Universidad de San Agustín en Arequipa. Fue Ministro Plenipotenciario en Uruguay de 1939 a 1942 y luego Ministro Plenipotenciario en Bolivia de 1934 a 1938 y de 1942 a 1945. En Julio de 1945, siendo candidato del Frente Democrático Nacional fue elegido Presidente de la República; pero, luego de tres años fue derrocado por un golpe militar. Exiliado, vivió en Buenos Aires, luego en Madrid y luego en París, regresando a la patria en 1955, en Lima llegó a ocupar el Decanato del Colegio de Abogados en 1960, y en ese mismo año fue designado Juez de la Corte Internacional de Justicia de la Haya llegando a ser Presidente de dicha alta Corte Internacional, siendo finalmente, designado Senador Vitalicio de la República.

Entre sus obras merecen relievase sus “Poemas”; su “Visión del Perú”, 1941; “Tratado de Derecho Civil Internacional”, 1943; “La Ideología de don Francisco García Calderón”, París, 1946; “Arequipa”, 1947; “Tres años de Lucha por la Democracia en el Perú”, 1949; “Panamericanismo e Iberoamericanismo”, 1951; “La ONU en el Palacio de Chaillot”, 1952; “Las Nuevas Concepciones Jurídicas sobre el alcance del mar territorial”, 1955; “Mensaje al Perú”, 1955; “Discurso de recepción en la Academia Peruana de la Lengua”, 1959; “La Corte Internacional de Justicia”, 1964; “Derecho del Mar”, 1972, etc.

Fue Miembro de Número de la Academia Peruana de la Lengua, desde 1956, y de la Academia Nacional de la Historia, desde 1968. En 1981 fue galardonado con las Palmas Magisteriales en el grado de Amauta.

---

Luego, al asumir las Fuerzas Armadas la conducción del gobierno de nuestra Patria, la Academia entró en receso, hasta que en 1990, el doctor Fernando Vidal Ramírez, Decano del Colegio de Abogados de Lima, propuso la reinstalación de la Academia Peruana de Derecho.

Los Académicos Fundadores propusieron, entonces, al doctor Carlos Rodríguez Pastor, quien fuera nuestro maestro de Derecho Romano y de Derecho del Trabajo en la Universidad de San Marcos.

Fueron Académicos Fundadores de la Academia Peruana de Derecho los maestros: Alberto Ulloa Sotomayor, José Luís Bustamante y Rivero, Mario Alzamora Valdez, Carlos Rodríguez Pastor, Ricardo Elías Aparicio, José León Barandiarán. José Félix Aramburú, Domingo García Rada, Andrés Aramburú Menchaca, Napoleón Valdez Tudela, Andrés León Montalván, René Boggio Amat y León, Javier Vargas y Vargas, Jorge Basadre Grohmann, Mariano Iberico Rodríguez, Ulises Montoya Manfredi, Raúl Ferrero Rebagliati, Eleodoro Romero Romaña. Guillermo García Montúfar, Luís Bramont Arias, Manuel G. Abastos, Manuel Cisneros Sánchez, Juan



Thol Pérez, Manuel Sánchez Palacios, Andrés Duany Dulanto, Ricardo Bustamante Cisneros, Oscar Miró Quesada de la Guerra, Jorge Ramírez Otárola, Jorge Eugenio Castañeda, Félix Navarro Irvine, Lizardo Alzamora Silva, Manuel García Calderón Koechlin y Enrique García Sayán.

## CARLOS RODRIGUEZ PASTOR

El maestro Carlos Rodríguez Pastor nació en Lima el 22 de mayo de 1900 y murió el 7 de noviembre de 1998. Su alto espiritualismo se inspira desde sus estudios de Primaria en el Colegio de Santo Tomás de Aquino; luego, en la Secundaria, estudió en el Seminario de Santo Toribio y sus estudios superiores en la Sección de Filosofía del Seminario Conciliar de Santo Toribio; doctorándose en Teología y Derecho Canónico en la Facultad de Teología de la Universidad de San Marcos en la que también se graduó como Doctor en Filosofía, Historia y Letras y, luego, se doctoró en Derecho Privado, también, en la Universidad de San Marcos. Inició su actividad docente en los Colegios de Guadalupe, Champañat, San Agustín, Santo Tomás de Aquino y Antonio Raymondi; y, luego, fué profesor en el Seminario de Santo Toribio, en la Universidad de San Marcos, en la Universidad Católica, en la Universidad Villarreal, en la Universidad de Lima, en el Instituto Pedagógico Nacional de Varones y en otros centros de enseñanza; lo que evidencia su *“eros pedagógico”*, es decir, su vocación innata por la docencia y por la contemplación en la cátedra de los valores del espíritu.

Fue Ministro de Educación y Fiscal Suplente de la Corte Suprema, después de haber sido Juez Suplente de Primera Instancia y Vocal Suplente del Tribunal Correccional de la Corte Superior de Lima, Director de Conferencias en el Colegio de Abogados de Lima y Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, entre otros altos cargos. Fué autor de *“Prontuario de Derecho Romano”*, Lima, 1937, segunda edición 1992; *“Temas del Derecho del Trabajo”*, *“Problemas Sociales Contemporáneos”*, *“Casuística Laboral”*; *“El Derecho del Trabajo Nacional”*, etc.

En 1958, bajo su guía y dirección - y bajo la inspiración de Carnelutti -quien ha sido el *“caposcuola”* de este tema -, escribí un estudio intitulado *“Los accidentes “in itinere” y la “infortunistica” laboral”*, estudio que el maestro me sugirió, bajo su patrocinio, que se convirtiera en mi tesis de bachillerato y que, luego, podría convertirse en toda una gran tesis doctoral. Tema fascinante. Empero, ya estaba contaminado por el *“pathos”* procesalístico causado por tres grupos de presión: 1.- *mi praxis profesional en el gran estudio de mi padre don Nicanor Silva Salgado, allá en Chiclayo*; 2.- *mi praxis profesional en Lima en el estudio del doctor Luís Ehecopar García y 3.- la influencia ideológica de Carnelutti causada por la lectura de sus grandes defensas en su libro “Contro Vento. Sette arringhe in difesa di Farinacci, lo sconosciuto di Collegno, Marciano, Graziani, Evola, Piccioni, Fenaroli”*, Morano, editore, Napoli, 1961, así como de su hermosa Prolusión: *“La lucha del Derecho contra el mal”* que corre en el tomo I de sus *“Lecciones sobre el Proceso Penal”*, tomo I, E.J.E.A, Buenos Aires, 1950; y, bajo el patrocinio de Mario Alzamora Valdez, sustenté la tesis intitlada *“La Mala Fé en el Proceso Civil”*. Hoy día, reflexionando sobre todo esto, bien podría parafrasear a Salvatore Satta, el gran procesalista de Nuoro, cuando dijo en el Prefacio a uno de sus libros :



*Voilà le firmament  
le reste est procédure.*

Años más tarde, en 1992, sus discípulos, sus amigos y colegas, le dedicamos un “Libro Homenaje” editado por Cultural Cuzco S.A., oportunidad en la cual, el suscrito, le dedicó un estudio intitulado “**El Derecho Procesal en la Edad Media**”, el mismo que lo he reeditado, corregido y aumentado en este mismo libro; véase, supra. pag. .. y que estaba precedido de este poema:

*A Carlos Rodríguez Pastor  
el maestro venerando  
que nos hizo vislumbrar  
el maravilloso hontanar  
de donde emerge la historia del Derecho  
y nos enseñó a amar con su carisma didascálico  
el arte de interpretar  
las Institutas  
la dogmática inmortal del “Infortiatum”,  
la áurea axiomática del Digestum Novum y del Vetus  
las doctrinas  
de Quinto Muscio Scaevola y de Ulpiano  
y la del Senado-Consulta Juvenciano  
y a leer con fervor  
a Gayo, a Casio Longino y Papiniano  
y a citar a Pomponio, a Modestino y Javoleno  
que esculpieron las fuentes doradas  
que la Glosa siglos más tarde analizara:  
allí están  
la “Summula de Pugna” y las “Quaestiones”,  
el “Speculum Judiciale” y las “Partidas”  
y la brillante “Palingenesia” de Otto lenel  
que el Maestro apasionadamente recordaba  
y también a Contardo Ferrini, a Fadda y Bensa  
y a Windscheid, Silvio Perozzi y Biondo Biondi  
al gran romanista, procesalista y civilista Emilio Betti  
y aún al “Hexabiblos” de Harmenopulos  
e incluso al “Tipukeitos” del Juez Patzez.  
Esta dedicatoria, en realidad, la inspira  
el amor filial y la ternura  
de Milagritos, mi hija muy querida,  
cuya infancia fue mi edad dorada  
y a cuya vera me surgió el ensueño  
de tornar al embrujante medioevo....*

J.A.S.V.  
1970 (allá en “la Ciudad evocadora”) -1991.

## JAVIER VARGAS



Nació en Lima en 1907 y falleció en el año 2001. Profesor de Historia del Derecho Peruano y Derecho Constitucional en la Universidad de San Marcos, Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Económicas en la Universidad Católica, de la que fue Decano; Profesor extraordinario de Derecho de Sucesiones en la Universidad San Martín de Porres y en la Universidad de Lima. Fue Secretario del Consejo de Ministros y asesor de la Presidencia de la República en el gobierno del doctor José Luís Bustamante y Rivero, Decano del ilustre Colegio de Abogados de Lima, Vicepresidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la que fue Miembro Honorario, distinción que también la tuvo de los Colegios de Abogados de Madrid, México y Buenos Aires y Presidente de la Academia Peruana de Derecho de 1996 al

2001. Fue autor de un libro muy enjundioso titulado “Historia del Derecho Peruano, Parte General y Derecho Incaico” (Historia de los intentos descentralistas en el Perú a través de su historia). Entre sus estudios más interesantes debo recordar algunos de los más significativos: “La Constitución de 1860”; “El Congreso Americano de 1864”; “Normas de trabajo en el Imperio de los Incas” (1981); “Matrimonio, Familia y Propiedad en el Imperio incaico” (1988); “La constitución de Huancayo” (1939); etc.

Al asumir la Presidencia de la Academia Peruana de Derecho en 1996 el doctor Javier Vargas sustentó un brillante discurso en el cual dijo: *“La primera Academia que la historia registra, tuvo un origen griego: una casa jardín donde Platón y otros filósofos prodigaron su sabiduría. Con el tiempo ha ostentado ese nombre toda sociedad científica, profesional, literaria o artística establecida con autoridad pública que observa con rigor las normas clásicas de su conocimiento. La nuestra tiene por fin, el estudio y desarrollo del Derecho con sus altos fines, que son el logro de la justicia y de la convivencia solidaria de todos los seres humanos”*.

*“En nuestros Estatutos hemos señalado entre los fines de la Academia, el fortalecimiento de un Estado de Derecho. Esto no significa que nos mezclemos en actividades de índole político-partidaria pero tampoco debemos olvidar que es un deber dejar oír nuestra voz en el estudio y solución de los grandes problemas de la nacionalidad. Ello nos obliga a precisar conceptos”*.

Y hablando del Estado dijo que: *“Teóricamente se crea por la voluntad soberana de constituirse, como lo soñaron Locke y Rousseau y tenemos un ejemplo contemporáneo con la creación del Estado de Israel. Originariamente pudo formarse por la voluntad de una élite o de un grupo que eslabonando o subsumiendo agrupaciones humanas independientes, formaron un Estado. Esta aglutinación pudo ser voluntaria como lo soñó el filósofo ginebrino, lo que pocas*



veces ocurrió, o forzada como tantos casos se han visto en la Historia. Así aconteció con el Estado Austro-Hungaro desarticulado después de la I Guerra Mundial o como en nuestros días lo fue en gran parte la Unión Soviética o Yugoslavia, hoy fragmentada tras una contienda llena de atrocidades”.

“La teoría de que el concepto de Estado es moderno, es una pretensión inaceptable de tratadistas europeos que vislumbran su aparición a través del tránsito de la época medioeval cuando la sociedad estaba segmentada por señoríos que desaparecieron por la fuerza compulsiva de los imperios monárquicos autoritarios de la época moderna hasta llegar al Estado democrático del Siglo XIX después de la Revolución Francesa, cuyo origen con sustento popular sufre notables eclipses en la época napoleónica o con la formación de los estados totalitarios de este siglo, pero ese es el caso de Europa, no de la Historia Universal. Nadie puede dudar de la existencia de un Estado egipcio o Caldeo-Asirio y del Estado griego en la llamada Historia Antigua, ni puede negarse la vivencia de un listado Incaico o de un listado Azteca en el continente americano de que Colón y los conquistadores hispano-lusitanos llegaron a él”.

“El concepto de Nación es diferente. Renán, en un magnífico ensayo la define como la comunidad de personas unidas por la raza, la religión, las costumbres, pero sobre todo, como elemento nuclear, por el sentimiento colectivo que los enlaza con los recuerdos del pasado, las necesidades compartidas del presente y los proyectos del futuro. Un típico caso de nación, sin constituir Estado, pues carecía de territorio y de autoridad vinculante, ha sido también la del pueblo judío, con su raza, religión, lenguaje preservados tenazmente, que se mantuvo como nación dispersa durante siglos con el ansia de redención que lo sostuvo hasta que pudo realizar el sueño de radicarse en el territorio que hoy ocupa. Es raro que se aglutinen todos los elementos señalados sobre todo en pueblos biraciales y mestizos como el nuestro y por ello mismo necesitamos enraizar ideales que nos vinculen solidariamente. La guerra con Chile, injusta y nefasta para nosotros, ha tenido un saldo favorable porque cuatro años de invasión despiadada y de resistencia heroica unió a nuestro pueblo. Los nombres de Grau, Bolognesi, Alfonso Ugarte, Cáceres, Leoncio Prado, del nobilísimo ciudadano argentino Saenz Peña y de tantos más, se honran en los pueblos más distantes de la sierra y de la costa y nos unifican en un sentimiento común”.

“Esta disertación no es vana; representa el anhelo de fortalecer al Perú como nación, de esforzarnos por conocer su pasado, de recordar sus glorias, penurias y otros episodios de su historia, de planear un Perú solidario y justo arquitecturando un futuro hermoso que sea esperanza y realidad para nuestros descendientes”.

“Y ahora preguntémonos que es el Derecho. Todos tenemos una noción de él pero los filósofos en esta materia han elaborado diversas teorías para explicar su evolución y su sentido, procurando presentarlo como ciencia; es decir, como un sistema de conocimientos metódicos y de aceptación general o negando esta calidad por sus transformaciones continuas que se alejan del concepto de lo que es ciencia en el mundo físico o natural”.

“Pero ¿dónde está su origen? Me atrevo a afirmar que el Derecho es inmanente al hombre. Desde el amanecer de la Humanidad surge la norma como un mandamiento divino para los que creen en la unidad del género humano. Leemos en las reseñas bíblicas el primer precepto dado al hombre: De todos los árboles del paraíso puedes comer pero del árbol de la ciencia del bien y del mal no comrás en modo alguno porque en el día en que comieres ciertamente morirás (Génesis 2:16). Se suman más tarde los preceptos del Decálogo revelado por Yahvé a Moisés en el Monte Sinaí: “No amarás a otro Dios que a mí... no matarás, no robarás, no adulterarás” (Exodo 20)”.



Después de pasar revista al Derecho en las culturas milenarias el Dr. Javier Vargas, nos habló del Derecho Natural “que se ha definido como el conjunto de preceptos universales incrustados en la naturaleza humana y destinados a una convivencia justa. Dicha creencia que se remonta a las primeras edades tuvo acogida por los sabios helenicos. «Sócrates afirma que el hombre justo debe obedecer no sólo a las leyes del Estado sino a las leyes no escritas de los dioses, válidas en todos los pueblos. Aristóteles se refiere a la distinción entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural, expresando, que este último es universal y no escrito. Entre los romanos, Cicerón afirma la existencia de la ley natural, modelo de todas las leyes humanas. Por eso haciendo una penetrante distinción entre lo legal (la ley positiva) y lo jurídico (la justicia), el ilustre pensador observa que es un absurdo creer que todo lo que se promulga como ley es justo. Los grandes juristas romanos (Quintiliano, Séneca, Gayo, Ulpiano ...) también distinguen entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural (jus gentium o jus natural)»”.

“Esta filosofía que impregnó el Derecho Romano, la acogieron los glosadores de Boloña y fueron defendidas con ardor por los padres de la Iglesia (San Agustín, San Ambrosio, Santo Tomás y sus seguidores) durante la Edad Media y Moderna y prácticamente rigió hasta los umbrales del Siglo XIX con la dación del Código Civil francés que orientó la codificación de Occidente y de América. En realidad, de verdad, era un Derecho que sólo respondía en parte a principios ideales de justicia porque existían instituciones antihumanas como la esclavitud e intereses egoístas que defender”.

“Contra esta escuela dogmática surge la llamada escuela histórica del derecho con Carlos Einhorn y sobre todo con Friedrich Karl von Savigny quienes profundizan estudios sobre el método positivo y apartándose de la teoría imperante de la idea abstracta dieron valor a la costumbre, a la evolución, considerando que si bien el Derecho persigue la estabilidad, que es uno de sus fines, es un producto evolutivo como el lenguaje y reivindica el valor de la opinión pública y otras manifestaciones sociales.

“Uno de sus continuadores Rudolph Von Ihering autor de «La Lucha por el Derecho» señala como vertientes que sustentan la paz, la libertad y la lucha contra la injusticia. Ihering contradice varios conceptos de Savigny a quien sin embargo rinde tributo. Al comenzar la obra referida, afirma un pensamiento que parece resultar contradictorio. Dice así: ‘La finalidad del Derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el Derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia y esto durara mientras exista el mundo no será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado y de los elementos o clases de los individuos»”.

“Esta escuela tuvo precursores y seguidores famosos como Justur Moser, Gustavo Hugo y Hugo Grocio, en Holanda; Juan Helden y Mateo Hale y más tarde Palgrave, en Inglaterra; y a Cujacio en Francia. No podemos olvidar a Fustel de Coulanges autor de «La Ciudad Antigua» y a diversos tratadistas como por ejemplo Glasson y Esmein”.

“La aparición del socialismo, antítesis del liberalismo, promovió la formación de escuelas intervencionistas que manteniendo las estructuras tradicionales auspiciaron la intervención del Estado en más o menos grado. Las corrientes extremas dieron origen a los movimientos fascista en Italia y nazi en Alemania”.

“Entre las escuelas intervencionistas debe considerarse a la Social Católica que proclamando la primacía de los derechos individuales de la persona humana, anterior al Estado, y defendiendo

la propiedad como un derecho natural, que debe usarse en armonía con el interés social, auspiciaba una intervención reguladora en favor de los menos favorecidos. La doctrina Social Católica está contenida en la Encíclica Rerum Novarum que el Papa León XIII dio a conocer al mundo en 1891 y en la de sus continuadores la Quadragesimum Anno de Pío XI, así como la Pacem in Terris de Juan XXIII, Populorum Progressio de Pablo VI y Centesimum Anno de Juan Pablo II, dada a conocer al cumplirse cien años de la Rerum Novarum, analizando las experiencias acaecidas en el último siglo y precisando los conceptos católicos”.

“En la actualidad, nos encontramos en una etapa inquietante pero esperanzada. Los gobiernos titulados socialistas (llamados generalmente comunistas) en apariencia sólidamente estructurados, se desarticulan y derrumban porque estaban cimentados, según se comprueba hoy, en la coerción de los derechos fundamentales de la persona. Pueblos sometidos por la fuerza de las armas, acallados por el terror del espionaje y del castigo, aprovecharon la oportunidad de romper sus cadenas y mirar confiados la aurora de un devenir donde se pueda vivir con tranquilidad, paz y libertad, con absoluta sujeción a un derecho justo y armónico que no es otro que el que asegure el respeto de nuestros derechos y el de los demás y elimine para siempre los horrores de las guerras civiles e internacionales”.

“En fin, mirar el pasado de la filosofía jurídica es como contemplar al firmamento y ver estrellas luminosas que brillan un tiempo y luego desaparecen pero que dejan a veces una estela perdurable. Por ejemplo no podemos menospreciar que la historia y los fenómenos económicos influyen en la estructura del Derecho aunque no en la forma agobiante que soñaron sus creadores”.

“En el homenaje que el Colegio de Abogados de Lima y la Academia Peruana de Derecho rindieron al doctor José Luís Bustamante y Rivero conmemorando el centenario de su nacimiento, expuse el diagnóstico actual, triste y lamentable, de este noble enfermo que se llama Perú; pero me referí también a su pasado milenario que sería orgullo de cualquier pueblo y al potencial de grandeza con el que la Providencia bendijo nuestro suelo que nos obliga a meditar y ponernos en acción, resueltamente, para colocar a la nación en el sitio de preferencia que merece”.

“Señores: estamos viviendo la agonía del Siglo XX, siglo trágico en muchos aspectos, de tremendos contrastes. Tiene en su deber dos guerras mundiales en las que murió mucha juventud mutilada en su destino, en las que se cometieron matanzas y holocaustos indignos del hombre, en las que se bombardearon y destruyeron ciudades indefensas y de valor histórico; siglo en el que germinaron regímenes totalitarios que oprimían la libertad y laceraban el alma; en la hora actual, transida de angustia, no podemos negar que hay un fermento tumultuoso de ansias insatisfechas y de revisión de valores”.

“Cumplámos nuestra misión sin la pretensión que nuestra obra será eterna. El mundo seguirá su camino y mañana –ese mañana de los tiempos- que puede ser corto o muy largo, nuevos hombres analizarán las circunstancias y las antiguas formas concebidas y evolucionadas y nuevamente se acuñarán conceptos y se forjará una nueva levadura, porque el destino del hombre -noble y doloroso destino- es el de ser siempre insatisfecho e ir trepando la montaña hasta las supremas alturas donde ha de brillar una luz perenne y redentora”.



## EL PENSAMIENTO DE FRANCISCO MIRÓ QUESADA CANTUARIAS

FRANCISCO MIRO QUESADA CANTUARIAS nació en Lima el 21 de diciembre de 1918, estudió en el colegio Antonio Raimondi, en la Universidad Católica y finalmente en la Universidad de San Marcos, en donde concluyó sus estudios universitarios, siendo discípulo brillante del maestro Mariano Iberico Rodríguez y del maestro Julio Chiriboga en el curso de Metafísica Avanzada. Se recibió de bachiller con la tesis “Crítica de la prueba ontológica”, Universidad Católica, Lima 1938; tesis doctoral: “Estudios sobre las categorías. Crítica de la vida psicológica”, Universidad de San Marcos, Lima 1939. Se incorporó a la Sociedad Peruana de Filosofía con el estudio “Sentido del movimiento fenomenológico”, Lima 1941. Se recibió de bachiller en Derecho con la tesis “Problemas fundamentales de la lógica jurídica”, publicada en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima 1954, páginas 68 a 155. Profesor de Lógica, Filosofía de las Matemáticas, Filosofía Política y Filosofía de la Ciencia en la Universidad de San Marcos y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Lima en la que escribió sus “Ensayos de Filosofía del Derecho”, Lima 1986. Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho desde el 15 de abril de 1993 pero, mucho antes, ya había sido miembro fundador y Presidente de la Sociedad Peruana de Filosofía, presidencia que desempeñó durante tres periodos y miembro de número de la Academia Peruana de la Lengua, así como miembro honorario de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico y de la Sociedad Colombiana de Filosofía. Y ha escrito más de 150 libros, estudios y ensayos de larga enumeración. En mi opinión debe ser considerado como uno de los más grandes filósofos peruanos de todos los tiempos y el maestro de la lógica por antonomasia.



Casi todos sus razonamientos me parecen perfectos, salvo su agnosticismo con el cual discrepo porque soy católico con la razón, desde el corazón y por convicción profunda; pero, en materia ideológica, coincido con sus planteamientos sustentados en su estudio **“Ideología y Derecho”**: *“Una ideología es un sistema cultural que refleja y contribuye a reforzar la posición del grupo dominante de una colectividad en una época determinada. El sistema está integrado por la concepción del mundo subyacente, por la filosofía, las ciencias sociales, el arte, la religión, las vigencias sociales y el ordenamiento jurídico”*.

*“El Derecho es el instrumento fundamental para organizar la colectividad bajo el poder del grupo dominante. Desde luego, todo sistema jurídico tiene caracteres formales constitutivos que, son independientes de las vigencias “impuestas” por la clase dominante Tiene además, una serie de aspectos que consagran valores intrínsecos a la condición humana. Pero, además de estos caracteres, todo sistema jurídico funciona para conservar una determinada estructura social y para impedir que se cambie. En el pasado, los juristas los jusfilósofos, los políticos y, en general, los miembros de la colectividad, no tienen clara conciencia de este hecho. De manera vaga, fué percibido en todas las épocas y ya Platón afirma que las leyes de los gobiernos oligárquicos favorecen intereses económicos (La República). Pero es solamente a partir de Bacon que los pensa-*



dores de Occidente comienzan a percatarse de que determinadas formaciones culturales como la religión y el derecho son utilizados para defender los intereses de los poderosos. En los revolucionarios Ingleses, sobre todo en Winstanley, encontramos una idea clara del condicionamiento ideológico de sistema jurídico. Y con los enciclopedistas, como Helvetius y el barón D'holbach, se llega al planteamiento teórico. Con Marx este planteamiento se transforma en sistema y con la moderna sociología del saber, se llega a la posibilidad de la verificación empírica”.

“El análisis de los diversos sistemas jurídicos en diferentes tipos de sociedad y épocas de la historia, revela innumerables aspectos en los que se pueden comprobar su carácter ideológico”.

“El carácter ideológico del sistema jurídico se manifiesta no solo en el aspecto sustantivo del derecho sino también en el aspecto procesal. Conocida es la forma de la prueba durante la edad media, según lo cual el testimonio de un noble valía más que la de un plebeyo, el del rico más que la del pobre y el de un hombre más que el de una mujer. En la actualidad el carácter ideológico del proceso se revela sobre todo en los aspectos: la pasividad de Juez frente a reglas que le imponen mecánicamente la aceptación de ciertos resultados, aunque él los considere injustos”.

“El carácter ideológico del sistema jurídico se revela también con nitidez cuando se comparan los sistemas legales de los países capitalistas con los de los países socialistas”.

“De lo expuesto se deriva que el sistema jurídico, desde el punto de vista ideológico tiene una función ambigua. Porque, una vez establecido tiene una función de afianzamiento y de perpetuación, se puede también utilizar para forjar un nuevo tipo de estructura social. Dada una estructura determinada, con un grupo dominante que impone las decisiones colectivas, el sistema jurídico es el instrumento que permite realizar las decisiones adoptadas. Pero cuando nuevos grupos se enfrentan al grupo dominante tradicional y logran despojarlos de poder, entonces, para forjar un nuevo tipo de estructura social, están obligados a cambiar de sistema jurídico imperante”.

“Si se concibe la justicia como la no arbitrariedad, se aclara el panorama histórico de la filosofía jurídica. En el fondo, lo que buscaron siempre los filósofos del Derecho en su afán de definir la justicia, fué un criterio de no arbitrariedad. El sistema jurídico ideal, es aquel que impide las acciones arbitrarias dentro del conglomerado social regido por dichos sistemas”.

“Como todos los conceptos que deben aplicarse a situaciones empíricas, el concepto de no arbitrariedad plantea problemas de difícil solución. Para poderlo aplicar con eficacia es necesario efectuar ciertos análisis previos. Así, se debe definir con la mayor exactitud posible el concepto de Acción Arbitraria”.

“El Derecho justo es aquél que logra eliminar –normativamente al al menos- la arbitrariedad del conglomerado social. El derecho como integrante de la ideología del grupo dominante es injusto en tanto hace posible la adopción y la imposición de decisiones arbitrarias. El derecho como eliminación de la arbitrariedad, es racional y justo. No es instrumento del grupo dominante para justificar sus decisiones y darles eficacia, si no es expresión del concierto universal de voluntades, dentro del cual, todos los proyectos individuales convergen hacia un proyecto colectivo único: evitar que uno o varios sujetos obliguen a los demás a seguir pautas de conducta que no han elegido libremente”.(1)

(1).- Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Departamento Académico de ciencias jurídicas y políticas: “Derecho y Mundo Moderno”, tomo I, pag.25, 26, 27, 28 y 31, Lima, 1972.

Teórico de la razón pura en sus diversas obras de Lógica y Filosofía de las Matemáticas, Miró Quesada ha planteado una suerte de crítica de la razón histórica en su obra “Razón e Historia en Ortega y Gasset”. El gran filósofo peruano plantea una teoría general de la razón que está fundamentada liminarmente en sus “Apuntes para una teoría de la razón”, Lima, San Marcos 1963, proyectándose a una visión pluridimensional de la razón en sus dimensiones creadora, algorítmica y poética de la que es preciso esperar un ulterior desarrollo y una ecuación general que debe estar por salir.

Las doctrinas historiológicas de Miró Quesada se inspiran en el pensamiento de Ortega y Gasset de quien parte y cuyo raciovitalismo es la clave para descifrar su pensamiento.

En su libro fundamental “Razón e historia en Ortega y Gasset”, Lima, 1992, página 72 y siguientes, sostiene que “los más grandes historiadores de todos los tiempos, caen despedazados ante los fulgurantes dardos orteguianos. Pero Ortega no sólo se atreve a decir que lo que han escrito estos gigantes de la historia no pasa de la categoría del “Cronicón”, sino, además afirma que él ha creado un método que permite transformar la historia en ciencia, es decir, en Historiología. Y hecha esta afirmación, pasa a describirnos cuál es el método propuesto”.(2)

*Dice Miró Quesada que el primer gran filósofo fue Tales de Mileto por haber creado la Filosofía, la Matemática, la Astronomía y la Física... Aristóteles creó la Lógica. Descartes la Geometría Analítica, Comte es el creador de la Sociología; Brouwer crea, ex nihilo, una nueva matemática: la matemática intuicionista y punto. No hay más. Salvo Ortega, en caso de que sus pretensiones sean válidas.*

“Ortega sería el segundo filósofo en la historia en crear una ciencia social. En este sentido puede compararse a Comte. Pero el hecho de que no pueda negarse que había historia, a pesar de lo que dice Ortega, sugiere que debe compararse, más bien, con Brouwer, quien tira por la borda casi toda la matemática clásica (la que estudia en los colegios y en las universidades) y crea una nueva matemática (con su aritmética, su álgebra, su cálculo, su geometría, su topología, su teoría de los conjuntos, etc.), completamente distinta. Ortega descalifica toda la historia tradicional y propone la creación de una ciencia histórica completamente nueva: la historiología”.(3)

“La creación del concepto de Historiología para Ortega no significa de ninguna manera un ensayo más, o una de las tantas consecuencias de su filosofía. Significa, por el contrario, algo esencial, que expresa de manera especialmente reveladora la clave de su pensamiento filosófico”.(4)

“Para desentrañar con la mayor claridad posible las motivaciones que llevan a Ortega a crear el concepto de Historiología, tenemos que analizar de la manera más ceñida posible lo que piensa sobre la ciencia histórica. Al hacerlo, nos damos con algunas sorpresas.

(2).- FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: “Razón en Ortega y Gasset”, Editores Ariel, comunicación para la cultura, Lima 1992, p. 72.

(3).- FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 72.

(4).- FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 72.



La primera es que, contra lo que usualmente se cree, Ortega sostiene que es una ciencia constructiva. Esto significa que su contenido no se puede reducir a los meros datos. *La crítica que hace de los historiadores, incluso de los más grandes, es que se quedan en los datos. Utilizan una cantidad fabulosa de datos pero no hacen auténtica historia, vale decir no se elevan sobre ellos a un nivel de comprensión.* Así afirma: “con la centésima parte de los que hace tiempo (los datos) están ya recogidos pulimentados, bastaba para elaborar algo de un aporte científico mucho más auténtico y sustancioso que cuanto, en efecto, nos presentan los libros de Historia.

“Ahora bien, toda ciencia constructiva (no matemática) es ciencia de la realidad”.<sup>(5)</sup>

Aquí es donde se opera el empalme del pensamiento orteguiano con la historiología de Miró Quesada. El tema surge raudo cuando Miró Quesada nos invita a comprender qué es la historiología según Ortega:

*“Para comprender pues, lo que pretende hacer Ortega, al proponer la historiología como una nueva ciencia y al afirmar que sólo ella merece el nombre de ciencia histórica, es imprescindible sumergirse a fondo en su teoría de la razón. Y para hacerlo no hay mejor método que partir de la concepción orteguiana de la historia y de cómo esta concepción fue utilizada por él para escribir textos de historia, es decir, para escribir historia científica. Viendo cómo funciona su razón en la práctica de la ciencia positiva podremos, tal vez, aclarar el sentido último que Ortega dio a los tres conceptos fundamentales de su filosofía: razón narrativa, razón histórica, razón vital”.<sup>(6)</sup>*

“La textura de la historiología. El punto de partida para lograr que la historia ascienda al rango de ciencia empírica y que sea una verdadera historiología, es estudiar la estructura general de la historia, estructura que, como hemos visto, constituye un núcleo a priori histórico. El a priori histórico está constituido por las constantes o invariantes históricas. Solo sobre el fondo de estas invariantes es posible diferenciar a las personas concretas que actúan en la historia y que contribuyen a hacerla.

Determinado el cuadro general de la historiología Ortega señala otros integrantes fundamentales de la ciencia histórica, integrantes en tanto que a través de ellos se logra captar la realidad de la historia, como sucesión diacrónica y sincrónica de acontecimientos con sentido. Uno de ellos, que tiene importancia clave en el pensamiento histórico de Ortega, es el concepto de generación. La generación nos dice, es una y misma cosa con la estructura de la vida humana en cada momento, es el órgano visual con que se ve en su efectividad y vibrante autenticidad la vida histórica. No se puede saber lo que de verdad pasó en tal o cual fecha si no se averigua antes, a qué generación le pasó, esto es, dentro de qué figura (o estructura) humana aconteció.

Toda generación y, desde luego, todo individuo, se encuentra con un sistema de creencias y de vigencias que constituye un integrante de su estructura. Para comprender cómo y en qué sentido actúa una generación y cómo se caracteriza una época histórica, hay que hacer un inventario de las creencias que la caracterizan. Sólo así se puede construir de verdad la historia.

(5) - FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 75.

(6) - FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 86.



La estructura imperante en una época dada de la historia está integrada por el sistema de vigencias y la actitud generacional. Esta actitud no hace sino expresar, de manera especialmente reveladora, lo que Ortega llama la sensibilidad vital de una época. La sensibilidad vital es una manera de cómo hombres y mujeres de una época sienten su existencia en su integridad indiferenciada.

*Es el fenómeno histórico primario y solo definiéndolo, es decir, caracterizándolo, puede comprenderse la época correspondiente.*

Además de estos integrantes del devenir histórico, ocupan un lugar importantísimo las condiciones geográficas y económicas, las clases y grupos sociales. Algunos de estos integrantes son modificables de acuerdo a las posibilidades de la época, otros son inmodificables.

Hay además, un integrante histórico fundamental que antes de Ortega, había sido poco estudiado: el azar. La historia es el devenir de la sociedad humana que se produce como resultado de todos estos factores. Dentro de este gigantesco movimiento, teniendo en cuenta las constantes y las variables históricas, la estructura absolutamente constante y la relativamente constante, la dinámica de las generaciones, las vigencias, la sensibilidad vital y el azar, se pueden comprender los diversos fenómenos históricos, hechos, procesos, instituciones, caracteres nacionales, civilizaciones; y desde luego, los comportamientos de los individuos. Para comprender el comportamiento de un individuo, hay que detectar la estructura general del devenir histórico dentro del que se encuadra su acción individual; hay que determinar el sistema de vigencias que encuentra en la sociedad en que vive y que él no ha creado, hay que relacionarlo con la generación que le antecede y con la generación que le sigue; hay que saber cuál es la sensibilidad vital de su época. Estos integrantes que son incorporados en el individuo, vienen a constituir algo así como el a priori de su personalidad. Pero además de estas constantes, el individuo sufre influencias momentáneas y encuentra, en su circunstancia, variaciones inesperadas. Su circunstancia, es decir, el complejo de constantes y variables ante las que se encuentra, le ofrece un repertorio de posibilidades. La vida del individuo consiste en tener que escoger, inexorablemente, entre este repertorio. Esta elección es su proyecto vital, su ser consiste en este proyecto. Por eso, para entender el comportamiento de un individuo es menester analizar sus posibilidades de elección y meditar sobre las que pudo haber elegido en lugar de elegir las que eligió. Hay que distinguir muy claramente las elecciones posibles de las imposibles. Y lo mismo para una generación y para un pueblo, pues así como hay proyectos individuales, hay proyectos colectivos".(?)

"Para comprender a fondo el comportamiento de los individuos y de las generaciones hay que reflexionar sobre sus posibilidades e imposibilidades de elección y sobre lo que habría sucedido si sus elecciones hubieran sido diferentes, hace de Ortega un pionero del razonamiento contrafáctico cuya importancia, tanto para la lógica como para la nueva teoría de la acción, se ve con mayor claridad día a día, y cuyo estudio, por esta razón, está progresando tan rápidamente. La concepción orteguiana del razonamiento contrafáctico en historia ha sido aplicada con brillo por su discípulo más importante Julián Marías, quien lo ha hecho, como era natural esperar, de manera más amplia y sistemática que el maestro que logró ya muchísimo al vislumbrar el camino. En este sentido son notables los libros de Marías: "La España posible en tiempos de Carlos III y España inteligible".(8)

(?) - FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 99.<sup>88</sup>

(8) - FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 101.

“No cabe la menor duda: la historia, la verdadera, es decir, la historiología, no puede constituirse sino por medio de la razón histórica. Y para constituirse debe utilizar, como toda ciencia empírica, hipótesis. Las hipótesis deben explicar los datos y deben ser corroboradas por ellos. Tanto en uno como en otro caso, tal como ya lo hemos señalado, esto sólo se puede hacer utilizando la lógica, es decir, la razón pura. Pero no sólo la lógica, pues Ortega nos dice, como hemos visto, que para entender bien las realidades humanas es necesario utilizar teorías instrumentales (además de las fundamentales). Entre éstas incluye, asombrosamente para su época, la estadística”.<sup>(9)</sup>

En otro de sus formidables estudios, al tratar de “La ciencia histórica y el problema de la objetividad”, nos dice que según José Ortega y Gasset, “la historia es la más importante de las ciencias. La ciencia, nos dice, no es un producto abstracto, un ornamento, un mero ajedrez, sino la vida íntima humana haciéndose cargo de sí misma. Y como la vida es un proceso que no puede constituirse, y menos comprenderse, sino a través de su historia, sin la comprensión histórica no puede comprenderse a fondo nada”.

“Creo que nadie puede dudar de la importancia de la historia. Y muchos, si no todos los filósofos del conocimiento, estarían llanos a aceptar la afirmación categórica del filósofo español de que la historia tiene preeminencia sobre las demás ciencias. Incluso hasta los más rigurosos, hasta aquellos que se dedican a las más ceñidas y abstractas especulaciones lógico-matemáticas. Cuando un hombre como Gödel, el más grande de los creadores de la moderna filosofía matemática, nos dice que es platónico, el filósofo del conocimiento que quiere elucidar el inmenso problema del significado y de la fundamentación de la ciencia matemática, no tiene más remedio que releer “La República”.

“Platón nos obliga a pasar a Aristóteles, y nuestras posibilidades de comprensión se amplían aún más. Y si seguimos la historia, si pasamos luego a Descartes, Leibnitz, Spinoza y Kant, comenzamos a comprender de verdad por qué hubo un Cantor y sobre todo un Hilbert y un Tarski y un Gödel. La más abstracta de las ciencias, queda, así, iluminada por la perspectiva histórica”.

“Lo único que empañaría este entusiasmo es que si la historia es la más importante de las ciencias, sin la cual no pueden comprenderse las demás, sin la cual el hombre no puede comprenderse a sí mismo, debería ser la más rigurosa de todas. Pues si la historia no es rigurosa entonces nadie puede estar seguro si ha comprendido bien o mal sus múltiples y complejos desarrollos, y si no se comprende bien la ciencia fundamental, es imposible comprender bien las ciencias fundamentadas. Es un lugar común que la historia no es una ciencia rigurosa”.

“Este reconocimiento lleva a algunos filósofos del conocimiento a negar carácter científico al conocimiento histórico, por considerar que no puede cumplir con la exigencia de objetividad que es constitutiva de toda teoría auténticamente científica. “Ahora bien, si la historia no puede ser llamada ciencia, ello significa que la disciplina fundamental, aquella en la que se basa la comprensión última de las demás, es algo subjetivo, de manera que, en último término, el edificio entero del conocimiento descansa sobre bases que son variables, sin justificación teórica. La ciencia, en su integridad, se derrumba. Se trataría, en este caso, de una situación parecida a la que existe entre las disciplinas matemáticas clásicas y la teoría de los conjuntos. Si esta última no puede ser una verdadera ciencia (debido a las contradicciones que se encuentran en su seno) entonces la matemática tampoco es ciencia”.

(9) - FRANCISCO MIRÓ QUESADA C.: ob. cit., p. 98.



*“Si se quiere pues, fundamentar el conocimiento científico sobre bases sólidas, es necesario que la historia tenga carácter científico. Si esa disciplina rigurosa que, según Ortega, debe ser la historia como teoría de la vida humana, no puede brindarnos conocimientos objetivos, entonces la ciencia en su conjunto no puede ser considerada como sistema de conocimientos objetivos. El problema de la objetividad del conocimiento histórico se impone como el problema clave de la filosofía del conocimiento. Mas para abordarlo, debemos comenzar por abordar primero el problema del conocimiento objetivo”.*<sup>(10)</sup>

El pensamiento de Miró Quesada es profundo y ha sido vislumbrado en síntesis didácticas por David Sobrevilla Alcázar, por José Ferrater Mora, por Héctor Neri Castañeda, por Lorenzo Peña, por Ernesto Garzón Valdés, por Carlos Fernández Sessarego, por María Luisa Rivara de Tuesta, por Domingo García Belaunde, entre muchos otros insignes profesores, juristas y filósofos, a los que me remito, confrontando básicamente el **Libro Homenaje** que se le brindara por la Universidad de Lima, bajo el título de **“Lógica, Razón y Humanismo. La obra filosófica de Francisco Miró Quesada Cantuarias”**. **Libro Homenaje por sus 70 años**, Editores David Sobrevilla / Domingo García Belaunde, Lima 1992. Confróntese, asimismo, a David Sobrevilla en su formidable libro **“Repensando la tradición nacional 1”**. **Estudios sobre la filosofía reciente del Perú. Volumen II: Peñaloza. Salazar Bondy. Miró Quesada C., Editorial Hipatia, Lima 1989, pág. 607 a 870.**

El último libro del gran historiógrafo de la filosofía peruana, David Sobrevilla, (nacido en Huánuco en 1938) se titula **“Repensando la tradición de nuestra América”**, editado por el Fondo Editorial del Banco Central de Reserva del Perú, Lima, 1999.

En este magnífico libro el profesor Sobrevilla hace la historiografía de la filosofía en América y en la página 213 y siguientes analiza tres teorías sobre la razón y la racionalidad: las de Francisco Miró Quesada Cantuarias, Jesús Monterín y Luis Villoro, planteando en la página 218 siete conclusiones sobre la teoría de la razón en Miró Quesada, a las que me remito. En esencia, establece en su quinta conclusión que **“el planteamiento de Miró Quesada sobre la teoría de la razón está todavía inacabado”**.

Me reservo el derecho de opinar en torno al último **“best seller”** del profesor Miró Quesada intitulado **“Ratio Interpretandi. Ensayo de Hermenéutica jurídica”**, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Fondo editorial, Lima 2000.**

El día martes 17 de octubre del 2000 escuché su discurso en el Centro Cívico de Lima que empezó a las 8:15 pm. en el que sostuvo la tesis del humanismo como ideología y, evocando a Belaunde, sostuvo que todo ser humano es un fin en si mismo, con lo cual se interpreta **“el Perú como doctrina”** y se plantea **“un humanismo situacional”**.

Parafraseando a Hegel en su **Fenomenología del Espíritu** dijo que **“El noble utiliza el poder para servir a los demás, en tanto que los viles utilizan el poder para servirse de los demás”**; y, continuando con esa dialéctica, comparó **“frente a la oratoria prepotente, cínica y falaz, la oratoria clara, luminosa y humanista de los grandes demócratas, que siempre inspiraron a la juventud”**.

(\*).- FRANCISCO MIRO QUESADA C.: “*Hombr*e, Sociedad y Política,” pág. 100 a 101, Ariel, Comunicaciones para la Cultura, Lima, 1989.



Concluyo esta antología de su pensamiento historiográfico recordando que Miró Quesada ha dicho: “El hombre no puede vivir sin teoría”. “El hombre es un animal teórico por excelencia”. Por eso la sabiduría de los antiguos lo califica de “animal racional”, porque las teorías se hacen con la razón. “Todos los hombres son teóricos. Sólo que unos lo saben y se distinguen por su afán de profundizar en la teoría, mientras que otros se contentan con vivir sumidos en ella y en utilizarla para conseguir sus fines inmediatos, pero nuestra vida está rodeada de teoría. Todo es fruto de la teoría”.(1)

LUIS BRAMONT ARIAS, Brillante profesor sanmarquino de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Nació en Cerro Azul el 25 de agosto de 1919, profesor en San Marcos, Universidad en la cual sustentó su tesis de Bachillerato con “El homicidio emocional” (1942) con la que se recibió de abogado y, luego, de Doctor en Derecho con la tesis “La Ley Penal” (1950). En 1951 se incorporó a la docencia, dictando el curso de Derecho Penal (2º Curso) y en 1958 Derecho Procesal Penal. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos entre 1961 a 1964. Ha ejercido también la docencia en la Universidad Nacional de Lambayeque desde 1966, San Martín de Porres y Universidad Femenina del Sagrado Corazón en las que dictó la cátedra de Derecho Penal, además de haber sido Vocal de la Corte Suprema.



Es miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Ha escrito: “La Ley Penal”, (1950), Prólogo de Luís Jiménez de Asúa, 309 páginas; “Derecho Penal. Parte General” tomo I, 1ª Edición, Lima, 1972; 3ª Edición, Lima, 1978, 441 páginas; es en este pedagógico Manual en donde el maestro Bramont desarrolla la “Historia General del Derecho Penal”, pp. 85 a 136 y en el capítulo III trata sobre las escuelas penales pp. 49 a 84.

El pensamiento del profesor Bramont Arias se inspira en la escuela de Luís Jiménez de Asúa (1889-1970) y por él se remonta a la dogmática clásica de von Liszt - Binding - Beling - Mezger - von Hippel, con incidencia en la escuela de Marburgo representada por Leopoldo Zimmerl y Erich Schwinge y la escuela italiana de Antolisei - Bettiol y Petrocelli. El Código Penal de 1991 es producto de su pensamiento y de su escuela en la que han destacado **LUIS ROY FREYRE**, **MARIO AMORETTI** y **VICTOR PRADO SILDARRIAGA** entre otros destacados penalistas. Véase su “Código Penal anotado”, Lima, 1995 y “Temas de Derecho Penal”, cinco volúmenes, Lima, 1990.

El Martes 9 de Febrero del 2010, murió el querido maestro Bramont Arias.

Los “muchachos” que integrábamos la promoción 1959 egresada de San Marcos habiendo tenido tantos brillantes profesores, escogimos en votación democrática elegir al doctor Luís Bramont Arias como el maestro simbólico de nuestra promoción. Porque fue para nosotros un maestro paradigmático, cuya voz era escuchada por los jóvenes como se graba el cincel en el mármol o como la alondra surcando el aire en raudo vuelo se dirige en pos del sol, como lo dije el Sábado 8 de Octubre de 1966 al inaugurar el local del Seminario de Derecho Penal intitulado Luís Bramont Arias en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Lambayeque.(1)

Había sido un brillante profesor de Derecho Penal y nos enseñó este curso apasionante allá en las viejas aulas de la Casona inmortal de los recuerdos. Y, por ello, al evocarlo, diría como LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA –al gran maestro de Madrid, de Buenos Aires – y también de Lambayeque-, : No quiero poner término a este prólogo - sin destacar una cualidad de Bramont, que me liga a él más emocionalmente todavía que por el trato de Profesor a discípulo: su apasionado amor por la libertad. Me parece que revivo en él cuando le veo abandonar la pluma de científico para enfundarse en la toga de abogado y defender a los políticos, conforme yo hacía veinte años atrás. Como Bernardo de Quiros lo hizo al frente de mi primer libro, por él prologado, también yo podría recordar – y acaso con mayor fundamento – aquellos versos de Alfredo de Musset en la *Nuit de Decembre*, y contemplarle como:

*Un pauvre enfant vetu de noir  
El qui me ressemblait comme un frere*

Ojalá, al cabo de los años, y cuando ya resbale por la otra vertiente de la vida, próximo al ocaso definitivo, pueda volver los ojos hacia atrás y contemplar la existencia transcurrida con tanta serena aprobación y tan satisfecho convencimiento de haber trabajado sin descanso en la ciencia y en la defensa de sus ideales, como yo lo hago ahora”.<sup>(2)</sup>

Para adentrarnos en el pensamiento de Bramont Arias es necesario parafrasear sus evocaciones y semblanzas de los grandes maestros que lo formaron.

Una brillante evocación del pensamiento de don Angel Gustavo Cornejo fue el homenaje llevado a cabo en la Corte Suprema el 4 de Agosto de 19.... Dijo así:

*“Y en este día, 4 de agosto, dedicado a mirar a los jueces que nos antecedieron en el empeño cotidiano de nuestra labor, que aspira a discriminar y distribuir la justicia, la Corte Suprema, ha querido que mi palabra sea el signo sensible para agradecer, más que para honrar a ese abogado, científico, maestro y Juez que fue el señor ANGEL GUSTAVO CORNEJO”.*

He extractado la evocación de Bramont Arias sobre don Angel Gustavo Cornejo en el Homenaje llevado a Cabo por la Corte Suprema el día 4 de Agosto de 19... . Y esta evocación corre en las páginas que le he dedicado a Cornejo al estudiar su pensamiento jurídico.

Y así como el maestro Bramont Arias al hacer la evocación de su maestro Angel Gustavo Cornejo trazó con mano maestra los rasgos y el perfil de lo que debe ser un gran Juez, así como los de un maestro simbólico, así quisiera yo también, bajo esta inspiración, ratificar todo lo dicho y concluir esta semblanza dando fé de que nuestro orgullo académico radica en llevar el nombre de un extraordinario maestro y magistrado cuya vocación, cuya convicción y cuyo apostolado lo convierten en uno de los “hombres simbólicos” de los que hablaba Emerson y uno de los más grandes profesores del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en el Perú.

(1).- Cfr. Revista de Ciencias Jurídicas. Organó de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lambayeque, pag. 499, Chiclayo, Año , N° 1, 1989-1990.

(2).- LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA: Prólogo a “La Ley Penal.Curso de Dogmática Jurídica”, pag. XIII, Lima, 1990.”



## EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE MAX ARIAS SCHREIBER PEZET(1)

**MAX ARIAS SCHREIBER PEZET, (1923-2004)** El 4 de marzo del 2004 falleció una de las mayores glorias de la escuela civilista peruana y uno de los más grandes maestros sanmarquinos de todos los tiempos. Autor del Libro VII del Código Civil Peruano de 1984, fue Presidente de la Academia Peruana de Derecho, Ministro de Justicia en 1984, tiene una serie de semblanzas y ha escrito su fundamental libro *“Luces y Sombras del Código Civil”*, 2 tomos, Librería Studium, Lima, 1991; *“Homenaje al Dr. José León Barandiarán en el centenario de su nacimiento”* en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, 1999, p. 71 y ss.; *“Exégesis”*, Comentarios al Código Civil Peruano de 1984, etc.



Brillante profesor de Contratos, maestro nuestro y de todos, Max Arias-Schreiber Pezet, es una de las glorias de la Escuela Sanmarquina del Derecho Civil.

San Marcos: Escuela legendaria de grandes maestros en todas las áreas del Derecho, de la historia y de la filosofía.

San Marcos: nombre glorioso que inmortaliza, con el espíritu del gran evangelista, las sublimes enseñanzas del divino maestro, en el austero camino para alcanzar la justicia social e individual.

San Marcos: Casona del recuerdo de los grandes maestros legendarios y también de las burlas joviales del vejamen con la que los estudiantes de todas las épocas revivían las antiguas tradiciones de la escuela con el optimismo y la juvenil alegría saludable, que se aúna a la austera rigurosidad metodológica, en las recitaciones del Digesto o en las controversias dialécticas de la ideología.

San Marcos: faro luminoso que enaltece al intelecto y que das glorias al Perú desde nuestras aulas, buenas para el esfuerzo y para la tarea investigatoria, todo horizontes como la esperanza, toda caminos como la libertad...

He aquí la escuela. He allí el maestro.

Gran educador, Max Arias Schreiber Pezet ha formado a una serie de generaciones de juristas enseñando fundamentalmente *“Contratos”* cátedra en la que tuvo el honor y el privilegio de ser su discípulo en 1957, allá en la vieja casona inmortal de los recuerdos; pero, Max ha enseñado después, todos, absolutamente todos los cursos de Derecho Civil, ¡Qué fenómeno! Como profesor emérito de la Universidad de San Marcos, profesor extraordinario de la Universidad de Lima, como profesor ordinario de la Universidad Católica, como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho y como *“amauta”* que es la gran condecoración del Ministerio de Educación que otorga el gobierno en el Perú a los grandes maestros que han destacado en la ciencia, en la educación y en la cultura. Laureado con el Premio de Fomento a la Cultura *“Javier Prado”* por la mejor tesis universitaria del año 1950 y el primer premio del Colegio de Abogados de Lima en 1981, reelegido en 1982, desempeñó la Cartera de Justicia en



1984 durante el gobierno constitucional de Fernando Belaúnde Terry. Fué miembro fundador de la comisión encargada de la revisión y estudio del Código civil de 1936 (Comisión reformadora).

Actuó como ponente en esa comisión en la parte relativa a la contratación. Firmó en unión del Presidente Belaúnde Terry el Decreto Legislativo número 295 por el cual se promulgó el Código Civil de 1984. Fue miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y su Presidente hasta su muerte, el 4 de marzo del 2004, de la Academia Inter Americana de Derecho Internacional y Comparado, de la Federación Internacional de Abogados y de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Republica Argentina. Autor de “Luces y Sombras del Código Civil” en 2 tomos, “Exégesis” en 6 tomos y de brillantes estudios en los Libros Homenaje, a José León Barandiarán, Rómulo Lanatta, Mario Alzamora Valdez, Ulises Montoya Manfredi, Carlos Rodríguez Pastor y de notables semblanzas de juristas como las de Hernando de Lavallo, Ernesto de la Jara y Ureta, Jorge Vega García, Raúl Ferrero Rebagliatti, Jorge Eugenio Castañeda, Félix Navarro Irvine, Luís Echeopar García y Luís del Valle Randich, entre otros.

“Homo Jurídicus”, ha encarnado como prototipo emblemático el estilo de vida que ha exaltado Eduardo Spranger en un libro famoso: “Formas de Vida” al establecer los tipos de idiosincrasias humanas. Maestro por antonomasia, encarna un tipo ideal íntimamente coherente y claramente determinado.

WERNER JAEGER ha dicho en su obra clásica: “Paideia: Los ideales de la Cultura Griega”, que: “La educación no es posible sin que se ofrezca al espíritu una imagen del hombre tal como debe ser. Lo fundamental en ellas es la imagen anhelada del ideal”. Así Sócrates encarna clásicamente la gran figura ideal del maestro que prefiere antes morir que traicionar sus ideales. Romano Guardini lo ha evocado en su hermoso libro “La muerte de Sócrates”, encarándose a sus jueces y al destino.

Y así como Sócrates es la encarnación del ideal apolíneo, Jesucristo, centro del cosmos y centro de la historia, es la encarnación de Dios y el redentor del hombre, como nos lo evoca Juan Pablo II en su luminosa encíclica “Redemptor Hominis”, o es el “rabbi”, el gran maestro de las parábolas, según el evangelio de San Marcos, o “es la luz del mundo”, “el verbo encarnado”, como dice la visión johánica, en el luminoso prólogo del cuarto evangelio de San Juan, el discípulo a quien Jesús amaba.

Así, pues los grandes maestros irradian una luz inefable, como Imerio, el célebre “lucerna iuris” de la escuela de Bolonia, cuya primera visión historiográfica se la debemos al glosador Odofredo, allá en el siglo XIII y cuya última referencia que tengo se la debemos a Piero Fiorelli en su estudio “Clarum Bononiensium Lumen” en el libro “Per Francesco Calasso. Studi degli allievi”, Bulzoni, editore, Roma, 1978, p. 413 y ss.

Y si Imerio y los Glosadores de Bolonia fueron los fundadores de la ciencia jurídica moderna, Savigny, y, luego, los pandectistas, grandes profesores de Derecho, fueron la gloria del siglo XIX, forjadores de la “Rechtswissenschaft”, como los maestros de la “Exégesis” los grandes Comentaristas del Código de Napoleón, fueron los forjadores de la “Science du Droit Civil”, así como Vittorio Scialoja fue el gran Patriarca de la “Scuola italia

(\*).- Palabras de homenaje a Max Arias-Schreiber Pezet pronunciadas durante mi Decanato en la inauguración de la sala de conferencias de la facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, el 11 de Diciembre de 1999.

na del diritto”, en las que nos hemos formado todos investigando y estudiando a la luz de la gloriosa “Rivista di diritto processuale” fundada y dirigida por Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei, los célebres “caposcuolas” de la escuela clásica Italiana del proceso; o, estudiando, también en la gloriosa “Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni” que fundaran Sraffa y Vivante y que años más tarde dirigiera Alberto Asquini, el autor del Libro V del Código Italiano que trata “del lavoro”, y leyendo la famosa “Rivista di Diritto Civile”, la fundada por Alfredo Ascoli en 1909 y, nuevamente, en 1954 por Walter Bigiavi o estudiando a Francesco Messineo, el gran profesor de Milán, cuya “Teoría General del Contrato” y cuyas doctrinas planteadas en su famoso “Manual del Derecho Civil y Comercial” son caras a nuestro espíritu y al de Max Arias-Schreiber, quien lleva, también, la italianidad del Derecho en su mente, en su corazón y en su bibliografía, en la que, una y otra vez, resuenan las citas de Barassi, Barbero, Messineo, De Ruggiero, Luzzato, Salandra, Trabucchi, y sobre todo, lo que fluye como fuente del gran Código Civil Italiano de 1942 en su libro IV, que trata de las Obligaciones y Contratos, cuyas doctrinas han sido fuente de inspiración de nuestro Código.

En base a esta inspiración de origen franco-italiana y pandectista, forjada aquí en la escuela sanmarquina, es oportuno recordar que su genial temple de jurista se puso de manifiesto ya en su famosa tesis de bachillerato, encaminada al comentario del Libro Cuarto del Código Civil de 1936, obra que está dedicada en su reedición de 1991, a la memoria de los maestros Eleodoro Romero Romaña y Jorge Eugenio Castañeda y a su discípula Lucrecia Maisch von Humboldt. Es oportuno recordar lo que dijo Jorge Eugenio Castañeda al dictaminar esta tesis notable, el 15 de julio de 1950. Dijo así:

“Señor:

*Don Max Arias - Schreiber Pezet ha presentado un trabajo notable, por su contenido y por su desarrollo, con el propósito de optar el grado de Bachiller en esta Facultad.*

*Lo titula “Exposición y Comentario de los Derechos Reales del Código Civil de 1936” y consta de cinco volúmenes, varios de los cuales exceden varias veces la extensión que es usual y conocida y exigible en las tesis elaboradas para graduarse por nuestros alumnos.*

*Hace ya mucho tiempo, cuando el alumno Arias - Schreiber Pezet hubo de consultarme el tema elegido, -los derechos reales- me pareció demasiado ambicioso. Sin embargo, la lectura de esa obra ha satisfecho cualquiera exigencia mía en cuanto a la labor de investigación, a la doctrina que contiene y a las conclusiones a que arriba. Conviene advertir que Arias - Schreiber ha sido alumno distinguido del curso de Derecho Civil que dicto, como se comprueba de las notas alcanzadas cuando era estudiante; y como maestro tiene que producirme explicable satisfacción que la enseñanza que impartí haya producido un libro de trabajo realmente excepcional no ya entre los estudiantes sino entre los abogados mismos.*

*La tesis en cuestión supera con exceso, no sólo por la doctrina que se expone, sino en extensión, a las breves monografías que los alumnos acostumbran presentar para elegir el Bachillerato. Es frecuente que los estudiantes confeccionen un opúsculo, lo más reducido posible, a tal punto que la Facultad se ha visto en la necesidad de reglamentar el tamaño y la extensión de estas elaboraciones, con el cual tiene el propósito de salvar, en el menor tiempo posible, lo que a ellos se les aparece como obstáculo innecesario y previo para la obtención del título de Abogado. Es así que entonces estos estudios se han caracterizado siempre por su ninguna importancia, salvo muy pocas excepciones. Han sido elegidos, investigados y redactados apresuradamente; y, cier-*



tamente, a los alumnos más les ha preocupado decidir cual de los temas propuestos les habría de demandar menos esfuerzo.

Por fortuna, esto no ocurre con la tesis de Arias – Schreiber Pezet. La redacción de la misma ha demandado evidentemente un largo periodo; y por lo que hace al trabajo de investigación se tiene que presumir fundamentalmente que ha exigido varios años de riguroso esfuerzo.

Es evidente que esta obra de Arias – Schreiber Pezet merece ser conocida y difundida entre los estudiantes, ya que la misma, por su claridad y sistemática ha de servir para la mejor enseñanza de los derechos reales. Asimismo, parece conveniente que la Facultad dé a conocer tesis que como la presente, constituyen la prueba fehaciente de la bondad de la enseñanza que ella imparte. Ahora los alumnos consultan asiduamente el libro excelente del catedrático que me antecedió en el curso de Derechos Reales, el ilustre profesor don ELEODORO ROMERO ROMAÑA; convendría que en adelante pudiera también revisar el trabajo de Arias - Schreiber Pezet. Por ello me permito recomendar su publicación en la Revista de la facultad.

Atendida la extensión y el contenido de la tesis, considero indispensable que la exposición que haga el autor se lleve a cabo, sin que sea seguida de la exposición de otra tesis o de un examen de abogado.

Por lo que dejo expuesto, la tesis cubre todas las exigencias docentes para ser considerada apta para colacionar el bachillerato.

*Salvo más ilustrado parecer.*

*Jorge Eugenio Castañeda, Catedrático Titular”.*

Sustentada esta tesis ante el Jurado presidido por el doctor **EMILIO F. VALVERDE**, Vocal de la Corte Superior de Lima y profesor de los cursos de Familia y Sucesiones, en cuyas cátedras dejó escritos sendos libros de Exégesis sobre su especialidad, el Jurado la aprobó por unanimidad, recomendando su publicación. Esta notable tesis fue laureada con el Premio de Fomento a la Cultura “Javier Prado” por ser la mejor tesis universitaria del año 1950.

En 1955 el maestro José León Barandiarán fue nombrado Decano de esta Facultad de Derecho. Uno de sus primeros actos fue el de nombrar nuevos profesores, recayendo tal designación en tres jóvenes brillantes: **LUÍS BRAMONT ARIAS** en Derecho Penal, **CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO** en Derecho Civil 1º Curso y **MAX ARIAS – SCHREIBER PEZET** en Derecho Civil III: Contratos.

Yo tuve el privilegio de ser discípulo de los tres. De Carlos Fernández Sessarego fui discípulo en la sección Doctoral en el curso de Derecho Comparado. De Luís Bramont Arias fui discípulo en Derecho Penal II y de Max Arias Schreiber - Pezet en el curso de Contratos.

Tengo, pues, el privilegio de dar un testimonio personal de los tres brillantes catedráticos, mis maestros; y, por lo tanto, de hacer el enfoque comparado de estas tres grandes vidas paralelas: un tridimensionalismo biográfico de la gloriosa escuela sanmarquina.

Bramont Arias, continuador de Abastos, ahondó así la dogmática escultórica de von Liszt, Binding, Beling, Mayer, Mezger, von Hippel, y en el finalismo primigenio de la escuela de Marburgo representado por el pensamiento de Leopoldo Zimmerl y Erich Schwinge, cuyas doctri-



nas fueron recepcionadas por Juan del Rosal, Sebastián Soler y Luís Jiménez de Asúa, - quien quiso enseñar en San Marcos, como el gran maestro español me lo contara un día, allá en Chiclayo .

Así la doctrina de la antijuricidad y de la culpa nos permitieron unificar, como a través de un arco voltaico, los grandes polos contrapuestos del delito y del acto jurídico, cuya teoría general unificada vislumbráramos escuchando las clases geniales de José León Barandiarán, tan llenas de virtuosismo pandectístico evocando siempre a Crome y a von Tühr y a los otros grandes maestros de la escuela de los pandectistas.

Los maestros alemanes construyeron, no sólo los cimientos de esta teoría general del campo unificado, que es la teoría del acto jurídico sino, básicamente, el “alma fáustica” del B.G.B., del Z.G.B., del “Codice Civile Italiano” y de la escuela civilista peruana.

**CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**, desde su tesis de bachillerato fue un pionero del tridimensionalismo jurídico, pero su feudo y su reducto ha sido, incuestionablemente, el Derecho de las Personas, cuyo análisis lo hace desde sus clases magistrales que se consagran en el Libro Primero del Código Civil.

**MAX ARIAS – SCHREIBER PEZET**, prestancia señorial, palabra rauda, y dominio conceptual de la doctrina clásica.

Lo considero, pues, un clásico del pensamiento jurídico en el Derecho Civil, como cuando uno escucha la gran música de Mozart, tan clara, tan luminosa, tan hermosa.

En mi opinión, su pensamiento jurídico expuesto sistemáticamente en sus tomos de “Exégesis” consagran a uno de los más formidables comentaristas del Código Civil Peruano quien sigue programáticamente los lineamientos del Código Civil Peruano de 1984, del cual fue uno de sus más notables redactores como ponente del Libro VII que trata de las fuentes de las Obligaciones, regulando la Teoría General del Contrato así como su Teoría especial, e introduciendo contratos no previstos ni legislados en el Libro V del Código Civil de 1936; tal es el caso de la “Cesión de Posición Contractual” que sustituye de manera innovadora a la clásica “Cesión de Créditos”; tal es el caso también de la “Excesiva Onerosidad de la Prestación” que, como dice Arias – Schreiber en sus “Luces y Sombras del Código Civil”, está inspirado en un elemental principio de equidad, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución.

“Nuevamente se nota aquí la filosofía del Código en materia contractual, dice el ilustre profesor y codificador sanmarquino, cuando se coloca en una posición ostensiblemente distinta a la tradicional. En efecto, si es exacto que como regla general el contrato nace para ser cumplido, existen situaciones en las que, por excepción y para evitar que la justicia más rigurosa se convierta en la mayor de las injusticias, puede y debe ser revisado. Con ello se evita la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado y se conserva, en suma, aquello que se conoce como el equilibrio contractual”.

“La esencia de la institución bajo comentario radica en la proporcionalidad de las prestaciones y en la modificación de su equivalencia, debido a factores que alteran radicalmente el equilibrio primitivamente convenido a merito de la prestación y la contraprestación”.

En la doctrina contractualista del profesor Arias – Schreiber –que informa la ideología del Código Civil- se regulan los presupuestos procesales de la excesiva onerosidad. Así en la “Lectio Sententiorum” del artículo 1440 se establece: que “quien se perjudique con la alteración del equilibrio contractual tenga el derecho de solicitar ante el Juez que reduzca la prestación o aumente la contraprestación, a fin de hacer cesar la excesiva onerosidad”.

“El magistrado viene a ser así el árbitro de la readaptación. Sólo en la hipótesis que esto no fuese posible debido a factores que el mismo artículo 1440 señala, el Juez dispondrá entonces la resolución del contrato; pero, solo con respecto al futuro, ya que las prestaciones ejecutadas constituyen hechos consumados”.

El artículo 1388 constituye otra innovación del Código y se refiere a lo que en doctrina se conoce como la oferta al público, ejecutada mediante avisos o simple exposición de la mercadería a la vista de un consumidor potencial.

El artículo 1390 contiene otra de las formas significativas novedades del Código Civil y constituye una evidencia de la transformación que se ha producido en el mundo contractual. En efecto, al lado del sistema clásico de la negociación paritaria o, de otro lado, preliminar, ha surgido una fórmula distinta, según la cual el esquema queda preestablecido y la contraparte ya no puede regatear, teniendo solo la opción de aceptarlo en su totalidad o rechazarlo.

Estamos, pues, en presencia de la contratación en masa, que es, a su vez, consecuencia de las grandes transformaciones habidas en el mundo de la producción, al impulso de los avances tecnológicos, el incremento de los mercados y la competencia a nivel nacional e internacional, con la consiguiente necesidad de reducir los costos, entre los factores. Su origen se remonta a comienzos del siglo y ya existía cuando se promulgó el Código Civil de 1936, el cual, empero, no asumió posición alguna frente a ella.

De acuerdo con la filosofía a la que nos hemos referido con anterioridad, fue preocupación apremiante evitar el abuso de quien establece el esquema e impone sus reglas a la contraparte. Esta o se adhiere o simple y llanamente no celebra el contrato, lo que agranda la brecha existente entre la parte fuerte y débil de la relación obligacional. Habría, en suma, que defender al consumidor y los artículos 1390 a 1401 están inspirados en este propósito, incluyendo las denominadas cláusulas generales de contratación.

Con posterioridad a la promulgación del Código hemos continuado investigando este complejo aspecto de la contratación para llegar a una conclusión fundamental: no bastan las normas que figuran en el Código y se hace indispensable la dación de una ley del consumidor.

En el artículo 1402 existe otra regla que no contempla el Código derogado y de cuyo contenido se desprende que el contrato, una vez cumplida su función de crear la obligación, deja de existir y lo que se mantiene en pie es la obligación ya generada.

Larga y fascinante es la enumeración de los aportes innovadores de la teoría contractual en el Código Civil peruano de 1984 confrontado a la luz del Derecho Comparado y de la Historia General del Derecho.

Lo ha hecho magistralmente el propio Arias – Schreiber Pezet en su obra “Luces y Sombras del Código Civil” y, también magistralmente, Fernando Vidal Ramírez, tanto en su famosa



“Introducción al Derecho Civil Peruano”, cuanto en un hermoso Prólogo a la edición oficial del Código Civil.

Las innovaciones esenciales están referidas a la doctrina de los contratos-leyes, encaminadas a crear alicientes a la inversión interna y externa (artículo 1357); a la reserva de estipulación “encaminada a ponerle freno a los contratos eternos”, a la oferta al público ejecutada mediante avisos o simple exposición de la mercadería a la vista de un consumidor potencial, a los “contratos masa”, a los contratos preparatorios, a la excesiva onerosidad de la prestación, a la reestructuración de la lesión como causal rescisoria del contrato, en fin, a los contratos no considerados por el Código anterior, como el de suministro y el de secuestro; a la cesión de arrendamiento, entre otras interesantísimas figuras, incluso en sus grandes omisiones como son los nuevos contratos, que ahora están de moda –y de los que ya se ha ocupado el maestro Arias – Schreiber en sus dos últimos volúmenes-; así como en la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, el maestro sigue siendo uno de los más grandes civilistas contemporáneos y, por eso, su imagen, completada con el perfil de legislador y humanista, se asemeja a uno de esos grandes cuadros del Renacimiento, como el que vamos a develar dentro de unos instantes.

Para terminar, considero que, si bien la obra decisiva del maestro ha sido la de codificador de las fuentes de las obligaciones y la promulgación, durante su gestión ministerial, del Código Civil, más todo el aporte doctrinario que fluye raudal de sus libros, de sus conferencias y sus clases de Derecho Civil en la cátedra universitaria, una sutil grieta se perfila amenazante. Tal es la descodificación del Código Civil y la necesidad de actualizarlo.

Por ello, parafraseando a Jossierand, diría: “A tiempos nuevos, instituciones nuevas”. Es preciso que la escuela civilista se renueve en una dinámica de la creación constante, por vía doctrinaria normativa y jurisprudencial que ha de constituir la fase ulterior; la actual, en el desenvolvimiento histórico del Derecho Civil, fase a la que yo denomino la fase hermenéutica o jurisprudencial. Pero, habida cuenta, de las crisis que, a todos nos consta, urge una “aceleración de la historia” en la que, parafraseando a Benedetto Croce digamos “Vivamos la historia como pensamiento y como acción”.

Sólo así, encarando nuestra responsabilidad vital y generacional, estaremos en condiciones de estrecharnos, fraternalmente, los viejos maestros y las nuevas generaciones de maestros.

Sólo así, quizás, algún día, podremos decirle a las augustas sombras de los viejos maestros, como don José León Barandiarán, como don Ángel Gustavo Cornejo, o como a usted, maestro Arias – Schreiber : ¡Hemos cumplido! ¡Esta es nuestra labor! ¡Esta es su escuela! ¡Esta es su cátedra!.

## POST – SCRIPTUM

Después de asumir la Presidencia de la Academia Peruana de Derecho, de la que era miembro de número y, luego, Vice-Presidente en la Directiva que presidiera el Dr. Javier Vargas, tras escribir su postrera obra “Contratos Modernos” (Gaceta Jurídica. Editores, Lima, 1999), en la que analizó los contratos de tarjeta de crédito, facturación, franquicia, riesgo compartido, arrendamiento financiero, fideicomiso, know-how, underwriting, etc, Max Arias – Schreiber falleció el 4 de marzo del 2004.



Desapareció con él, uno de los últimos grandes clásicos de la escuela civilista peruana y uno de los más grandes maestros del Derecho Civil en el Perú.

---

## CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO

Uno de los más brillantes profesores de la escuela civilista peruana cuyas clases en la Universidad de San Marcos, en la Universidad Católica y en la San Martín de Porres congregaban a inmensos auditorios de estudiantes, de doctorandos y de abogados que querían estudiar Derecho Civil, Derecho Comparado y Teoría General del Derecho. Yo tuve la suerte y el honor de ser uno de los discípulos predilectos de Carlos Fernandez Sessarego en su cátedra de Derecho Comparado que dictara en la Sección Doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos allende la Casona inmortal de los recuerdos, allá por 1960.

Jusfilósofo brillante, comparatista, es una de las glorias de la escuela civilista peruana y uno de los coautores del Código Civil Peruano de 1984. Su vida y su pensamiento, su cátedra y sus libros hacen de él a uno de los grandes clásicos del Derecho Civil de todos los tiempos; pero, además, es uno de los grandes clásicos de la Historiología ya que debutó en la docencia universitaria enseñando Filosofía de la Historia. Al evocarlo con profundo afecto de discípulo y al recordar a las grandes figuras patriarcales como José León Barandiarán, Mario Alzamora Valdez y Jorge Eugenio Castañeda, me inspiro en la Primera Epístola a los Corintios, 13, 1 y siguientes, 14, 1 y siguientes; pero, sobre todo, y al evocar a los grandes maestros del espíritu, hago mías las palabras del Evangelio de San Lucas, capítulo 6, versículo 40: “Ningún discípulo está sobre su maestro; para ser perfecto ha de ser como su maestro”.

Carlos Fernández Sessarego nació en el Callao el 7 de marzo de 1926, estudió en el Colegio Italiano “Antonio Raimondi”, e ingresó con el primer puesto a la Facultad de Letras y, luego, pasó a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, en la que se graduó en 1950 con la Tesis de Bachillerato intitulada: “Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho”, en la que se plantea la teoría tridimensional. Permaneció inédita hasta 1987, en la que se publicó como libro bajo el título de “El Derecho como Libertad”, con estudios preliminares de los profesores David Sobrevilla y Domingo García Belaunde.

- Se recibió de Abogado, en 1951, en la Universidad de San Marcos y de Doctor en Derecho, en 1961, con la tesis “Derecho de la Personas”, la misma que fuera publicada en 1962 con el título de “La noción jurídica de persona”.
- Profesor de “Filosofía de la Historia” en la Facultad de Letras de la Universidad de San Marcos (1952-1953).
- Profesor de “Sociología Peruana” en la Facultad de Letras y en la de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1951-1956).
- Profesor Principal de “Derecho Civil Comparado” en la Sección Doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1956 a 1970).



- Profesor Principal de “Titulo Preliminar, Acto Jurídico y Derecho de las personas” en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1957 a 1991).
- Profesor Principal de “Derecho de las Personas” en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (1966 a 1977).
- Profesor de “Temas de Derecho Civil” en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (2001-).
- Profesor de “Teoría General del Derecho Civil” y de “Derecho Comparado” en la sección de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Profesor Principal de “Derecho Privado Comparado” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1984 a 1996).
- Profesor Principal de “Derecho de las Personas” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1984 a 1996).
- Profesor Principal de “Introducción al Derecho” en la Academia Diplomática del Perú (1971).
- Eventualmente ha enseñado el curso de “Derechos Reales” en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos.
- Profesor fundador de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular San Martín de Porras donde enseñó los cursos de “Introducción al Derecho” y “Derecho de las Personas” desde su fundación hasta 1975 y, luego, de 1998 al 2001. Enseñó también los cursos de “Responsabilidad Civil” y de “Derecho de las Personas” en la Maestría de Derecho Civil y Comercial.
- Eventualmente ha sido Profesor de “Derecho Comercial” en la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico.
- Profesor Visitante contratado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Siena, donde dictó “Derecho Civil Comparado” (1988-1989).
- Profesor Visitante contratado en la Universidad de Nápoles en el curso de “Derecho Civil Comparado” (1988-1989).
- Profesor Visitante contratado en la Universidad Autónoma de Madrid en el curso de “Responsabilidad civil por daño a la persona” en la sección Doctoral de la Facultad de Derecho (abril-junio de 1994).
- Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires en el I y II Curso Intensivo Internacional de Post-gradó sobre Derecho Privado (2000-2001).

La vida y el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego se ha desarrollado básicamente en la cátedra universitaria. Es, pues, un profesor de intensa vida académica. Al dar cuenta de sus investigaciones debo dejar establecido que concibió, en la segunda mitad de los años cuarenta, casi simultáneamente con Miguel Reale, la Teoría Tridimensional del Derecho, la que



se expuso en 1950 mediante su Tesis de Bachillerato intitulada: “*Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*”, en la que se planteó, a través de un grado académico la reflexión tridimensional del Derecho. Sin embargo su reflexión permaneció inédita hasta 1987, cuando se publicó con el título de “*El derecho como libertad*” primera edición, Studium, Lima, 1987, segunda edición por la Universidad de Lima, 1994; tercera edición, Ara editores, Lima 2006.

La reflexión tridimensional se volvió a plantear en el libro “*Derecho y persona*” (1ª edición, Lima, 1990, y cuarta edición ampliada, Grijley, Lima, 2001).

La investigación jusfilosófica de Fernández Sessarego aflora nuevamente cuando incide sobre la naturaleza de la persona humana con la finalidad de fundamentar el “*Derecho de las Personas*” precisando, las características del ente a ser protegido por el Derecho. La doctrina de Fernández Sessarego es la de que el ser humano es “*una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”. Esta nueva concepción del ser humano, conjuntamente con la teoría tridimensional del derecho, sirve de sustentación a todos los trabajos del autor y se refleja en la normatividad del Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984 que trata sobre el “*Derecho de las Personas*” y que constituye la consagración normativa del pensamiento de Carlos Fernández Sessarego como gran jurista y gran legislador.

Esta investigación se desarrolla básicamente en sus libros “*El derecho como libertad*” y en “*Derecho y Persona*”, antes citados, así como en diversos libros y ensayos editados tanto en el Perú como en el extranjero como es el caso, entre otros, del ensayo “*Daño al proyecto de vida*”, publicado en “*Derecho PUC*”, N° 52, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1996 y “*Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida*”, publicado en “*Revista Jurídica del Perú*”, año LII, N° 38, Trujillo, septiembre del 2002. Además, “*El derecho: instrumento de liberación*”, en San Marcos Vox Juris, Lima, 1988 y reproducido como el Capítulo I del libro “*Libertad, Constitución y Derechos Humanos*”, publicado por la Corte Superior de Ica, editado por la Editorial San Marcos, Lima, 2003.

La reflexión sobre el concepto de persona se inicia con el libro “*La noción jurídica de persona*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1ª edición 1962, 2ª edición en 1968. Se desarrolla y amplía en los siguientes trabajos: “*Sujeto de derecho y persona natural*” en “*Libro Homenaje a Rómulo Lanatta*”, Cultural Cuzco, Lima, 1986; “*La persona y el derecho*” en “*Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Rubén Guevara Manrique*”, Gráfica Horizonte, Lima, 1999 y en la “*Revista Jurídica del Perú*”, N° 17, octubre-diciembre de 1998; “*¿Qué es ser persona para el derecho?*” en el volumen “*Derecho Privado. Homenaje a Alberto J. Bueres*”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001 y en “*Derecho PUC*”, N° 53, Universidad Católica, 2002; “*Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*” en la “*Revista Jurídica del Perú*”, N° 28, Trujillo, febrero del 2002.

Sostengo que el pensamiento de Carlos Fernandez Sessarego constituye una *antroposofía jurídica tridimensional* inspirada en la Ontología existencial de Heidegger, en la egología de Cossio, en la axiología de Max Scheler y en la hermenéutica de Gadamer y Paul Ricoeur. El mismo maestro Fernandez Sessarego ha admitido en su libro “*Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*”, Universidad de Lima, 1990, pag. 143 y passim, que: “*Jamás, antes de ahora, se ha reflexionado tan intensa y profundamente sobre el hombre como en el siglo XX. Bajo el influjo de la llamada filosofía de la existencia el hombre se ha convertido en un problema para sí mismo. El ser humano ha vuelto su dispersa mirada, originalmente dirigida hacia el mundo, sobre su única*

e intransferible realidad personal. Se erige así en el centro de la reflexión filosófica contemporánea”.<sup>(1)</sup>

“La filosofía existencial redescubre al hombre como ser libre. Libertad que hace de la persona un ser creativo y responsable, en continuo movimiento. No es algo compacto, cerrado sobre sí mismo, acabado, como las “cosas” que están en el mundo, fuera de su contorno, que aparecen en la circunstancia del ser humano. No es un objeto. La libertad, la comunicación, la interioridad, el sentido histórico-temporal de la existencia humana, se constituyen en temas de meditación”.

“Renace la fe filosófica y con ella, insurge la esperanza como fe cardinal. La vida se presenta como un quehacer, como una tarea insosegable que recomienza cada día sin solución de continuidad, como un proyecto enderezado hacia la perfección, enrumbado al futuro a partir del pasado. Se hace también posible la capacidad de redención inherente al ser libre, que permite la aparición del hombre-nyevo que potencialmente existe en cada uno de nosotros”.<sup>(2)</sup>

“La historia nos demuestra que existen dos caminos para aproximarse al hombre. Uno de ellos, que a nivel filosófico fue exclusivo del pasado, trataba al ser humano como un objeto de investigación para las ciencias, tales como la anatomía, la psicología, la fisiología o la historia. Se aprehendía del hombre sólo aquello que lo enraiza en la naturaleza. Una segunda vía, que reconquista y afirma el existencialismo, es la de considerar al hombre en su radical dimensión existencial de ser libertad”.

“No obstante esta nueva visión del hombre que nos ofrece la filosofía de la existencia, no puede sostenerse que sea posible agotar la comprensión del ser humano en general o de cada uno en particular. Si bien es verdad que se ha avanzado de modo superlativo en esta dirección cognoscitiva, los resultados son y serán insuficientes. La persona es un ser imprevisible, capaz de las más grandes hazañas o de actitudes que la degraden”.

“La libertad, constitutiva de la persona, es incognoscible e indemostrable. El hombre se aproxima a ella en un infrecuente proceso de interiorización. Esta experiencia, este “sentir” la libertad, no es comunicable en tanto ella no es objetiva. Corresponde a cada persona, si lo logra, ser consciente de esta raíz posibilidad existencial que permite a cada uno constituirse en un ser único y espiritual”.

“Ninguna teoría filosófica que se formule sobre el hombre es capaz de comprender ni explicar total y absolutamente su dimensión existencial. Los intentos registrados ponen de manifiesto sólo aspectos o funciones de la existencia, pero no dan cuenta de la plenitud del ser-libre. Así, el psicoanálisis freudiano o el marxismo, no obstante sus indiscutibles aportes, no ofrecen una respuesta totalizante y satisfactoria. Ambas dejan de lado, o en la penumbra, otras facetas del ser humano”.

“La compleja estructura existencial hace que el hombre, como Jaspers sostiene con convicción, sea más de lo que sabe sobre él. O, como metafóricamente anota Mounier, “mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa, que quiere”.<sup>(3)</sup>

(1).- CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO: “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”, pag. 143, Universidad de Lima, Lima, 1990.

(2).- CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO: “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”, pag. 143-144, Universidad de Lima, Lima, 1990.

(3).- CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO: Ob. cit, pag. 144-145.



“La filosofía de la existencia, a pesar de haber contribuido a brindar una noción más rica y profunda sobre el ser humano, no logra disipar en definitiva el misterio que el hombre representa para sí mismo”.

“Un misterio que a veces se pretende resolver en la “nada” sartriana, en tanto el ser radica en el futuro, o en un ser temporal heideggerianamente enderezado hacia la muerte. Como nos recuerda Jaspers, los seres humanos conocemos mejor todo lo que “no somos”, lo que está en el mundo exterior, que lo que cada quien es”.

“El ser humano se convierte para sí mismo “en el máximo misterio cuando vislumbra que en su finitud parecen extenderse hacia el infinito sus posibilidades”. Ello, en tanto la libertad es el núcleo primario y radical de todas sus posibilidades “de ser guiado por la trascendencia, por lo Uno, a su propia unidad”.

“Débese a Heidegger haber planteado como cuestión previa para acceder al ser en general, el preguntarse sobre el ser de aquel ente que conoce, es decir, el hombre. Preguntar, nos dice Heidegger, es buscar “qué es” y “cómo es” un ente. Ente es todo aquello de “que hablamos, que mentamos, relativamente a lo que nos conducimos de tal o cual manera”. Pero, como anota el mismo filósofo alemán, “ente es, también, aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo”.

“El ente que en cada caso somos nosotros mismos es, según Heidegger, el “ser-ahí” (Dasein). El ser mismo, “relativamente al cual puede conducirse y se conduce siempre de alguna manera el ser-ahí”, es la existencia. La pregunta que interroga por el sentido del ser en general reclama “el previo y adecuado análisis de un ente (el “ser-ahí”) poniendo la mira en su ser”. La analítica ontológica del “ser-ahí” se constituye así en una ontología fundamental, lo que significa, como explícita el propio Heidegger, que el “ser-ahí” funciona como “el ente al que hay que preguntar sobre su ser con fundamental anterioridad”. Una analítica del “ser-ahí” resulta, necesariamente, una previa tarea filosófica antes de plantear la pregunta que interroga sobre el ser en general”.<sup>(\*)</sup>

“El tiempo es, para Heidegger, aquello desde lo cual el “ser-ahí” comprende e interpreta, en general, lo que se mienta como “ser”. El tiempo se constituye en “el genuino horizonte de toda comprensión y de toda comprensión del ser”.<sup>(\*)</sup>

“La filosofía existencial, y el personalismo en particular, se yerguen como un movimiento que coloca en un primer plano la reflexión sobre el sentido de la existencia humana, como producto de un estado de crisis originado por el desencadenamiento de la violencia y la subsecuente degradación del valor de la persona. Se presenta como una respuesta a una creciente tendencia de “despersonalización” que se advierte en nuestro tiempo”.

“La filosofía de la existencia representa, de este modo, un útil y necesario esfuerzo del pensamiento contemporáneo por comprender al hombre como un ser libre y creador, en estructural comunicación con los demás seres, estimativo y comunitario. Representa un despliegue fundamental por revalorizar a la persona como bien supremo”.

“La filosofía de la existencia, que tiene como solitario antecedente en el siglo pasado las inquietantes meditaciones de Kierkegaard y Nietzsche, suscita en el presente siglo reflexiones que trascienden al derecho. Ellas permiten comprender a lo “jurídico” como un fenómeno cultural, como una extraordinaria creación humana destinada a asegurar, dentro de la vida comunitaria,

(\*).- CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO: Ob. cit, pag. <sup>103-105</sup>. (\*).-Ob. cit, pag. <sup>106</sup>.



una justa, solidaria y pacífica convivencia. El derecho, para lograr este propósito, debe tutelar los intereses existenciales, a fin de garantizar, a cada persona, un espacio de libertad para el desarrollo de su personalidad en armonía con el interés social”.

“En lo que concierne al derecho, la filosofía de la existencia nos ha mostrado que es imposible comprenderlo como una unidad totalizadora si es que no consideramos como sus ineludibles supuestos a la libertad en cuanto ser del hombre, a la coexistencialidad como dimensión estructural del ser humano y a la solidaridad como valor a realizar en la vida comunitaria. La vivencia de la solidaridad, junto con la seguridad, propician el advenimiento de la justicia y de la paz”.<sup>(6)</sup>

“La filosofía de la existencia, en síntesis, ha facilitado la visión de los juristas en cuanto a la centralidad de la persona en el derecho, a reconocerla como un fin en sí misma. Al mismo tiempo, como corolario de lo anterior, a redimensionar el rol del patrimonio en tanto indispensable instrumento con que cuenta el ser humano en su incesante proceso de autocreación”.

“Se debe también a la filosofía de la existencia el que se haya podido apreciar que en la experiencia jurídica se integran, en dinámica unidad, en recíproca esencial exigencia, la vida social humana –en tanto intersubjetividad- las normas como reglas de convivencia y los valores como criterios para la regulación de la vida comunitaria. Es decir, para el desarrollo de lo que se conoce como la teoría tridimensional del derecho”.

“**Supuesto jusfilosófico de la identidad personal.**- La filosofía de la existencia, decepcionada por la jusfilosofía, ha permitido en tiempos recientes poner en evidencia un importante “modo de ser” de la persona, el mismo que, como interés existencial, exige ser jurídicamente tutelado. Se trata de la “identidad” del sujeto consigo mismo”.

“La peculiar estructura del ser humano hace posible que éste, sin dejar de ser idéntico a sí mismo, sea también, simultánea y estructuralmente, un ser coexistencial. Es decir, un ser que sólo puede ser aprehendido y comprendido dentro de la sociedad. Ambas dimensiones se hallan presentes en la estructura del hombre”.

“La persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. La persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es “ser libertad”. La libertad que somos permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores, bajo el dictado de su personal vocación”.<sup>(7)</sup>

Otro libro apasionante del maestro Fernández Sessarego que debería siempre leerse por todos nosotros como lectura obligatoria es : **“Mis maestros, mis amigos”**, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, en el que hace las semblanzas de Manuel Gonzalez Prada, de Carlos Pareja, de Rafael Altamira, de Fernando Tola y en el que da cuenta de “El Aleph” de Jorge Luís Borges, de Francisco Miro-Quesada Cantuarias, de Carlos Cossio, de Mario Alzamora Valdez, de Raúl Ferrero Rebagliatti, de José Luís Bustamante y Rivero, del perfil humano de Raúl Porras Barrenechea y, entre otros grandes, de José León Barandiarán, quien “rompe con la tradición de que los juristas peruanos son, en su mayoría, nativos de Arequipa; Lambayeque lo cuenta entre sus hijos predilectos, desde un mes de diciembre de 1899” ( pag. 397). Discípulo de don Angel Gustavo Comejo quien “fue, a nuestro entender, el ser biográfico que encarnó el modelo de proyecto vital que escogió José León Barandiarán en el transcurrir de sus realizaciones valorativas” (pag. 398).

(6).- Ob. cit, pag. 146,147. (7).- Ob. cit. pag. 147.

“Cornejo descubrió, en el trato hogareño, las altas dotes del joven León Barandiarán, las mismas que consagró al llevarlo, en 1928, como catedrático auxiliar en el curso de Derecho Civil que, con el carácter de principal, dictaba en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos”. “León Barandiarán ha estado permanentemente unido al espíritu sanmarquino desde sus tiempos de estudiante” (pag. 399).

“José León Barandiarán ha sido el más eminente y destacado tratadista de Derecho de nuestro país en los últimos cincuenta años. Durante este dilatado lapso se dedicó, con admirable ahínco y ejemplar entrega a la investigación y a la docencia. El Derecho Civil constituyó su constante pasión. León Barandiarán ocupa un lugar de privilegio entre los más importantes juristas que ha conocido el derecho nacional a través de los tiempos” (pag. 404).

“León Barandiarán, nuestro maestro y amigo, fue, sin embargo, mucho más que el mayor y más ilustre de los civilistas peruanos de la generación que nos precedió. Su preocupación por el hombre, su honda vocación intelectual, su curiosidad científica, su calidad humana, hicieron, de él un humanista cabal” (pag. 404).

“Su fina y excepcional sensibilidad, su amor por la lectura y la reflexión, lo llevaron a otros campos del saber. Fue un hombre de exquisita cultura. Su vasta y polifacética obra así lo acredita” (pag. 405).

“Una de las últimas y decisivas tareas de la fecunda vida de León Barandiarán fue la de haber intervenido en la redacción del Código Civil... El Código Civil de 1984 pretendió plasmar, a través de su articulado, una nueva visión del Derecho, empeño difícil de lograr a plenitud si se tiene en cuenta las circunstancias históricas y políticas en las que se redacta este nuevo Código. No obstante, más allá de los aciertos técnicos de las nuevas instituciones que incorpora, de su sistemática, lo más importante del Código Civil de 1984 es, como seguramente lo recogerá la historia, su afán por superar una concepción individualista y patrimonialista del derecho, la misma que impera en el mundo jurídico desde la promulgación del extraordinario Código Civil de los franceses de 1804” (pag. 421).

“La tradicional visión de lo jurídico, cuya vigencia se cuestiona en nuestro tiempo, deja paso, paulatinamente, a una nueva óptica de raíz personalista y solidaria, en la cual el ser humano, en tanto sujeto de derecho, se convierte en el eje y centro indiscutido del quehacer jurídico. La persona humana, en su doble e inescindible vertiente de ser individual, idéntico a sí mismo, y simultáneamente ser coexistencial o comunitario, no se reduce a la limitada e irreal visión propia de un mero individuo, aislado de lo social, encerrado en sí mismo, prescindiendo egoístamente de los demás, de los otros. El ser humano se presenta tal cual efectivamente es: un ser personal y solidario, donde lo individual y lo social son aspectos indisolubles de su ser. El patrimonio, dentro de este planteamiento, es tan solo un indispensable instrumento del que se vale la persona humana para realizarse integralmente, en armónica concordancia con el interés social del cual participa” (pag. 421).

“La nueva concepción del Derecho que surge con fuerza en este nivel de la historia se traduce, en alguna medida, en ciertos Libros del Código Civil de 1984, con más intensidad en unos que en otros. Tal vez esta comprobación se hace más patente, más elocuente, en el Libro Primero, dedicado al Derecho de las Personas, en el Libro de Fuentes de las Obligaciones y en el Derecho de Familia. Esta desigual influencia es explicable si se considera tanto el hecho de que



no todos los miembros de la Comisión Reformadora participaban de dicha posición, como que en aquellos Libros es más notoria que en otros la concreción normativa de los nuevos principios” (pag. 421-422).

“El Código Civil de 1984 es, a nuestro entender, la expresión de una época de transición entre un largo período, en el que se hizo patente la crisis del derecho, y otro que recién aflora, y es por ello apenas perceptible para un buen número de hombres de derecho. Es decir, entre una época en que los juristas, a través de varios decenios, van tomando conciencia de las insuficiencias y limitaciones de una concepción jurídica que no reflejaba más la cambiante realidad del mundo y otra que surge cuando los jusfilósofos y los juristas empiezan a comprender la necesidad de superar una óptica puramente individual y patrimonialista por otra concepción que dé razón de la experiencia histórica y jurídica tal cual ella es” (pag. 422).

Para mi es altamente significativo que quien constituye uno de los más grandes representantes de la escuela civilista peruana y, acaso su caudillo, muertos León Barandiarán, Rómulo Lanatta y Max Arias Schreiber-Pezet, nos diga que la escuela peruana del Derecho Civil “empieza a bosquejarse como fruto del actual nivel histórico-cultural, tiende también a sustituir las tradicionales visiones unidimensionales del Derecho, que privilegian alguna de sus tres dimensiones con exclusión de las otras, por una que concuerda con la experiencia jurídica. En ésta se advierte que el fenómeno jurídico se presenta como la interacción dinámica de tres elementos insustituibles como son la conducta humana, los valores y las normas jurídicas. Es decir, se opta por una concepción global y totalizante del Derecho” (pag. 428).

Para terminar debo dejar constancia que la gran fuente de inspiración en el pensamiento de Carlos Fernandez Sessarego y, en general, de la escuela civilista peruana está constituida por la fecunda doctrina italiana y de sus grandes clásicos –de los que he dado cuenta en el capítulo IV de este libro -, a los que me permitiría añadir los libros del profesor **Adriano de Cupis**: “I diritti della personalità”, 2 vols., Ed. Giuffrè, Milano, 1959; “Teoría e pratica del diritto civile”, Ed. Giuffrè, Milano, 1967; “Il danno. Teoria generale della responsabilità civile”, Giuffrè Milano, 1970; así como también el luminoso pensamiento de don Dalmacio Vélez Sarsfield, a través de sus esclarecedoras notas al Código Civil Argentino de 1869 en su edición de La Pampa de 1883 y de su ulterior desarrollo por la gran escuela civilista argentina.



## FELIPE OSTERLING PARODI

FELIPE OSTERLING PARODI: Un hombre genial, cuya simpatía aflora en la conversación, en la chispa de su inteligencia política y social, en el ingenio de su personalidad atractiva y jovial. Un notable jurista de mi generación a quien admiro desde hace muchos años por su inteligencia y su talento personal, como lo dije ya, por escrito, hace 40 años, al dedicarle un estudio publicado en la revista "El Foro" de Chiclayo, de 1967-1968, pp. 43 a 76 intitulado "Introducción al estudio de la Teoría General de las Obligaciones" y reeditado en mi libro "La Ciencia del Derecho Procesal", pp. 439 a 475 que, ahora rememoro, como testimonio de mi homenaje al gran profesor de Obligaciones quien encarna el arco voltaico irradiado entre la luminosa escuela civilista de San Marcos representada por las figuras legendarias de don Ángel Gustavo Cornejo, de don Manuel Augusto Olaechea, de don José León Barandiarán, de don Jorge Eugenio Castañeda, de don Max Arias Schreiber y de don Carlos Fernández Sessarego, frente a la gran escuela civilista de la Universidad Católica que luce como aquella luz a la que alude el luminoso Evangelio de San Juan I, 1, 5 y que inspira el lema de la Universidad: "et lux in tenebris lucet"; y así brillan sus grandes maestros, como los que ya se fueron: don Ismael Bielich Flores, don Luís Eche copar García, don Rosendo Badani, don Andrés León Montalbán, don Anibal Corvetto Vargas, don Jorge Vega García, don Manuel de la Puente y Lavalle y los que hoy siguen iluminando a la escuela con sus grandes clases y sus libros luminosos como Jorge Avendaño, como César Fernández Arce, como Carlos Cárdenas Quirós, como Lorenzo Zolezzi Ibárcena, como Marcial Rubio Correa, como Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, como César Delgado Barreto, como Mario Castillo Freyre, como Alfredo Bullard González, entre otros brillantes profesores.



Mi testimonio y mi homenaje personal publicado en la revista "El Foro" de Chiclayo, Año 1967, intitulado "Introducción al estudio de la Teoría General de las Obligaciones" es, el más antiguo de todos los que se han hecho en el Perú y, singularmente, de todos los que contiene el Libro Homenaje a Felipe Osterling, en tres volúmenes, editado por Palestra editores, Lima-2008 y en el que contribuí aportando una reflexión intitulada "Santo Tomas de Aquino y los Grandes Maestros del Espíritu", cuya dedicatoria decía "a Felipe Osterling Parodi, maestro genial, brillante tratadista de las obligaciones, en el septuagésimoquinto aniversario de su nacimiento".

Felipe Osterling Parodi nació en Lima el 14 de mayo de 1932. Estudió en la Universidad Católica escuchando las brillantes clases de Ismael Bielich Flores, de Rosendo Badani, de Luís Eche copar García, de Andrés León Montalbán, de Jorge Vega García y de Anibal Corvetto Vargas, entre otros insignes profesores. Su vocación por el Derecho de las Obligaciones fluye rauda yá desde su tesis doctoral intitulada "Inejecución de las Obligaciones contractuales en el Código Civil de 1936. La indemnización de daños y perjuicios".

Felipe Osterling es uno de los más brillantes profesores de Obligaciones a nivel mundial. Por ello es que desde 1957 hasta la fecha se desempeña como Profesor Principal en la Univer-

sidad Católica en la que fue Decano de la Facultad de Derecho entre 1970 a 1972. Es Profesor Honorario en la Universidad San Agustín en Arequipa, en la Universidad Católica Santa María de Arequipa y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE); es Profesor Visitante en las Universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Nueva York y Columbia. Por todo esto es que sus amigos, sus colegas y nosotros los magistrados votamos por él para el Decanato del Colegio de Abogados de Lima, que lo fue en 1995. Dice Felipe en la pag. 369 y ss. de su libro de memorias “Páginas del Viejo Armario” que: “Si alguna vez me ha invadido una felicidad plena y total fue el día en que resulte elegido Decano del Colegio de Abogados de Lima, el inolvidable 10 de diciembre de 1994. Rebosante de alegría, no sabía que hacer conmigo mismo. Sentí que era todo cuanto podía y debía esperar como compensación en mi carrera profesional y la entrega de mi vida a los valores morales, intelectuales y cívicos por el Derecho”.

Su amor por el Derecho lo expresa, tanto en su tesis como desde su primer día de clases, en las aulas universitarias según su propia evocación en un cautivante libro de memorias que intitula “Páginas del Viejo Armario” y en el que, en la p. 73, nos dice: “ya alumno de la facultad, me encandiló el Derecho y lo introduje en mi vida con la misma vehemencia que hasta entonces había sentido solo por los deportes. Desde aquella inolvidable primera clase en la que se nos planteó el debate sobre la pena de muerte, los cursos, la complejidad de las materias, el universo inexplorado de los Códigos, los principios y la doctrina, los profesores y los nuevos amigos, me cambiaron la vida para siempre”.

Nos narra también su práctica en el estudio de su tío el doctor Félix Navarro Irvine y de los desafíos que esa práctica implicaba: “los estudios de abogados no tenían secretarías y el trabajo consistía en el mecanografiado de informes y documentos consagrados a tipear, en una pesada, ruidosa maquina mecánica. Bajo las indicaciones de los abogados y respetando el estilo de los escritos jurídicos, se preparaban los borradores. Una vez corregidos por el abogado, había que tipearlos nuevamente”... “Los abogados corregían nuestros escritos, añadían comentarios, disposiciones procesales u opiniones jurídicas y nos devolvían el documento para volver a tipearlo en papel sellado y en limpio. En el camino aprendíamos los misterios de la ciencia del Derecho y los secretos del ejercicio de la profesión... pienso que también tuve mucha suerte... porque sucede que no era solamente amanuense y mecanógrafo, era además telefonista y conserje. Me ocupaba de recibir y transmitir los mensajes telefónicos, comprar los cigarrillos de los abogados, el papel sellado que se usaba entonces y las ocasionales coca colas, amén de cumplir gestiones o encargos personales en la calle. Lo único que no hice fue barrer el estudio”. “La segunda función más importante consistía en llevar los escritos y documentos del estudio a los escribanos de aquella época...”. “Tengo muy gratos recuerdos de los escribanos que trataban a los amanuenses con gran simpatía y cordialidad. A los 17 años y hasta los 20 me llamaban “doctorcito”. Luego me graduaron y pasé a ser “doctor”, mucho antes de que la Universidad me otorgara título alguno. (1)

Largas las evocaciones y recuerdos en un libro ya clásico de antología que es “Páginas del viejo armario”.

Acaso, nadie mejor que **LUÍS BEDOYA REYES**, gran estadista, gran jurista, gran caudillo, líder del Partido Popular Cristiano- (el Perú se perdió con él a quien debió ser el Presidente de la República más notable del siglo XX -, y no lo fue porque Basadre ha definido al Perú como

(1).- FELIPE OSTERLING: “Páginas del viejo armario”, p. 77, fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 2000.



“el país de las oportunidades perdidas”), - sintetizando lo mucho que habría que decir de Felipe, ha dicho en la página 13 del Prólogo a este cautivante libro: “Sostiene Felipe que en cada trance de su vida una especie de hada protectora lo ha ayudado a resolver problemas y escalar posiciones. Pretextos de modestia verbal. Creo que su carácter sereno pero firme, tenaz pero sin porfía, libre de fundamentalismos siempre sectarios, abierto para escuchar y lúcido para resolver, ha sido, independiente o concretamente, el imán que lo ha aproximado a sus metas. Pero también la seguridad en sí mismo con cierto arrebatado audaz: llamado la víspera de iniciarse el año 1971 por su maestro universitario y Vocal de la Corte Suprema de Justicia don Andrés León Montalván, recibe la noticia de que la Corte Suprema de la República lo ha designado su representante en la Comisión Reformadora del Código Civil, instalada años atrás, pero detenida en sus trabajos. Menudo privilegio. La Corte Suprema, en vez de nombrar a uno de sus miembros, lo había escogido a él. Tardó en percatarse que el representante de la Corte Suprema presidía la Comisión Reformadora, la que estaba integrada por eminencias que habían sido sus maestros y sus jefes en el trabajo profesional: José León Barandiarán, Félix Navarro Irvine, Jorge Eugenio Castañeda, Max Arias Schreiber Pezet, Jorge Vega García. Osterling tenía entonces treinta y ocho años y pasaba a presidir en tareas concretas de jurista al más esclarecido grupo que en ese momento tenía el Perú. No se amilanó. Catorce años duró su tarea que culmina con la promulgación del Código Civil de 1984”.

Mucho se ha escrito y se escribirá aún sobre su monumental “Tratado de las Obligaciones” escrito en colaboración con su discípulo y hoy gran profesor de Obligaciones y de Contratos en la Universidad Católica, en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina, Mario Castillo Freyre.

Luís Bedoya Reyes en el Prólogo citado nos recuerda las palabras de Fernando de Trazegnies Granda, en la nota del editor y las del maestro Guillermo A. Borda, el ilustre caudillo de la escuela civilista argentina, cuyo juicio - que enaltece no solo a Felipe Osterling sino a la escuela civilista peruana -, es digno de recordar.

A juicio de Max Arias Schreiber “la Teoría General de las Obligaciones” es en opinión de quien hace esta presentación, el trabajo más logrado que se ha escrito en el Perú sobre una materia ordinariamente abstracta y fundamentalmente técnica y que no tiene nada que envidiar a los tratadistas extranjeros, en la segunda parte del Tratado, la más extensa, se hace el análisis de cada uno de los artículos del Código Civil Peruano en materia de Obligaciones logrando un acabada exégesis del Libro VI. El método empleado ha sido novedoso al tiempo que completo. Nunca se habían desmenuzado los dispositivos de un Código tan profundamente. Partiendo de las fuentes nacionales de cada precepto, se pasa a las fuentes y concordancias extranjeras. Luego se analiza cada dispositivo y, finalmente, las concordancias; llegando a plantear, en ciertos supuestos, una redacción para una eventual modificación de ciertos preceptos... El Tratado de las Obligaciones de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre se ubica, como una de las más extraordinarias contribuciones al Derecho Civil a nivel mundial. Enriquece con generosidad la doctrina civilista peruana y extranjera y constituye un aporte que consagra en forma definitiva a sus autores, demostrando plenamente la existencia y avances de la escuela peruana del Derecho Civil”.

A modo de antología, permitidme extractar unos párrafos inmortales de la página 58 y pasim del tomo I de esta obra luminosa: “el principio fundamental de los redactores del Código Napoleón fue el de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad... Pero los tiempos cambian... Dicen Henri, León y Jean Mazeaud, que después de siglo y medio de aplicación, si todavía subsisten los principios establecidos por los redactores del Código Civil, han perdido



su alcance.... Por una parte, se han multiplicado las obligaciones extracontractuales. Por otro lado, los contratantes encuentran restricciones cada vez más numerosas a su libertad de crear obligaciones; se ha advertido que la autonomía de la voluntad, lejos de hacer que reinen en el orden y la justicia en el comercio jurídico, permitió el aplastamiento del más débil por el más fuerte; y que de ello resultaban graves desórdenes que infligían ataques al grupo por entero... Se ha llegado, afirman, hasta hacer que ceda el principio del respeto de los compromisos libremente consentidos, para liberar al deudor de obligaciones que, según se estimaba, se habían tornado por demás gravosas”.

“Agregan los Mazeaud que el liberalismo del siglo XIX, que se apoyaba sobre los Códigos Napoleónicos, condujo al aplastamiento de los más débiles por los más fuertes. La clase obrera, sin organización todavía, fue reducida a miserables condiciones de vida que le eran impuestas por el patrón, sometido a su vez al régimen de la libre competencia. La intervención del Estado, añaden, apareció como necesaria para reaccionar contra los excesos del liberalismo. Los intereses del grupo, el bien común, no deben ser sacrificados a los intereses egoístas del individuo. La libertad contractual, dicen los Mazeaud, apareció con frecuencia como un simple engaño, por no tener en realidad, y en ciertas situaciones, libertad alguna el contratante. El obrero, el pasajero transportado, el asegurado, están obligados, por la fuerza de las cosas, a contratar sin poder discutir las condiciones que se le imponen. Los redactores del Código Civil sólo habían considerado el contrato nacido de una libre discusión, concluido de mutuo acuerdo por dos contratantes situados en plano de igualdad. La ruptura del equilibrio que se produjo en los contratos de adhesión –aquellos a que se adhiere una parte sin poder discutir- forzaron al Estado a intervenir para fijar las tarifas y las condiciones del transporte, las reglas esenciales de los contratos de seguros, las de los contratos de arrendamiento rústico o urbano”. “En realidad, puesto que el contrato de adhesión no es acuerdo libremente consentido, pues sus cláusulas son impuestas a una de las partes, ya que en esta discusión es casi total la quiebra de la libertad, resulta normal que algunas reglas imperativas, trazadas por el legislador, restablezcan el equilibrio y la libertad rotos, que el contrato sea “dirigido” por el legislador”.<sup>(1)</sup>

“El “legislador de emergencia” no puede, sin embargo, prever todas las circunstancias suscitadas. Las leyes se dictan para casos generales, no para casos concretos”.

“El Poder Judicial carece frecuentemente de normas expresas, de “leyes de circunstancias”, que le permiten revisar todos los contratos vigentes de prestaciones diferidas, periódicas o continuadas, en los que se hayan producido severos desequilibrios económicos”.

“Y apela entonces a la teoría de la imprevisión, a esos principios olvidados por los codificadores del siglo XIX, que actuaron influenciados por la fórmula concluyente del artículo 1134 del Código Napoleón. La imprevisión es la tesis que lo faculta a intervenir en el contrato en curso cuando “las circunstancias existentes en el momento de su celebración han variado”.

“Es el principio *rebus sic stantibus*, considerado por los canonistas de la Edad Media y los post-glosadores como implícitamente incorporado en cada contrato. Es la excepción a la regla *pacta sunt servanda*, al permitir la revisión del contrato cuando se modifican las situaciones de hecho existentes en la época de su celebración”.

(1).- FELIPE OSTERLING PARODI- MARIO CASTILLO FREYRE: “Tratado de las obligaciones”, tomo I, p. 29.

“Sobre esta materia, la primera resolución importante de la Corte de Casación Francesa es dictada en el año 1876 en el caso Capronne. Esta resolución inspiró permanentemente a la Corte de Casación Francesa y constituyó el pensamiento definitivo de este Tribunal”.

“Capronne, un famoso ingeniero, recibió el encargo de contribuir un canal de regadío para ser aprovechado por los propietarios de los predios colindantes. El plazo para el pago de las cuotas periódicas que debía abonar cada uno de esos propietarios era muy amplio. En el curso del contrato surge una circunstancia imprevista, la guerra de 1870, que produjo una notable desvalorización monetaria. Capronne recibiría en cada cuota, moneda desvalorizada. Ello determinó que reclamara judicialmente un aumento de las cuotas pactadas”.

“La Corte de Aix declaró fundada la demanda de Capronne, considerando que en los contratos de tracto sucesivo se admitía su modificación cuando ya no existía una correlación equitativa entre las prestaciones. La Corte de Aix llegó aún más lejos. Sostuvo que el artículo 1134 del Código Francés, donde se dispone que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que los han celebrado, no era aplicable a los contratos de tracto sucesivo”.

“Este fallo modificado por la corte de Casación Francesa, quien declaró que los tribunales no estaban facultados, ni aun en los contratos de tracto sucesivo, para modificar los pactos entre las partes”.

“El precedente del caso Capronne determinó que, al estallar la Primera Guerra Mundial, transformándose las condiciones económicas y los precios, multiplicándose las alzas y las bajas imprevistas, los tribunales franceses se resistieran a aplicar la teoría de la imprevisión, considerando que ella no había sido consagrada, ni implícitamente ni explícitamente, por el texto legal.

“En Francia fue preciso que después de apasionados debates se promulgara la ley Fallito el 21 de enero de 1919, que permitía a un comerciante sustraerse a las consecuencias de sus compromisos cuando no había podido prever lo oneroso que se tomarían por obra de la guerra, para que los tribunales revisaran los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica. Fue pues necesaria la dación de una “ley de emergencia”.

“Caso contrario ocurrió con los tribunales alemanes e italianos, en especial con los primeros, que elaboraron una copiosa jurisprudencia acerca de la teoría de la imprevisión”.

“Los tribunales alemanes, usando un Código más flexible y moderno que la ley francesa, y sin el texto riguroso del artículo 1134 del Código Napoleón, consideraron que el legislador había sancionado implícitamente, en distintas normas legales la teoría de la imprevisión”.

“El Poder Judicial italiano trabajó activamente con los mismos conceptos. Justamente la jurisprudencia y doctrina italianas conducen al legislador de 1942 a consagrar con una expresión afortunada –“excesiva onerosidad de la prestación”- la fórmula legislativa de la teoría de la imprevisión”.

“Este texto legal significa, en buena cuenta, la corrección de un importante desequilibrio sobreviviente entre las prestaciones, pues la prestación excesivamente onerosa supone, correlativamente, otra prestación insuficientemente onerosa. Y autoriza la revisión del contrato en curso cuando concurren las circunstancias que la ley señala. Es este principio italiano el



que, con la misma denominación, ha sido incorporado en el nuevo Código Civil Peruano de 1984. El permite a los jueces, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad”.

“En suma, la plena autonomía de la voluntad, de inspiración francesa, acogida legislativamente por el artículo 1134 del Código Napoleón, tiende a restringirse. Ello obedece a la inspiración del Código Alemán, al auge de los contratos de adhesión y de trabajo, a la intervención del Estado en los contratos en curso y al desarrollo de la teoría de la imprevisión, que se plasma en los nuevos Códigos con el instituto de la “excesiva onerosidad de la prestación”.(3)

El “Tratado de las Obligaciones”, tomos I al XVI, escrito conjuntamente con un brillante joven profesor, Mario Castillo Freyre, fue publicado entre 1994 y el 2003 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.

Recientemente, Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, han escrito una obra de síntesis intitulada “Compendio de Derecho de las Obligaciones”, con la colaboración de Verónica Rosas Berastáin, editada por Palestra Editores, Lima - 2008, 1002 páginas.

“Las Obligaciones”, 8ª edición, 286 páginas, Editorial Grijley, Lima, febrero del 2007, es otro brillante libro de síntesis de este gran maestro a quien todos admiramos.

Pero Felipe Osterling ha dedicado a este brillante tema una serie de estudios e investigaciones que abarcan más de ciento diez publicaciones, a cual más profunda y luminosa:

- “Manual de las Obligaciones”. Libro sobre el método de enseñanza del Derecho de Obligaciones publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú para los estudiantes de esta materia.
- “Retos y Logros”. Publicado en abril de 1981 por el Ministerio de Justicia.
- “En Justicia”. Publicado en marzo de 1983 por el Centro de Documentación e Información Andina (CDI). En este libro se relatan las experiencias del autor sobre la reinstauración de la democracia en el Perú, luego de haber sido Ministro de Justicia entre los años 1980 y 1981.
- “Las Obligaciones”. Publicado en ocho ediciones entre 1985 y 2007, las siete primeras por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la última por Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Este libro constituye, en rigor, la exposición de motivos del libro sobre las obligaciones en el Código Civil de 1984.
- “Tratado de las Obligaciones” Tomos I al XVI. Publicados entre 1994 y 2003 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Estudio sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú. Publicado en México, en 1995, por la Universidad Nacional Autónoma de México.

(3)- FELIPE OSTERLING PARODI- MARIO CASTILLO FREYRE: “Tratado de las obligaciones”, tomo I, pp. 9 a 10.



- *“Compendio de Legislación Civil”*. Publicado en marzo de 2002 por el propio autor. *“La Mora”*. Publicado en el año 2004 por Editorial San Marcos.
- *“Páginas del viejo armario”*. Publicado por la Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente en el año 2005. Este libro es autobiográfico.
- *“La revisión de los contratos por el Poder Judicial”*. Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima. Nuevas Orientaciones del Derecho. Lima, 1965.
- *“Inmutabilidad de la cláusula penal”*. Derecho. Órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º XXIV, Lima, 1965.
- *“El pago con efectos de cambio”*. Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 1, año 1, octubre a diciembre de 1965.
- *“¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil comparado?”*. Thémis. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 5, año 3, Lima, segundo semestre de 1967.
- *“Inejecución de las obligaciones contractuales en el Código Civil Peruano de 1936: la indemnización de daños y perjuicios”*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1967.
- *“De las obligaciones y de sus modalidades y efectos. Anteproyecto”*. En: Proyectos y anteproyectos de La reforma del Código Civil. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980.
- *“De las Obligaciones con Cláusula Penal. Materiales de enseñanza del curso de obligaciones.”* Recopilación de lecturas de diversos autores. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982.
- *Draft Civil Code of Peru. Lawyers of the Americas. The University of Miami. Journal of International Law. vol. 14, n.º 3, 1983.*
- *“Inejecución de obligaciones”*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.
- *“De las Obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias”*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.
- *“La indemnización de daños y perjuicios”*. En: Libro homenaje al doctor José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985.
- *“Inejecución de obligaciones: dolo y culpa”*. En: Libro homenaje al doctor Rómulo Lanaita Cuihem. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986.

- *“La mora del deudor”*. Thémis, Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 8. Segunda Época, Lima, 1987.
- *“Inejecución de obligaciones. El caso fortuito o fuerza mayor y la ausencia de culpa”*. En: Libro de estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.
- *“Las obligaciones”*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.
- *“Obligaciones con cláusula penal”*. En: Libro Homenaje al Doctor Mario Alzamora Valdez. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1988.
- *“Contratación contemporánea. Efectos de la inflación. Nominalismo y valorismo”*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, organizado por el ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). En: Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano.
- *“Inejecución de Obligaciones en el Código Civil Peruano de 1984”*. En: Derecho Civil. Ponencias Presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de Noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.
- En colaboración con Mario Castillo Freyre ha escrito *“Tratado de las obligaciones”*. Tomos I al XVI publicado entre 1994 y el 2003 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- *“Estudio sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre).
- México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, octubre, 1995.
- *“La Controversia sobre las Obligaciones Naturales”*. En: Derecho Civil Patrimonial. Alfredo Bullard y Gastón Fernández. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- *“Responsabilidad Civil: costo comercial y costo social”*. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro en homenaje a Atilio Aníbal Aiterin L. Alberto José Bueres y Afda Kernelmajer de Carlucci (directores). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- *“La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del riesgo”*. En. Normas Legales. Legislación, Jurisprudencia y Doctrina. Tomo 286, marzo, 2000.
- *“Algunos Conceptos sobre la Teoría General de las Obligaciones”*. (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). En: “Homenaje por el Centenario del Nacimiento del Doctor José León Barandiarán”. Tomo II, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.

- *“Las Obligaciones de Hacer y de no Hacer”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Academia Peruana de Derecho, Libro en Homenaje a Javier Vargas y Vargas, Lima, 2000.
- *“La Compensación”*. (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Scribas, n° 4, año II, Arequipa, 1998.
- *“La Condonación”* (co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Jus et Ventas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 18, año IX, Lima, 1999.
- *“El Mutuo Disenso”* (en co-autoría con el Doctor Mario Freyre). Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, n° 4, año III, Lima, mayo, 1999.
- *“La Transacción”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 57, correspondiente a diciembre de 1997, publicado en octubre de 1999.
- *“Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Contexto del Código Civil de 1984”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, n° 5, año III, Lima, 1999.
- *“La Pérdida en las Obligaciones de Dar Bienes Ciertos y la Teoría del Riesgo”* (en-autoría con el Doctor Mario Castillo). Normas Legales, Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina, Tomo 286, Trujillo, marzo, 2000.
- *“El Incumplimiento en las Obligaciones Indivisibles y Solidarias”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revistas de Abogados, n° 4, año III, Lima, mayo, 2000.
- *“La Transferencia de Propiedad en el Perú”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *“Ius et Praxis”*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, correspondiente a enero-diciembre de 1999, publicado en noviembre del 2000.
- *“El Derecho Sucesorio y las Obligaciones de Sujeto Plural”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). De Iure, n° 2, año II, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2000.
- *“Los Intereses Compensatorios y Moratorios”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima, n° 10, año X, Lima, 2000.
- *“Las Obligaciones de dar Bienes Inciertos”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Notarius, Revista del Colegio de Notarios de Lima, n° 9, Año IX, Lima, 1999, publicado en el año 2000.
- *“Las Relaciones Internas entre los Deudores y entre los Acreedores de Obligaciones Indivisibles y Solidarias”* (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Bibliotecat del Colegio de Abogados de Lima, n° 2, año 1, Lima, diciembre, 2000.



- “El Tema Fundamental de las Obligaciones de Medios y de Resultados frente a la Responsabilidad Civil” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 53, Lima, diciembre, 2000.
- “Reflexiones en torno al Cumplimiento en las Obligaciones Indivisibles y Solidarias” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, n° 7, año IV, Lima, diciembre, 2000.
- “Los Medios Extintivos Distintos al Pago y las Obligaciones Indivisibles y Solidarias” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Jurídica del Perú, n° 18 año LI, Trujillo, enero, 2001.
- “Las Obligaciones Conjuntivas”. (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Abogados, n° 5, año III, Lima, marzo, 2001.
- “Consideraciones Generales Acerca del Pago de Intereses” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Advocatus, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2001.
- “El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Primera Parte)” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Jurídica del Perú, n° 20, año LI, Trujillo, marzo, 2001.
- “El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Segunda Parte)” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Jurídica del Perú, n° 21, año LI, Trujillo, marzo, 2001.
- “El Nominalismo y el Valorismo en el Perú (Tercera Parte)” (en-co-autoría con el Doctor Mario Casrtillo Freyre). Revista Jurídica del Perú, n.º 22, año LI, Trujillo, mayo, 2001.
- “Algunos Conceptos Generales sobre el Pago por Consignación” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Folio Real, Revista Peruana en Derecho Registral y Notarial, n° 5, año II, Lima, junio, 2001.
- “La Dación en Pago” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Ipso Jure, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Perú, n° 1, Lima, junio, 2001.
- “La Transmisión de las Obligaciones a los Herederos” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Abogados, n° 6, año III, Lima, julio, 2001.
- “Quién puede efectuar el Pago y quién está en aptitud de hacerlo” ( en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Derecho y Sociedad, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 16, año XII, Lima, agosto, 2001.
- “La Imputación del Pago” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Bibliotecal, del Colegio de Abogados de Lima. N° 3, año 2, Lima, noviembre, 2001.

- “Algunas Consideraciones acerca del Pago” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). En: *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. n° 8, año V, Lima, noviembre, 2001.
- “La Subrogación Legal o de Pleno Derecho” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Abogados*, n° 7, año 1V Lima, enero, 2002.
- “Historia del Sistema Francés de Transmisión de la Propiedad Inmueble” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Lumen*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. n° 1, año 1, Lima, enero, 2002.
- “El Pago Indebido y quien lo recibe de buena fe” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, n° 36, año LII, Trujillo, julio del 2002. Este artículo fue publicado nuevamente en el libro *Doctrina Contemporánea*, publicado por Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, mayo, 2003.
- “La Novación Objetiva” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, n° 37, año LII, Trujillo, agosto, 2002.
- “Clases de Compensación” (co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, *Gaceta Jurídica*, Tomo 106, septiembre, 2002.
- “Algunas consideraciones acerca de la novación” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n° 33, Lima, diciembre, 2002.
- “El deporte y la Responsabilidad Civil: Responsabilidad Civil derivada de actividades deportivas en general (Primera Parte)” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, n° 40, año LII, noviembre, 2002.
- “El deporte y la Responsabilidad Civil: Responsabilidad Civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o competidor (Segunda Parte)” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, n° 41, año LII, diciembre, 2002.
- “Indemnizando la Probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad” (en co-autoría con Alfonso Rebaza González). *Revista Jurídica del Perú*, n° 39, año LII. Lima: Editora Normas Legales S.A.C. octubre, 2002, pp. 5 1-66.
- “El deporte y la Responsabilidad Civil: Responsabilidad Civil derivada de los espectáculos deportivos, respecto de daños sufridos por los espectadores”. Tercera Parte (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, n° 42, año LIII, enero, 2003.
- “Responsabilidad Civil derivada del Divorcio” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, n° 44, año LIII, marzo, 2003.
- “Responsabilidad Civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, n° 47, junio, 2003.

- “Responsabilidad Civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Derecho y Sociedad, n° 20, julio, 2003.
- “La Responsabilidad de los Profesionales” (en co-autoría con el Doctor Mario Castillo Freyre). Revista Foro Jurídico, n° 2, año 1, julio, 2003.
- El proyecto del Código Civil y el derecho de obligaciones. Revista Themis, No. 1. Junio 1984.
- De la reforma del Código Civil de 1984. Derecho de Obligaciones. Revista Themis. Mayo 1997.
- Supuestos en que no se permite la compensación. FOP. III Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial organizado por la Facultad de Derecho de la UNMSM. 26 NOV 1998.
- La concurrencia de acreedores de bienes muebles e inmuebles. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre) Revista Jurídica de la Facultad de Derecho Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque. Marzo 2000.
- Algunas consideraciones conceptuales acerca de los intereses. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre) UNMSM. Abril 1999.
- Las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión en el Código Civil peruano de 1984. Abril 1999.
- Algunas reflexiones en torno a la usura. (A propósito de un Proyecto de Ley presentado para atenuar sus consecuencias) (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre). Noviembre 1999.
- Las Obligaciones Facultativas. Libro Responsabilidad Profesional, Gaceta Jurídica. Setiembre 2000.
- Algunas consideraciones acerca del pago con subrogación. Colegio de Abogados de Puno. Diciembre 2000.
- Algunas consideraciones relativas a las obligaciones indivisibles y solidarias. Revista Ius et Ventas No. 22. Junio 2001
- Ofrecimiento de pago previo a la consignación. Revista de los Estudiantes, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UNMSM. Agosto 2001.
- Novación Legal. Revista Magíster de Derecho Civil de la PUCP. Agosto 2002.
- Análisis de la Funcionalidad de la Cláusula Penal. Agosto 2002.
- Conceptos Clasificatorios de la Mora. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre). Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad.
- La Mayoría de Edad del Código Civil de 1984. Revista Actualidad Jurídica Noviembre 2002.



- La Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre). Libro homenaje al doctor Jorge Avendaño Valdez. Noviembre 2002.
- Algunas Reflexiones sobre los Actos Discriminatorios y la Responsabilidad Civil. Libro homenaje doctor Enrique Rávago Bustamante. Marzo 2003.
- El Daño Moral. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre). Revista Bibliotecal del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Marzo 2004.
- Del pago con Títulos Valores, La Cancelación de los Títulos Valores y el Efecto del Pago. Tratado de Derecho Comercial.
- Algunas Consideraciones sobre la Condonación. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre).
- A Doscientos Años del Código Napoleón. Academia Peruana de Derecho, homenaje doctor Max Arias-Schreiber Pezet. Setiembre 2004.
- Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario. (En co-autoría con el doctor Mario Castillo Freyre). Revista Sociedad y Derecho de la PUCP. Setiembre 2004.
- El rol de los abogados ante los poderes del Estado. Revista La Toga, Huanuco. Noviembre 2004.
- Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones. (En co-autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Revista Ius et Ventas. Año 2005.
- Notas acerca de la frustración de expectativas; la configuración de la pérdida de una chance como daño emergente y su cuantificación. (En co-autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Revista de Derecho Universidad Católica de Santa María, Arequipa. Mayo 2005.
- Notas sobre la ruptura injustificada de tratativas y algunos elementos para su indemnización. (En co-autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Libro homenaje Dr. Mosset Iturraspe. Julio 2005.
- El Arbitraje Nacional e Internacional en el Perú. Libro homenaje maestro sanmarquino doctor Jorge Eugenio Castañeda. Setiembre 2005.
- Resolución por incumplimiento, penas obligacionales y fraude a la ley. (En co-autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Libro homenaje doctor José León Barandiarán. Setiembre 2005.
- La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332 del Código Civil. (En co-autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Primer Volumen Colección de Estudios de Derecho Patrimonial. Agosto 2006.
- Temas sobre derecho de obligaciones: ideas para una reforma. Libro Temas actuales de Derecho Civil. Editora Normas Legales. Año 2006.

- Damocles y el fundamento de la sanción del artículo 1233 del Código Civil. En co- autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Libro homenaje doctor Fernando de Trazegnies Granda. Abril 2007.
- Mora del acreedor, fundamentos y alcances sobre los mecanismos de liberación. (En co- autoría con el doctor Alfonso Rebaza González). Revista Jus-Doctrina & Práctica No. 5. Mayo 2007.
- La pérdida de la oportunidad o chance en la jurisprudencia. Revista Jus Jurisprudencia. Junio 2007.

En su última y más reciente edición de “Las Obligaciones”, edición actualizada, editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 38 a 40, el profesor Osterling trata un tema de gran vigencia procesal: las “Astreintes” que corresponde a una de las facultades de todo Juez en la dirección del proceso. Veámoslo: “Condenada una persona al cumplimiento de una obligación mediante resolución judicial, el juez impone al obligado una pena o multa por vía de retardo. El deudor se encuentra así en la necesidad de ejecutar la obligación o de incurrir en una pena que por su acumulación puede llegar a representar suma importante”.

“Este sistema, rezago pretoriano en el Derecho Francés, es recogido, entre otras legislaciones, por el artículo 666 bis del Código Civil Argentino, incorporado por la ley N°. 17711 del 22 de abril de 1968; por los artículos 5 a 8 de la ley francesa N°. 72-626 del 5 de julio de 1972 y por la ley uruguaya N°. 14978 del 14 de diciembre de 1979”.

“En cuanto a su naturaleza jurídica, cabe indicar que durante muchos años, particularmente en Francia, las condenas conminatorias fueron presentadas en forma encubierta como una modalidad de indemnización de daños y perjuicios, a fin de superar el obstáculo que se derivaba de atribuirles la calidad de pena privada, ya que se consideraba que ello era contrario al principio *nulla poena sine lege praevia* puesto que no existía precepto legal que las consagrara. Sin embargo, su naturaleza es distinta, tal como lo aclaró la Corte de Casación Francesa en su sentencia de fecha 20 de octubre de 1959 y según la cual:

1°. La «astreinte» es una medida compulsiva enteramente diferente de los daños y perjuicios.

2°. Es un medio de vencer la resistencia opuesta a la ejecución de una condena y no tiene por fin compensar el daño por el retardo”.

“Las condenas conminatorias pueden ser dejadas sin efecto o modificadas, tanto para aumentarlas como para disminuirlas; ellas se fijan arbitrariamente, sin relación o proporción con el monto de los perjuicios. Tales condenas están más bien destinadas a que los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial sean cumplidos, y mediante ello, que lo sean las decisiones judiciales”.

“Las «astreintes», en conclusión, son arbitrarias, conminatorias y provisionales. Son arbitrarias por la desproporción de la condena pronunciada contra el deudor; es precisamente la exageración lo que puede decidirlo a cumplir la sentencia. Son conminatorias porque constituyen una amenaza que no se convierte de inmediato en deuda definitiva. Son provisionales porque no se imponen sino a título de amenaza. La condena no es definitiva; ella puede ser



reducida o aumentada y aun suprimida, según las circunstancias. Por eso su fundamento se ha extraído del Derecho Civil para ubicarlo en la legislación procesal”.

“Las «astreintes», en suma, no desempeñan una función de resarcimiento ni constituyen una indemnización de daños y perjuicios. Son una amenaza de sanción, más que una sanción en sí misma. Tiene esta figura jurídica un efecto intimidatorio -ejercitar presión psicológica sobre el conminado-, más que uno punitivo. Se trata de una condena pecuniaria de carácter provisional pronunciada para asegurar la ejecución de una decisión del juez”.

“Por las consideraciones que anteceden, el Libro VI del Código Civil de 1984 no ha regulado la institución de las «astreintes». Si se quiere adoptar esta institución, ella deberá incorporarse en el Derecho Procesal”.

(Felipe Osterling Parodi: “Las obligaciones” 8ª edición  
pp. 38 a 40, editorial Grijley, Lima, febrero del 2007).

El Código Procesal Civil Peruano de 1993 reguló el tema de las <<astreintes>> en el artículo 53: **“Facultades coercitivas del Juez.-** En atención al fin promovido y buscado en el artículo 52°, el Juez puede: 1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión. La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación”.

En atención a sus brillantes investigaciones en el Derecho de las Obligaciones Osterling fue propuesto para integrar la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. La propuesta fue formulada por la Sala Plena de la Corte Suprema el 31 de diciembre de 1970. Nos narra Felipe en la página 119 y passim de su libro de memorias “Paginas del viejo armario” que el 31 de diciembre de 1970 horas antes de celebrar el año nuevo recibió en su casa una llamada telefónica de la Corte Suprema. Era el doctor Andrés León Montalbán, Vocal de la Primera Sala Civil y Profesor de Derecho Comercial en la Universidad Católica quien había sido maestro de Felipe Osterling en la Facultad de Derecho. Cuenta Felipe que el doctor León Montalbán le dijo:

-“Vea Felipe, estamos en Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y nos tiene muy preocupados el tema del Código Civil. Hace muchos años que se ha formado la Comisión Reformadora y no ha avanzado absolutamente nada. El trabajo está literalmente empantanado. La dificultad está en que mientras sea un vocal supremo quien la presida, sucederá lo mismo: no tendrá tiempo para ocuparse del código ni para hacer trabajar a los demás”.

“Me explicó luego que la Sala Plena había resuelto que el delegado de la Corte no tenía por qué ser un vocal supremo, ya que la ley la facultaba a designar un “delegado”, no necesariamente uno de sus vocales. El acuerdo era nombrar a un abogado distinguido y de prestigio profesional, que estuviera dispuesto a trabajar en la mentada reforma. En atención a lo cual la Sala había acordado hacía algunos minutos invitarme a que me incorporara a la Comisión Reformadora en condición de representante de la Corte Suprema de la República. Deseaba saber si yo estaría dispuesto a aceptar la designación”.

“La noticia me cayó como un piano del quinto piso, pero me llenó de felicidad. Con toda honestidad debo confesar que la idea de integrar esta comisión me parecía sumamente atrac-



tiva, tal vez por mi inocultable vocación por el Derecho, tan antigua como mi primer día de clase en la facultad. Desde su creación me dije a mí mismo y en secreto que si me hubieran elegido, habría podido ofrecer un importante caudal de trabajo a la comisión, particularmente en el campo del Derecho de Obligaciones, especialidad sobre la cual dictaba clases desde hacía seis años”.

“Un “adolescente” dijo sí”...”De inmediato cumplí ante el doctor Andrés León Montalbán el ritual de la gratitud por haber sido elegido y la modestia por mis escasos merecimientos, agregando que estaba dispuesto a trabajar con todo el empeño y capacidad de que fuera capaz para que el país contara con un Código Civil ejemplar”.

“Fina compartía mi alegría exultante de aquella noche y nos fuimos a recibir el Año Nuevo a una fiesta, tal como teníamos previsto antes de la llamada. Pero una gota de ajeno se mezcló muy pronto con el alegre espumante de los brindis. Conté a varios amigos abogados mi ya decidida designación como delegado de la Suprema y la felicidad que me embargaba. Me abrazaban, brindábamos y me sentía en la gloria. Hasta que uno de ellos, con evidente preocupación, me advirtió:

-Felipe, ¿te has dado cuenta de que te corresponde presidir la comisión...? De acuerdo con la ley, el delegado de la Corte Suprema es quien la preside, sea o no vocal. La Corte te está entregando la presidencia. ¿Cómo les sentará a los demás...?”

“Lo que me cayó esta vez desde el quinto piso fue un baldazo de agua helada. No había advertido que mi nombramiento no era solo para incorporarme a la comisión como un miembro más: tendría la obligación de encabezarla. Lo cual quería decir que presidiría a notables abogados de la estatura de don José León Barandiarán, probablemente el más importante jurista en el Perú del siglo XX, y a maestros de la talla de Félix Navarro Irvine; Jorge Eugenio Castañeda, veterano en la enseñanza de su especialidad; Max Arias-Schreiber, mi gran amigo, es cierto, pero diez años mayor que yo en edad y experiencia; Jorge Vega García, abogado principal y maestro en el Estudio Olaechea...”

“¿Cómo recibirían todas estas distinguidas personalidades del Derecho, la cátedra, el foro y el ejercicio profesional la noticia de que iban a ser regidas por un abogado de 38 años? Una edad casi inverosímil para un cargo designado por el Pleno de la Corte Suprema y para semejante responsabilidad.”

“Casi todos los miembros de la comisión habían sido mis maestros en la Facultad de Derecho o en el Estudio Olaechea. ¿Aceptarían sin irritación o molestia que la Suprema hubiera designado a un “adolescente”, si lo comparaban con sus propias trayectorias, para que presidiera el trabajo del equipo? ¿Cómo se me había ocurrido aceptar? ¿Qué pasaría si todos o la mayor parte renunciaban y me quedaba sin comisión...?”

“Comprensivas amistades. ..”Aquella madrugada del Año Nuevo de 1971 y los primeros días de enero los pasé presa de una extraña mezcla de felicidad y pavor, en la que se mezclaban angustias, preguntas fatídicas y premoniciones inquietantes. Me parecía muy halagadora y estimulante la designación, al mismo tiempo que una brillante imprudencia haberla aceptado y me sentía en la antesala de un desastre del que quedaría memoria. Recuerdo que encontré para mi ánimo una metáfora correcta: me habían regalado un bellissimo ejemplar pura sangre, pero tenía que montarlo yo mismo en todas las carreras...”

“El 2 de enero, día laborable, estaba en el Estudio Olaechea el doctor Jorge Vega García, uno de los socios principales y miembro de la comisión. A primera hora de la mañana le conté lo ocurrido y le expliqué que me parecía una grave imprudencia de mi parte el haber aceptado. Con gran generosidad y afecto logró tranquilizarme: no debía preocuparme ya que no habría problema. A pesar de la diferencia de edades y experiencias, sería bienvenido a la comisión y nadie lo tomaría a mal. También se lo conté a Max Arias-Schreiber, mi íntimo amigo de tantos años. Repitió que no veía problema alguno y que él estaba encantado de que yo hubiese sido designado, manifestando su disposición a colaborar con el nuevo presidente, sin condición alguna y con el mayor interés”.

“El nombramiento se publicó en el diario El Peruano pocos días después. No había retroceso posible. Con la nerviosidad propia de una debutante, convoqué a la primera sesión y recibí felicitaciones y respaldo casi unánime. Casi, porque dos de los miembros no concurren. Sus nombres no vienen a cuento. Serían los mismos que, sin haber renunciado a la comisión, jamás concurren a las sesiones a lo largo de los años que demandó el arduo trabajo y tampoco justificaron sus ausencias”.

“Compensaba con creces esta mezquindad el hecho de que alguien con el talento y prestigio del maestro José León Barandiarán jamás faltó a una sola sesión. Otros dos grandes juristas, Jorge Vega García y Max Arias-Schreiber, concurren con absoluta regularidad y puntualidad a cada reunión y debates de la Comisión Reformadora”.

“Bajo cuatro mil volúmenes”... “Con autorización de los socios, comenzamos a trabajar en el Estudio Olaechea, en una confortable sala y con una espléndida biblioteca especializada a nuestra disposición, formada fundamentalmente por el doctor Manuel Augusto Olaechea y que por entonces debía reunir ya algo así como cuatro mil títulos en tratados, colecciones, diccionarios y obras de Derecho. Resultaba muy cómodo tener tan importante biblioteca actualizada y a la mano, ya que los debates, desacuerdos y propuestas en los artículos del código que eran motivo de nuestras eventuales discusiones tenían el rápido respaldo de la consulta a especialistas que hubieran tratado los temas”.

“La rutina que establecimos consistía en reunimos una vez por semana, entre 6:30 y 9:30 o 10 de la noche, para revisar o discutir lo que cada uno y por su cuenta había trabajado durante la semana, como ponencias sobre los temas, títulos y materias que teníamos entre manos. Cada uno llevaba cuatro o seis y quizás hasta diez artículos de una materia o institución del Derecho para la discusión en común”.

“Un Código de Derecho, a diferencia de un ensayo, biografía o novela, se prepara en aparente desorden, diseñando los artículos como “fichas” individuales de un gran rompecabezas que luego hay que armar como conjunto. Podía ocurrir que un solo artículo nos tomara dos sesiones consecutivas. Podía haber desacuerdos en temas muy complejos”.

“A pesar del ritmo de trabajo que nos habíamos impuesto y de la puntualidad en la concurrencia -con las dos penosas excepciones anotadas-, me di cuenta claramente de que estábamos empantanados por culpa del sistema de trabajo que aplicábamos. No era posible que empleáramos hasta seis horas en debatir un artículo de un futuro código que al final tendría 2,070 artículos. En un cálculo sencillo de la tarea por delante, advertí que me tomaría los próximos 40 años de mi vida, al cabo de los cuales aún no tendríamos el nuevo Código Civil”.



“Previa consulta y acuerdo con los miembros de la comisión, me dirigí al gobierno, que para entonces presidía el general Francisco Morales Bermúdez, a fin de que permitiera ampliar el número de componentes con especialistas en temas de Derecho, incorporando a ilustres juristas que podían ayudarnos, de acuerdo con los requerimientos y exigencias del trabajo. Entre ellos, los doctores Manuel de la Puente y Lavalle y Fernando Vidal Ramírez, por citar dos nombres. Ello nos ayudaría a avanzar con mayor celeridad. El gobierno aceptó de inmediato, lo que nos permitió incorporar nuevos miembros, además de algunos jóvenes abogados en condición de asesores e investigadores”.

Bajo la dinámica conducción de Felipe Osterling la Comisión Reformadora del Código Civil concluyó sus labores el 15 de julio de 1981 en la que se entregó el anteproyecto con ocasión de la V Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-Luso-Americanos y de Filipinas en una ceremonia llevada a cabo en el llamado “salon de los pasos perdidos” de la Corte Suprema, en el hall principal del Palacio de Justicia, siendo Presidente de la Corte Suprema el doctor Alvaro Chocano Marina y Presidente del Senado y del Congreso el doctor Oscar Trilles. El proyecto constaba de 2070 artículos. En el ínterin Felipe Osterling fue nombrado Ministro de Justicia el 28 de julio de 1980 durante el régimen de Fernando Belaunde Terry.

En el capítulo 8º de sus “Páginas del Viejo Armario” Felipe nos ha contado las vicisitudes de su ministerio y de lo que se llamó “el amanecer de la democracia” y de cómo recibió el apoyo de los “tres mosqueteros” de Pescadería: Mario Pasco Cosmópolis gran laboralista y brillante profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica, hombre de convicciones morales y cívicas excepcionales y, además excelente amigo mío y de Felipe; Jorge Muñiz Ziches, abogado talentoso y dinámico, otro jurista brillante en esta constelación notable. Hay que añadir a Nicanor Silva Salgado, egregio jurista, asesor de Felipe Osterling durante su gestión ministerial, un hombre de principios como él solía autodefinirse, un sabio en todas las áreas del Derecho que dominaba por igual. Nos narra Osterling todas sus vicisitudes y singularmente el inigualable apoyo que le brindaron Jorge Vega Velazco y Carlos Cardenas Quiroz, otro notable jurista, hoy miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, en el problema de la restitución de los medios de prensa a quienes habían sido despojados por la dictadura de Velasco. Nos narra también “la noche de las tijeras largas”, “la justicia herida”, “los muñones de la justicia”, de cómo “sometida sin misericordia, una y otra vez, la Corte Suprema fue mutilada sucesivamente para suprir a sus magistrados”. Hoy las vicisitudes son las mismas, largas de contar... . Básteme al dar cuenta de estas “Páginas” que las vivencias y las vicisitudes se repiten una y otra vez, cual “corsi e ricorsi” de la historia y como el mito de “Sísifo” del personaje legendario...

La trayectoria intelectual y los éxitos de Felipe Osterling me enorgullecen porque están escritos en el libro del Destino. Me alegra sentir todos y cada uno de los triunfos personales, intelectuales y profesionales de este gran jurista, hoy Presidente de la Academia Peruana de Derecho y mañana, como siempre, uno de los más grandes hombres que he conocido en mi vida.



## JORGE AVENDAÑO

Nació en Lima el 24 de mayo de 1933 y ha sucedido desde abril del 2008 a Felipe Osterling Parodi en la Presidencia de la Academia Peruana de Derecho en la que se incorporó el 16 de julio de 1993. Es un brillante profesor universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en la que dicta desde 1957 el curso de Derechos Reales, habiendo dictado esporádicamente Sucesiones, Derecho Registral, Personas, Procesal Civil y Garantías. Pero aparte de su brillantez en la docencia, carisma que le ha merecido el desempeñar por dos veces el Decanato de la Facultad de Derecho (1964-1970) y (1987 a 1993), es un brillante Abogado, virtud suprema que le valió ser elegido y reelegido Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1993 y 1994. Pero, además, ha sido un brillante Congresista integrando el movimiento político Unión por el Perú (U.P.P.) juramentando el 28 de julio de 1995 hasta el 2000, gestión de la que nos da cuenta en su libro "A la luz del Derecho. Cinco años en el Congreso de la República", primera edición, octubre del 2000.

Pero además de Legislador y Congresista es Codificador. Es el ponente del libro V del Código Civil Peruano de 1984 que trata sobre los Derechos Reales, desde el artículo 881 hasta el 1131.

Entre sus evocaciones de los grandes juristas merece destacarse su discurso "La personalidad de Manuel Vicente Villarán", publicado en la Revista del Foro, mayo de 1963, N° 3; "En memoria al doctor Luís Eche copar García", publicado en la Revista de Derecho, año 1964, N° 23; "In memoriam, Ismael Bielich Flórez", publicado en la Revista Themis, N° 3, primera época, julio de 1966. Entre sus publicaciones hay que ameritar una serie de libros, estudios, investigaciones y apuntes que todos hemos leído y estudiado:

"Apuntes de Derecho registral", publicado en la Revista de Derecho, N° 19, año XVII, (diciembre de 1960); "La prenda", publicado en la Revista de Derecho, N° 23, año XXI, (diciembre de 1964); "Título supletorios y acción declarativa de prescripción", publicado en la Revista Themis, N° 1, año I, primera época, 1965; "Los títulos valores", publicado en la Revista Themis, N° 5, primera época, 1967; "Nuevos conceptos en la enseñanza e investigación del Derecho", publicado en la Revista de Derecho, N° 27, 1969; "Derechos Reales", (materiales de enseñanza), primera edición, Lima, 1971; "La posesión en el Código Civil de 1984", publicado en el Libro Homenaje a José León Barandiarán, pag. 27 a 39; Cultural Cusco S.A., Lima, 1985; "La posesión ilegítima o precaria", publicado en la Revista Themis, N° 4, 1986; "Garantías", (materiales de enseñanza), primera edición, Lima, 1989; "El registro Predial y la seguridad jurídica en los previos rústicos", publicado en la Revista Themis, N° 26, 1993; "El Derecho de propiedad en la Constitución", publicado en la Revista Themis, N° 30, 1994; etc.

Hace 41 años cuando nadie aún había pensado en un Libro Homenaje a su persona publiqué un estudio intitulado "Teoría General de los Derechos Reales", con la siguiente dedicatoria: "A Jorge Avendaño, gloria de la escuela civilista peruana, en testimonio de mi más alto aprecio intelectual y a la memoria de Jorge Eugenio Castañeda, mi inolvidable maestro en la vieja Casona de San Marcos", publicado en la "Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales", Trujillo, 1967, págs. 176 a 234 y reeditado en mi libro "La Ciencia del Derecho procesal", pag. 477 a 510, editorial Fecal, Lima, 1991".

En el año 2004 el Fondo Editorial de la Universidad Católica publicó el Libro - Homenaje a Jorge Avendaño en 2 tomos con el cual se rindió culto a un gran profesor, a un gran legislador y a un célebre jurista.

---

## FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

Es uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo. Nació en Lima el 23 de agosto de 1934. Ha sido profesor de Derecho Civil en la Universidad de San Marcos, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad Católica de Lima. Alterna la cátedra con el foro, con el Colegio de Abogados de Lima - del que fue Decano en el periodo 1987 - 1989 y en la Academia Peruana de Derecho de la que es Miembro de Número, de la que fue su Secretario y, luego, Presidente de la Junta Directiva (2004-2005).

Fernando Vidal Ramírez, es uno de los grandes autores del Código Civil peruano de 1984; ha dedicado notables páginas a la historiografía en su libro "Introducción al Derecho Civil Peruano", Walter Gutiérrez, editor, Lima, 1992, del cual es una luminosa síntesis su Prólogo a la edición oficial del Código Civil editado bajo los auspicios del Ministerio de Justicia, Lima, 1996; debe leerse, asimismo, su libro fundamental: "El Acto Jurídico", cuarta edición, reimpresión primera, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Mayo de 1999 ; debe citarse asimismo su estudio "El Derecho Civil Peruano posterior al Código Civil de 1984" en el "Libro-Homenaje a José León Barandiarán", en el tomo III, pp. 921 a 950, fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2000.

Su vida representa el símbolo del arte del derecho- en el sentido con el que Francesco Carnelutti aludía en fervorosa evocación a Vittorio Scialoja, el célebre "caposcuola" de la "escuela italiana del Derecho", "pues su vida representa la solución ejemplar del problema de las relaciones entre la actividad teórica y la actividad práctica del jurista en que consiste el secreto del arte".(1)

Los discípulos del maestro Jose León Barandiarán, que lo somos todos, le hicimos un famoso "Libro Homenaje" que se publicó por la Editorial Cultural Cuzco S.A. en Lima en el año 1985. En dicho "Libro Homenaje" Fernando Vidal Ramírez escribió: "El Derecho Subjetivo y la Acción", en la página 525 a 554. En ese mismo libro escribió una luminosa semblanza, intitulada: "In honorem tanti festi, Maestro" que corre de la página 595 a la 596.

Debe citarse asimismo su estudio "El Derecho Civil Peruano posterior al Código Civil de 1984 en el "Homenaje a José León Barandiarán", pp. 921 a 950, en el tomo III, editado por el "Fondo Editorial del Congreso del Perú", Lima, 2000.

Además ha escrito: "El Testamento como Acto Jurídico", en el "Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem", pp. 507 a 533, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú, 1986.

En el "Anuario de la Academia Peruana de Derecho" ( 2000-2001), publicó un notable estudio intitulado "Velez Sarsfield en la Codificación Civil Peruana", pag. 245 y siguientes, en el que sostuvo que el Proyecto de Texeira de Freitas de 1865, el artículo 944 del Código Civil Argentino y el artículo 82 del Código Civil Brasileño de 1916 constituyeron la fuente del artículo 1075 del Código Civil Peruano de 1936, especialmente la fórmula del Código Brasileño, cuya redacción fue adoptada por don Manuel Augusto Olaechea. Decía el Código de Clovis Bevilacqua que "A validade do ato juridico requer agente capaz, objeto licito e forma prescrita ou nau defesa em lei".

Por su parte, el artículo 944 del Código de Velez Sarsfield establecía lo siguiente: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos."



A la luz de estos antecedentes el Código Civil Peruano de 1936 consagraba su conocidísima fórmula del artículo 1075 con la que empezaba el famoso Libro V que trataba de las Obligaciones y con la que empezaba la Sección Primera que trataba del Acto Jurídico: “Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley”.

Las reflexiones de Fernando Vidal Ramírez las he visto desarrollarse no solo en el patrocinio forense sino, sobre todo, en sus discursos como Presidente de la Academia Peruana de Derecho y como Decano del Colegio de Abogados de Lima, en la presentación de algunos de los más notables miembros de número de la Academia, en reseñas bibliográficas y en su argumentación siempre brillante y siempre amena. Doy fé de que lo he escuchado informar oralmente como Presidente de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en numerosas causas –y en todas ellas- su estilo era sumamente clásico y elegante; por ello y atendiendo a que “l’estile c’est l’homme meme” yo ubico a Fernando Vidal Ramírez entre nuestros grandes clásicos. Debo dar cuenta aún de algunas de sus investigaciones, tales como:

- “Los Valores Negociables en la Bolsa”, en el “Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez”, pp. 627 a 672, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú, 1988.
- “La Bolsa de Valores. Un Ensayo de Derecho Bursátil”, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1988.
- “La Noción del Acto Jurídico en el Código Civil”, en el “Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi”, pp. 725 a 746, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú, 1989.
- “El Proceso Histórico de la formación del Derecho Civil Peruano”, en el “Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor”, pp. 765 a 779, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú, 1992.
- “Elogio de Max Arias Schreiber Pezet”, en el “Libro Homenaje a Max Arias Schreiber Pezet” pp. 5 a 17, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2005.
- “Semblanza y elogio del Maestro José León Barandiarán”, pp. 167 a 174, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, en “Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004-2005”.
- “La emisión de Obligaciones por las Sociedades Anónimas”, estudio publicado en la Revista de Jurisprudencia Peruana N° 337, Lima 1972.
- “Intermediarios del Mercado de Valores”. Derecho N° 31, Lima, 1973.
- “Irrevindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa”, Derecho N° 32, Lima, 1974.
- “La actividad bursátil en el Perú, en Memoria de la 3ª Asamblea General de la FIABV”, México, noviembre de 1976.
- “La colocación de valores”, Gerencia N° 45, Lima, 1978.
- “Negociación en Bolsa de las acciones laborales”, en Boletín Bursátil N° 2, Lima, noviembre de 1978.
- “Negociabilidad de los derechos de suscripción”, en Boletín Bursátil N° 3, Lima, diciembre de 1978.
- “El Mercado de Valores y la Bolsa”, en la Revista de la Escuela Empresarial Andina, N° 5, Lima, 1979.
- “Interpretación del art. 12 del Reglamento de Opresiones en Rueda de Bolsa”, en Boletín Bursátil N° 4, Lima, enero de 1979.
- “Revisión del Reglamento para admisión a cotización”, en Boletín Bursátil N° 5, Lima, febrero de 1979.
- “Seguridad jurídica de los valores adquiridos en Bolsa”, en Boletín Bursátil N° 6, Lima, marzo-abril de 1979.
- “Es necesario promover incentivos tributarios para el Mercado de Valores”, en Boletín Bursátil N° 7, Lima, mayo de 1979.

- *“La información y la transparencia del Mercado”*, en Boletín Bursátil N° 8, Lima, junio-julio de 1979.
- *“La información y el desarrollo del Mercado”*, en Boletín Bursátil N° 9, Lima, agosto de 1979.
- *“¿Procede la entrega de duplicado de cédulas hipotecarias sin respetar el tránsito del término prescriptorio?”*, en la Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica Bancaria N° 3, Lima, 1979.
- *“Es necesario extender el Mercado Bursátil”*, en Boletín Bursátil N° 10, Lima, setiembre-octubre de 1979.
- *“Problemática de las acciones laborales”*, en Boletín Bursátil N° 12, Lima, enero de 1980.
- *“La sindicación de acciones, ¿solución?”*, en Boletín Bursátil N° 13, Lima, febrero de 1980.
- *“Procedimiento para el retiro de la inscripción en los Registros de la Bolsa”*, en Boletín Bursátil N° 15, Lima, abril de 1980.
- *“La oferta pública como instrumento de financiamiento, en el Mercado de Valores y el financiamiento del desarrollo”*, Edición de la Bolsa de Valores de Lima, Lima, diciembre de 1980.
- *“La transparencia del Mercado Bursátil”*, en Boletín Bursátil N° 20, Lima, octubre de 1980.
- *“Función social y económica de las Bolsas de Valores. La experiencia peruana: Las acciones laborales, en Memoria de la 7ª Asamblea General de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores”*, Santiago de Chile, noviembre de 1980.
- *“La acción laboral como valor mobiliario”*, en la Revista de Jurisprudencia Peruana N° S. 436-443, Lima, mayo-diciembre de 1980.
- *“Los certificados provisionales que emiten las empresas deben tener el carácter de no negociables”*, en Boletín Bursátil N° 22, Lima, diciembre de 1980.
- *“Es necesario alentar el desarrollo del Mercado”*, en Boletín Bursátil N° 22, Lima, diciembre de 1980.
- *“Se crea el sistema de corresponsalías”*, en Boletín Bursátil N° 23, Lima, enero de 1981.
- *“La importancia de la transparencia del Mercado de Valores”*, en Boletín Bursátil N° 24, Lima, febrero de 1981.
- *“Las Bolsas de Valores y las instituciones financieras de desarrollo”*, en Boletín Bursátil N° 27, Lima, mayo de 1981.
- *“La Ley Normativa del Mercado Bursátil”*, en Boletín Bursátil N° 28, junio de 1981.
- *“La Negociabilidad de los certificados provisionales”*, en Boletín Bursátil N° 29, Lima, julio de 1981.
- *“El nuevo procedimiento para la administración a cotización de valores, su suspensión y retiro”*, en Boletín Bursátil N° 30, Lima, agosto de 1981.
- *“La regulación legal de la Bolsa de Valores de Lima”*, en Memoria de la 8ª Asamblea de la Federación Iberoamericana de Bolsas de valores, Madrid, 1981.
- *“La irreivindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa”*, en Boletín Bursátil N° 33, Lima, noviembre de 1981.
- *“La negociabilidad de los derechos de suscripción”*, en Boletín Bursátil N° 34, Lima diciembre de 1981.
- *“Avances en materia de integración en el Área Andina. Problemas y Perspectivas”*, en Ciencia Económica N° s 11 y 12, Lima, enero-julio de 1982.
- *“Felipe Marrou y la Bolsa”*, en Boletín Bursátil N° 35, Lima, enero de 1982.
- *“La situación del Mercado”*, en Boletín Bursátil N° 35, Lima, enero de 1982.
- *“Es necesario incentivar la inversión en valores admitidos a cotización”*, en Boletín Bursátil N° 36, Lima, febrero de 1982.
- *“El derecho a negociar valores en un Mercado organizado como es el Bursátil”*, en Boletín Bursátil N° 37, Lima, marzo de 1982.



- *“El anuncio del pago de dividendos obliga a las empresas”*, en Boletín Bursátil N° 38, Lima, abril de 1982.
- *“El nuevo Reglamento para la inscripción en Bolsa de títulos-valores emitidos por personas jurídicas de derecho privado, la suspensión de su cotización y su retiro”*, en Boletín Bursátil N° 39, Lima, mayo de 1982.
- *“La Nueva Ley General de Industrias”*, en Boletín Bursátil N° 40, Lima, junio de 1982.
- *“La responsabilidad del Agente de Bolsa”*, en Boletín Bursátil N° 41, Lima, julio de 1982.
- *“Naturaleza Jurídica de la Bolsa de Valores”*, en Banca N° 1, agosto de 1982.
- *“La reforma de la Ley de Sociedades Mercantiles”*, en Boletín Bursátil N° 42, Lima, agosto de 1982.
- *“La constitución de sociedades corredoras”*, en Boletín Bursátil N° 44, Lima, octubre de 1982.
- *“Es necesario estimular la inversión en valores bursátiles”*, en Boletín Bursátil N° 45, Lima, noviembre de 1982.
- *“El principio de la irrevindicabilidad y el mérito legal de las cartas de transferencia”*, en Boletín Bursátil N° 46, Lima, diciembre de 1982.
- *“La Mesa de Negociaciones”*, en Boletín Bursátil N° 47, Lima, enero de 1983.
- *“Las limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de los títulos accionarios”*, en Boletín Bursátil N° 48, Lima, febrero de 1983.
- *“Los Bonos para el funcionamiento de la actividad industrial”*, en Boletín Bursátil N° 49, Lima, marzo de 1983.
- *“La reserva bursátil”*, en Boletín Bursátil N° 50, Lima, abril de 1983.
- *“Aspectos jurídicos de la negociabilidad de los valores en la Ley de Sociedades Mercantiles y la protección del inversionista”*, en Edición de la Bolsa de Valores de Lima, Lima, 1983.
- *“El fallo inapelable del Director de la Rueda”*, en Boletín Bursátil N° 51, Lima, mayo de 1983.
- *“El reto a la intermediación”*, en Boletín Bursátil N° 52, Lima, junio de 1983.
- *“Los Bonos de Reconstrucción”*, en Boletín Bursátil N° 54, Lima, agosto de 1983.
- *“La responsabilidad derivada del uso de “información privilegiada”*, en Boletín Bursátil N° 56, Lima, octubre de 1983.
- *“Naturaleza Jurídica de la emisión de obligaciones”*, en Boletín mensual de la Bolsa de Bogotá N° 58, Bogotá, noviembre de 1983.
- *“La Bolsa y los comitentes de los Agentes de Bolsa”*, en Boletín Bursátil N° 57, Lima, noviembre de 1983.
- *“El nuevo Reglamento de las Operaciones en Rueda”*, en Boletín Bursátil N° 58, Lima, diciembre de 1983.
- *“Las funciones de la Bolsa”*, en Boletín bursátil N° 60, Lima, febrero de 1984.
- *“Las instituciones y el ámbito de su competencia”*, en Boletín Bursátil N° 61, Lima, marzo de 1984.
- *“El Mercado de Valores como fuente alternativa de financiamiento empresarial”*, en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 62, Lima, mayo-junio de 1984.
- *“Las operaciones a plazo fijo y de reporto”*, en Boletín Bursátil N° 63, Lima, mayo de 1984.
- *“La negociación con títulos en moneda extranjera”*, en Boletín Bursátil N° 64, Lima, mayo de 1984.
- *“La regulación del Mercado”*, en Boletín Bursátil N° 65, Lima, mayo de 1984.
- *“La operación realizada”*, en Boletín Bursátil N° 66, Lima, agosto de 1984.
- *“El desarrollo del Mercado Financiero. Cooperación interinstitucional dentro del Sistema. Nuevos Instrumentos”*, en Boletín Bursátil N° 66, Lima agosto de 1984.
- *“Instrumentos equilibrados del Mercado”*, en Boletín Bursátil N° 68, Lima, octubre de 1984.
- *“Homenaje al Dr. Javier Vargas y Vargas”*, en “Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 – 2001”, pag. 167, Lima, 2002.



- *“Homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield en el bicentenario de su nacimiento”*, en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 – 2001”*, pag. 191, Lima, 2002.
- *“Vélez Sarsfield en la codificación civil peruana”*, en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 – 2001”*, pag. 261, Lima, 2002.
- *“La familia en el Derecho”*, en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 – 2001”*, pag. 245, Lima, 2002.
- *“Modificaciones al Código de los niños y adolescentes”*, en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 – 2001”*, pag. 285, Lima, 2002.
- *“Proyecto de Ley de la obligatoriedad de la enseñanza sistemática de los Derechos Humanos”*, en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 – 2001”*, pag. 291, Lima, 2002.
- *“Memoria del Presidente de la Academia Peruana de Derecho”*, en el *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 – 2005*, pag. 13 a 19.
- *“La importancia del conocimiento de la teoría general del derecho y de los derechos fundamentales para el ejercicio profesional”*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 – 2005*, pag. 103 a 107.
- *“Semblanza y elogio del maestro José León Barandiarán”*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 – 2005*, pag. 167 a 174.
- *“Incorporación a la Academia peruana de Derecho del Dr. Fernando Hinestroza”*, palabras de recepción por el Académico Dr. Fernando Vidal Ramírez, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006 – 2008*, pag. 189.
- *“Incorporación a la Academia Peruana de Derecho del Dr. Julio César Rivera”*, palabras de recepción por el Académico Dr. Fernando Vidal Ramírez, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006 – 2008*, pag. 217.
- *“Cuadragésimo aniversario de la Academia Peruana de Derecho”*, palabras del ex-Presidente de la Academia Dr. Fernando Vidal Ramírez, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006 – 2008*, pag. 291.
- *“Al Académico Dr. Augusto Mansilla Novella”*, en recuerdo de César Augusto Mansilla, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006 - 2008*, pag. 307.
- *“Temas Diversos”*, Prólogo del libro *“Responsabilidad Civil de los Médicos”* del Dr. Luís Lorenzetti, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006 - 2008*, pag. 339.
- *“Invitación para investigar la historia de la Academia Peruana de Derecho”*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006 - 2008*, pag. 341.
- *“La importancia del conocimiento de la teoría general del derecho y de los derechos fundamentales para el ejercicio profesional”*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 - 2005*, pag. 103 a 107.
- *“Semblanza y elogio del maestro José León Barandiarán”*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 - 2005*, pag. 167 a 174.
- *Reseña bibliográfica al “Tratado de las Obligaciones” de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre* en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 - 2001”*, pag. 295, Lima, 2002.
- *Reseña bibliográfica al “Derecho Internacional Privado” de Jorge Basadre Ayulo* en *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 - 2001”*, pag. 303.
- *Reseña bibliográfica a “La Institución de los Registros Públicos en la Exégesis del Código Civil” de Max Arias-Schreiber* en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2000 - 2001*, pag. 309.
- *Reseña bibliográfica a “La responsabilidad por daños” de Jorge Mosset Iturraspe*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 - 2005*, pag. 185.
- *Reseña bibliográfica a “Prescripción” de Luis Moisset de Espanés*, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 - 2005*, pag. 189.

- *Reseña bibliográfica a “Historia General del Derecho” de José Antonio Silva Vallejo, en Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2004 - 2005”, pag. 193.*

He dado cuenta así, sintéticamente, del pensamiento de uno de los más grandes juristas peruanos, legislador, maestro y paradigma de la abogacía en el Perú, el Dr. Fernando Vidal Ramírez, a quien sus amigos, sus colegas, sus discípulos y todos quienes les guardamos un sincero afecto y nuestro más alto aprecio intelectual le dedicamos un **“Libro Homenaje”** publicado en dos tomos, por la Editorial Idemsa, Lima, Febrero del 2011.

## AUGUSTO FERRERO COSTA

Hablar de Augusto Ferrero Costa es para mí tratar de mis tres disciplinas predilectas que las tengo en el fondo de mi espíritu: la música, especialmente, nuestra común afición a la música sinfónica y a las “tres grandes B” : Bach, Beethoven y Brahms; yo tocaba en mi violín, un “Amati”, la “Ciaconne” de Juan Sebastián y recuerdo entre otras reflexiones que hizo Augusto sobre la música, una exquisitez publicada en “El Comercio” referente a “la décima sinfonía de Beethoven”. Cultivamos también ambos el Derecho Procesal Civil y el Derecho de Sucesiones. En ambas, apasionantes disciplinas, Augusto, es un eximio exponente en el Perú. En el Derecho Procesal Civil fue discípulo de dos grandes maestros: **MARIO ALZAMORA VALDEZ** (1909-1992), “*il casposcuola*”, el sumo maestro del procesalismo científico en nuestra patria y **SALVATORE SATTÀ** (1902-1975), el maestro de Nuoro, que fue su profesor en la Universidad de Roma allá por 1969 y 1970, cuando Augusto se fue a perfeccionar a la Universidad de Roma, en la que fué discípulo de “*l’enfant terrible*” de la escuela procesalista italiana, aquel maestro que sucediera a otro genial profesor en la Universidad de Padua, el “*vieux terrible*”, nacido en Udine en 1879 y muerto en Roma en 1965. Como se sabe, Sattà sucedió a Carnelutti en la cátedra de Padua con una notable “*Prolusión*” intitulada “Las orientaciones publicísticas de la ciencia del proceso” pronunciada el 7 de diciembre de 1936 que dió lugar a una batalla en la que se enfrentó a los discípulos de Carnelutti, combates que nos los ha narrado Sattà en su libro “*Soliloquios y Coloquios de un Jurista*” ( traducción de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1968 ). El doctor Augusto Ferrero viajó a perfeccionarse a Roma a escuchar las grandes clases del maestro de Nuoro, cuando éste ya había pacificado su corazón y se inspiraba en el luminoso versículo de Peguy: “*Voilà le firmament... le reste est procedure*”, que constituía el leit - motiv de su famoso “*Commentario al codice di procedura civile*”, libro primo, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1959.

En el Derecho de Sucesiones, la otra de nuestras querencias, fue discípulo de **RÓMULO LANATTA** (1905), el gran maestro de San Marcos, quien, con José León Barandiarán, ha constituido el eje de sustentación, las dos grandes figuras patriarcales de la moderna escuela civilista peruana.

Hijo del maestro Raúl Ferrero Rebagliatti, gran humanista y gran profesor en la Facultad de Letras y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, en la Escuela Militar de Chorrillos, en el Centro de Altos Estudios Militares y ex - Decano del Colegio de Abogados de Lima, lleva en su sangre la vocación por el estudio, por el profesorado y, sobre todo, por el ejercicio y la enseñanza del Derecho, del cual nos dan una prueba sus libros y sus cátedras, primero en la Universidad de San Marcos, de la cuál es profesor emérito y, luego, en la Universidad de Lima en la cual es Vice - Rector, ex - Decano de la Facultad de Derecho en dos oportunidades (1987-1990) y (1993-1996) y sigue siendo un gran profesor titular, profesor principal, de Sucesiones.

**AUGUSTO FERRERO COSTA** nació en Lima el 3 de noviembre de 1944. Estudió en la Universidad de San Marcos y luego en la Universidad de Roma. Gran profesor y gran abogado se incorporó como miembro de número a la Academia Peruana de Derecho el 1º de setiembre de 1994, oportunidad en la cual disertó sobre “La reforma del libro del Derecho de Sucesiones” en la cual, en esencia, sostuvo que: “*la sanción de suceder ultra vires hereditatis constituye un castigo de insospechados efectos, razón por la cual opinamos por su eliminación. En todo caso, puede optarse por restringir sus consecuencias*”.



*“En la forma como está actualmente planteado en nuestro ordenamiento, ¿Qué ocurre cuando unos herederos suceden intra vires hereditatis y otros ultra vires hereditatis por haber realizado estos actos?. Un sentido de equidad nos impulsa a pensar que éstos debieran ser responsables por las obligaciones del causante únicamente en proporción a su participación en la herencia; no así por la totalidad. No obstante, la ley no dilucida el problema, y podría temerariamente interpretarse que el responsable ultra vires hereditatis debe obligarse por todas las deudas del causante. ¿Podemos imaginarnos un heredero a quien le corresponde el 10 % de la herencia que se vea obligado a pagar el 100 % de las obligaciones del causante? Evidentemente que no”.*

*“Las razones expuestas obligan a considerar una modificación sustancial en relación a la existencia o forma cómo debe funcionar este instituto”.(1)*

Larga la enumeración de los temas abordados por Augusto en su brillante disertación a la que aludo. Acaso sea en el Derecho de Sucesiones donde el genio jurídico de Augusto ha llegado a su cenit; y es por ello que el sumo maestro de esta disciplina, nuestro maestro Rómulo Lanatta, después de hacer una reseña de las principales innovaciones del Código de 1984 frente a las del Código de 1936 y establecer los puntos de coincidencia con el pensamiento jurídico de Augusto, concluía así el Prólogo escrito en enero de 1987 a su obra “El Derecho de Sucesiones en el nuevo Código Civil Peruano”: *“No he hecho sino reseñar una obra que tiene méritos suficientes por sí sola, reuniendo las cinco virtudes intelectuales, de las que hablaba Aristóteles, para que el alma alcance la verdad: arte, ciencia, prudencia, sabiduría e intuición. Pero, ampliando la aureola del autor, este trabajo ha resultado ganador del Undécimo Concurso Jurídico 1985-1986, convocado por la prestigiosa Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente. Ello significa la consagración de este estudio y de Augusto Ferrero. Me siento orgulloso de haber sido su maestro”.*

De igual manera que Rómulo Lanatta, Carlos Fernandez Sessarego, quien es hoy el patriarca de la escuela civilista peruana, dijo en el discurso de presentación el día de la incorporación de Augusto Ferrero Costa a la Academia Peruana de Derecho: *“Son pues múltiples los méritos académicos que ostenta Augusto Ferrero -de los cuales, por razón de tiempo, hemos destacado sólo algunos de ellos- para ocupar un sillón de Miembros de Número de la Academia Peruana de Derecho que, en trance de renovación generacional, lo acoge en su seno con beneplácito y simpatía. Estamos convencidos que su presencia ha de contribuir, al lado de otros valiosos aportes, a que la Academia cumpla, de la mejor manera, sus fines institucionales dirigidos al mantenimiento y desarrollo de la juridicidad en el país en que nos ha tocado vivir”.*

*“Reitero complacido, en nombre de los diecisiete académicos que integramos la Institución, la más amical y cordial bienvenida a nuestro colega y amigo el profesor Augusto Ferrero Costa”.(2)*

Y en el Prólogo a la cuarta edición del Derecho de Sucesiones de Augusto Ferrero dijo el maestro Guillermo A. Borda, acaso el sumo maestro de la escuela civilista argentina que: *“la obra que tengo el honor de prologar está destinada a quedar como un clásico de la escuela civilista latinoamericana”.*

*“El autor une a una notable claridad expositiva, que hace fácil y atrayente su lectura, un impecable rigor lógico para desmenuzar conceptos y preceptos legales. Todo ello enriquecido por un pleno dominio de la compleja materia sucesoria y una extraordinaria erudición”.*

(1).- Anuario Citado, pag. 47.

*“Me he referido al rigor lógico del autor; pero ello no lo convierte en un ciego aplicador de todas las consecuencias que derivan de principios o preceptos legales, sino que tiene siempre presente la justicia de cada aplicación concreta de dichos principios o preceptos. Porque el derecho no es solo lógica y simetría sino ante todo y sobre todo, justicia”.*

Concluye el Prólogo a la cuarta edición el gran maestro argentino sosteniendo que: *“en suma, este Tratado de Sucesiones constituye un magistral aporte a esta rica y compleja parte del derecho civil. Honra no sólo a la literatura jurídica peruana, sino también a la de toda Latinoamérica. En adelante, no podrán prescindir de él juristas, abogados y estudiantes”.*

*“No puedo concluir este Prólogo, sin referirme a otra faceta del autor: la de distinguido musicólogo. Estoy persuadido que su amor por la música ha ayudado a definir su personalidad de jurista. Porque como bien dice Franck, la interpretación de la ley no es una ciencia sino un arte. Y en esta obra no sólo está el jurista, sino también el artista”.*

Me voy a referir ahora al procesalista, al autor de *“Derecho Procesal Civil. Las Excepciones”*, 2ª edición, Lima, 1974, en cuya dedicatoria se desliza, cual impromptu, este tema melódico que explica su dedicatoria: *“La vocación, que no es otra cosa que el deber ser del hombre, se convirtió en mi problema de conciencia. La alternativa la veía clara: la música o el derecho. Estudiando en nuestra Facultad, cultivaba al mismo tiempo mi amor por la música. En esta afición me acompañó un muchacho con una gran sensibilidad. De talento prodigioso, se dedicó por entero al estudio del violín. Mientras tanto, yo me iba interesando en el estudio del derecho, hasta encontrar en él el foco de mi inquietud mental. Ahora estoy seguro de haber encontrado mi vocación, y hacia ella pienso orientar todo mi esfuerzo intelectual. Quizás, más hubiese podido dar en el campo de la música. Quizás no. De todas maneras, el camino está escogido y lejos estoy de arrepentirme”.*

Y en el Prólogo a la 1ª edición, nuestro maestro, Mario Alzamora Valdez dijo: *“El pensamiento jurídico que ofrece al investigador y al estudioso tantas posibilidades, recorre dos caminos: uno que parte de la existencia y va en pos de la esencia, mientras que el otro apunta al derecho formulado desde el ser mismo de las instituciones”.*

*“La escuela exegética, que en el ámbito del derecho procesal sobrevivió en nuestro país hasta los comienzos de la segunda mitad de este siglo, con obra y enseñanza tan meritoria como la de Julián Guillermo Romero, Toribio Alayza y Paz Soldán, Diómedes Arias Sxhreiber, Manuel Sánchez Palacios y otros juristas, realizó el primer recorrido. Quienes vinimos después, guiados por los traductores alemanes a partir de Wach, por los italianos desde Chiovenda y por los rioplatenses que siguieron sus enseñanzas, nos orientamos por el segundo. Así pudo llegar a nuestros medios jurídicos el conocimiento –y el debate aunque tenue- sobre la Teoría del Proceso ignorada antes, y sobre temas como la relación procesal, la acción, los principios procesales, el acto jurídico procesal y tantos otros, y se hizo patente la necesidad de renovar nuestra arcaica legislación en esta materia”.*

*“Dicho bagaje de enseñanzas ha sido recogido y reelaborado por un grupo de estudiosos. A este grupo pertenece el autor de la presente obra, Augusto Ferrero”.*

*“Con clara vocación jurídica, alentada por la figura de Raúl Ferrero, su padre, que realiza la forma más elevada del humanismo, el humanismo jurídico, el autor de este libro demostró, desde su paso por San Marcos como estudiante, su afán por pensar y repensar los grandes temas del derecho procesal cuyo estudio ha ahondado en Italia”.*



*“El libro que es fruto de esa vocación, demuestra que el examen de las instituciones procesales no puede realizarse dentro de los límites estrechos de la letra de la ley. El derecho está más allá; más allá de los intereses, de los litigios, de los códigos, en el mundo de la cultura que requiere mirada amplia y diáfana”.*

Es conveniente aquí dejar sentado que en el Perú el sumo maestro y fundador del procesalismo científico lo fue y seguirá siendo Mario Alzamora Valdez para eliminar, de una vez por todas, las arrogancias de algunos jóvenes que se las dan de “caposcuolas” del procesalismo peruano y a quienes están dirigidas las palabras del Evangelio de San Lucas, capítulo 6, versículo 40: *“Ningún discípulo está sobre su maestro; para ser perfecto ha de ser como su maestro”*. Pues bien todos debemos recordar y los jóvenes deben saber que los maestros del proceso en Sudamérica fueron en Argentina: Hugo Alsina, en Uruguay: Eduardo J. Couture, en Venezuela: Luís Loreto, en Colombia: Hernando Devis Echandía y en el Perú: Mario Alzamora Valdez.

Es bueno decirlo porque el Prólogo a la segunda edición de este libro genial de Augusto Ferrero fue escrito por Luís Loreto, quien fuera el fundador y el sumo maestro de la escuela procesalista venezolana, magistrado de la Corte Suprema y Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela.

Dijo Luis Loreto en el prólogo aludido que: *“Hace ya mucho tiempo que en la Teoría General del Proceso y sus particularismos comenzó un movimiento renovador que ha elaborado doctrinas y construcciones fecundas y originales. Iniciado en Alemania con la obra primigenia de Oscar Biilow y sus eminentes discípulos, fue recibido a principios de siglo e impulsado con calor científico en Italia por Giuseppe Chiovenda, jefe indiscutido de la floreciente “Nueva Escuela” que “lo aclama como iniciador y Maestro”, y continuado luego por sus más egregios representantes. Desde entonces el trabajo de búsqueda y de sistematización teórica y dogmática de la realidad procesal no ha cesado un momento, acrecentándose cada día más la inquietud investigadora y ampliándose el ámbito de los estudios procesales en todas direcciones”*.

*“Las concepciones tradicionales fueron cediendo paulatinamente ante otras que tienen de la realidad procesal una visión más exacta y objetiva. Todas las enseñanzas recibidas de la tradición secular, fueron removidas en sus cimientos y revisadas, sometiéndoselas a análisis severos y profundos, desbrozadas de su follaje seco y estéril. Nuevas y numerosas teorías y construcciones se han alzado sobre gran parte de lo que había sido posesión pacífica de un vetusto señorío conceptual, que, como un añoso tronco, era impotente para sustentar la vieja ramazón”*.

*“Ese ingente movimiento científico elevó el estudio del proceso a disciplina particular y autónoma, formándose un cuerpo de doctrinas distintas y separadas de las del derecho sustancial. El concepto y la finalidad de la jurisdicción pasó a ocupar su debido y elevado rango; la acción, enucleada de la pretensión material, fue considerada como derecho autónomo para promover la tutela jurisdiccional, y la defensa en juicio, como una modalidad propia de esa tela puesta al servicio del demandado. El aspecto publicístico de la función del proceso, de la acción y de la defensa, ignorado por la escuela clásica y tradicional de la exégesis y de los prácticos, cobró el relieve y la significación científica que realmente le corresponde, elevándose la actividad del Juez, como órgano del Estado, a la condición de su jeto primario y fundamental de la relación procesal. Todo el campo de la experiencia jurídica concreta que se realice en el proceso, ha sido arado con fervor y sembrado con nuevas y fecundas simientes”*.

*“La profunda renovación de los métodos y de los principios que se realizaba en Europa, llegó a Iberoamérica por los lados del Sur, donde encontró ambiente propicio para su desarrollo en*



la enseñanza de sus más ilustres maestros, como Alsina, Couture y Machado Guimaraes. A esa ardua tarea se incorporan en hora temprana Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, en la Argentina, Goldschmidt, en el Uruguay y Liebman, en el Brasil, quienes trajeron en su conspicua enseñanza los frutos maduros de la admirable floración europea. Los demás países del continente habían permanecido indiferentes y extraños a esas corrientes renovadoras, hasta hace poco más de tres décadas en que empezó a sentirse su influencia benéfica. A su influjo una pléyade de juristas inicia con denodado esfuerzo el estudio de los fenómenos procesales con singular acierto y entusiasmo. Hoy puede afirmarse que ese aliento vivificador ha conquistado el panorama doctrinal de América, publicándose obras sistemáticas, estudios monográficos y ensayos jurídicos de auténtico y excepcional valor científico. Entre esos ensayos dignos de singular mención por el estudio serio, crítico y dogmático de la Teoría del Proceso Civil, figura éste que Augusto Ferrero ha dedicado al Instituto de las excepciones procesales". (3)

Para concluir, permítaseme recordar que entre las grandes reflexiones de Augusto Ferrero, constituyen lecturas obligadas sus estudios sobre "La representación sucesoria" publicada en el Libro Homenaje a José León Barandiarán, pág. 223 a 252; "La legítima y la porción de la libre disposición", publicada en el Libro Homenaje a Rómulo Lanatta, pág. 245 a 260; "La intervención del tercero en el proceso", publicado en el Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, pág. 185 a 202; "Efectos de las relaciones personales en referencia a los títulos valores", publicado en el Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi, pág. 223 a 229; "Albaceas", publicado en el Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor, pág. 197 a 207; "Herederos forzosos", en el "Homenaje a Javier Vargas", pág. 123 a 129; "Donación y Colación", en el "Homenaje a Jorge Avendaño", pág. 963 a 973, etc.

Finalmente he de citar a su más reciente libro: "**La Música, contexto y pretexto en la historia**", editado y presentado en Madrid en el 2009, por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, de la cual es miembro correspondiente. Prólogo de Javier Pérez de Cuellar. Se trata de un libro para los amantes de la música. Véase una singular reseña de Francisco Miro Quesada Cantuarias en "El Comercio" del viernes 18 de septiembre del 2009, en la página A4, en la sección "Filosofemas" con el título de "Un gran y originalísimo libro de Augusto Ferrero".

Finalmente, pienso que, al vivir hoy en Italia, como Agregado Cultural a la Embajada del Perú en Italia, Augusto Ferrero tendrá fundados motivos para escribir nuevas páginas inspirándose en lo más profundo de la "scuola italiana del diritto" y en lo más genial de la música italiana a las que tanto admiramos él y yo.

(3).- AUGUSTO FERRERO COSTA: En el Prólogo a la segunda edición, de su libro intitulado "Derecho Procesal Civil. Excepciones", págs. 9 a 11, Lima, 1991.

## FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

El 4 de mayo de 1995 se incorporó como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho el doctor Fernando de Trazegnies Granda quien ostenta largos títulos y reconocimientos para figurar como miembro de número no solo de nuestra Academia sino, también, de la Academia Nacional de la Historia y de la Academia Peruana de la Lengua así como de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, del Instituto Peruano de Arbitraje, del Instituto Nacional Derecho de Minería y Petróleo, del Centro Peruano de Estudios Internacionales entre otras instituciones. Para mí el mayor título que ostenta es el de ser muy amigo mío, mi condiscípulo y amigo de mi casa y de mis padres, pues en nuestra casa tuvimos una velada en la que hablamos de Europa y de la guerra, del Derecho Internacional y de la reforma agraria, entre otros temas. Fernando nació en Lima el 3 de setiembre de 1935. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y Presidente del Fondo Editorial. Realizó estudios de post-grado en la Universidad de París y ha investigado en la Universidad de Harvard y ha dictado conferencias en la Universidad de Bolonia, en Jerusalén y en Wisconsin. Ha sido profesor de Filosofía e Historia del Derecho y de Derecho Civil dejándonos dos tomos de un libro excelente sobre “La responsabilidad extracontractual”, publicado por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, cuya primera edición se publicó en setiembre de 1988; en la que empieza sosteniendo que: “La comprobación de que la responsabilidad extracontractual es una institución histórica y de que sus principios no son universales sino que responden a las preocupaciones de una época, nos devuelve la capacidad de juicio” (1); y cuya conclusión, intitulada “Sic et non”, dice así: “Este libro está lleno de cosas discutibles. Pero, afortunadamente, el Derecho es un espacio de discusión, donde todo dogma -salvo el texto literal de la ley- está fuera de lugar”.(2)

“Como decían los antiguos, *“in negotiis humanis non potest haberi demonstrativa probatio”*. No hay, pues, un razonamiento puramente deductivo que pueda pretender descubrir una “verdad” jurídica irrefutable por la vía de la demostración. En el campo del Derecho es reina la prudencia que es “esa investigación flexible que se ejerce en el interior de lo contingente”.(3)

“La prudencia se desarrolla a través de la dialéctica, es decir, a través del doble discurso contrapuesto, de la evaluación permanente de argumentos contrarios y la ponderación de su peso específico en circunstancias concretas: “el dialéctico nunca llega a una conclusión definitiva; está siempre listo para sufrir el choque, para tener en cuenta una opinión, una argumentación nueva, como el maestro medieval frente a una *quaestione disputata*: lo mismo sucede en los juicios, donde siempre será necesario escuchar los planteamientos de ambos abogados”.(4)

“La Ciencia del Derecho. Cuando algunos kelsenianos de segunda generación pretendieron que no solo el texto de la ley era incuestionable sino también su contenido o interpretación con el pretexto de darle un espíritu y un método científico al Derecho, estaban pasando un contrabando absolutista que hubiera sido duramente rechazado por Kelsen. La idea de crear una “Dogmática Jurídica” -es decir, una interpretación dogmática de las palabras de la ley para hacer de esa manera una “ciencia” del Derecho- habría repugnado a los positivistas serios de la primera generación”.(5)

(1).- FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA: “La responsabilidad extracontractual”, tomo I, pag. 9, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1988.

(2).- FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA: ob. cit., tomo II, pag. 391.

(3).- Ibid, ob. y loc. cit.

(4).- Ibid, ob. y loc. cit.

(5).- Ibid, ob. y loc. cit. y pag. 393.

“Kelsen, por ejemplo, nos advierte: “La interpretación científica no puede hacer otra cosa ni nada más que establecer las (diversas) significaciones posibles de las normas jurídicas. En tanto que conocimiento de su objeto, no puede optar y decidir entre las posibilidades que hace aparecer; debe dejar la opción y la decisión al órgano jurídico competente para aplicar el Derecho”. Por eso, el juez crea Derecho aunque se encuentre sometido al marco de la ley. Dice siempre Kelsen: “urge advertir que la antítesis entre legislación y jurisdicción, esto es, entre creación y aplicación del Derecho, no es absoluta sino relativa”. A pesar de que la doctrina tradicional contrapone la creación y la aplicación de la ley, no hay una separación tajante entre la *legis latio* y la *legis executio*: legislación y jurisdicción deben ser vistas como etapas diferentes del proceso de creación jurídica: “el acto de jurisdicción es creación, producción o posición del Derecho como el acto legislativo; y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica”. Es verdad, dice Kelsen, que la norma superior determina “más o menos” el contenido de la norma de grado inferior. Pero “todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho”. Aún la aplicación más estricta es siempre creación de Derecho: “Contrariamente a lo que admite la teoría tradicional, estas dos nociones no representan una antítesis absoluta; no es justo de distinguir y oponer los actos creadores del Derecho y los actos aplicadores del Derecho... todo acto jurídico es a la vez aplicación de una norma superior y creación, reglamentada por esta norma, de una norma inferior”.<sup>(6)</sup>

“Esto es todo lo que he pretendido en este libro: simplemente abrir posibilidades, mostrar que los mismos textos legales desembocan en diferentes interpretaciones entre las que el Juez deberá optar, denunciar la necesidad de crear Derecho a cada instante para aplicar adecuadamente la responsabilidad civil. Pero, como no soy positivista ni pretendo ser “puro”, no he podido resistir a la tentación de cuando menos sugerir algunas líneas de política jurídica que los jueces acogerán o no. No tiene importancia. Mi misión ha terminado si logro que, antes de fallar, los jueces sean conscientes de que existen varias interpretaciones válidas del texto positivo y, por consiguiente, queden confrontados con su responsabilidad ineludible y delicada de continuar la obra creativa del legislador e incluso de enmendadas ahí donde el texto literal lo permite”.<sup>(7)</sup>

“La doctrina. Por consiguiente, no estamos sino ante una exploración preliminar de las inmensas posibilidades significativas de los textos del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual. Pudiera incluso parecer que nos hemos solazado en exponer contradicciones. Al punto que uno se encuentra tentado de terminar estas páginas heterodoxas como lo hacen los historiadores árabes, luego de plantear las diferentes opiniones contrarias que existen sobre un hecho histórico, con la frase: “Pero Dios es el único que realmente sabe sobre esto”. Porque afirmar una “verdad” indiscutible en materia jurídica es pretender usurpar la perspectiva de Dios: la idolatría puede convertirse muchas veces en una vulgar teomanía”.<sup>(8)</sup>

**MAX ARIAS SCHREIBER PEZET**, el gran maestro del Derecho Civil y ex-Presidente de la Academia Peruana de Derecho, dijo en su discurso de presentación el día que Fernando de Trazegnies se incorporó como miembro de número de la Academia que: “El prestigio alcanzado por Fernando motivó que con gran acierto fuese llamado a integrar la denominada Comisión Reformadora del Código Civil en 1973 y en ella puso lo mejor de su talento preparando una ponencia que en su momento fue calificada peyorativamente de “original” y que para muchos y entre ellos yo, era de gran avanzada, pues dejaba atrás los clásicos y discutidos conceptos de la responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva, para sustentar una tesis que tarde o

(6) *Ibid.*, ob. cit., p. 101.

(7) *Ibid.*, ob. cit., pag. 101.

(8) *Ibid.*, ob. cit., p. 101.



temprano prosperaría, cual es la de la responsabilidad de la sociedad frente al daño. No poco esfuerzo costó incorporar la semilla de este nuevo enfoque de la responsabilidad en el Código Civil de 1984, cuyo artículo 1988° dispone que “la ley determina el tipo de daño sujeto al régimen del seguro obligatorio” las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro”.<sup>(9)</sup>

“Estimo propicia esta ocasión para insistir sobre la materia y en particular, sobre la imperiosa necesidad de establecer la obligatoriedad del seguro automotor, como existe en los Estados Unidos de América, en casi todos los países de Europa y en varios de América Latina. La cantidad de seguros que tendrían que tomarse determinaría una notoria reducción en el monto de las primas, que es la principal objeción que se hace para la implantación de esta clase de seguros obligatorios entre nosotros”.<sup>(10)</sup>

Y añadió que: “La recia personalidad del doctor de Trazegnies y su vasta cultura jurídica lo llevaron recientemente a integrar el denominado “grupo de los veinte notables” para divulgar en el extranjero la realidad del conflicto entre Perú y Ecuador. Sabemos de sus valiosas intervenciones en Inglaterra, Francia y Bélgica en defensa de la Soberanía nacional”.

“Estos son, a grandes rasgos, algunos de los títulos que respaldan la incorporación de Fernando de Trazegnies Granda a la Academia Peruana de Derecho”.

“El trabajo con el que se incorpora Fernando de Trazegnies a la Academia es una valiosa reflexión sobre el Derecho y de su lectura se podrá apreciar una vez más, su probada calidad de “ius filósofo”. Me ha impresionado particularmente el trato que le ha dado a la interpretación del derecho, un tema apasionante y en el que el autor pone los ingredientes de su gran cultura jurídica y de su famosa imaginación”.<sup>(11)</sup>

El tema escogido por Fernando para su incorporación a la Academia es uno de los más hermosos temas de la reflexión hermenéutica: “**LA MUERTE DEL LEGISLADOR**”. De allí que la interpretación sea el punto de partida de una reflexión teórica del Derecho. “Esta heterodoxia -dice De Trazegnies- me lleva a comenzar no por los valores (como lo haría un iusnaturalista) ni por el sistema formal de normas vigentes (como lo haría un positivista), sino por la interpretación. He señalado ya que me niego a asumir a priori cualquiera de las corrientes clásicas de la Filosofía del Derecho; pero quizá debería decir que rechazo en general comenzar el estudio del Derecho por la Filosofía. Si la perspectiva filosófica es una “reflexión” –es decir, una indagación de segundo nivel sobre un objeto- debemos comenzar por el objeto: el punto de partida debe ser la experiencia misma del Derecho, el fenómeno jurídico en su complejidad”.<sup>(12)</sup>

“Un principio epistemológico que parece obvio y que, sin embargo, muchas veces no se observa, es que hay que comenzar por el comienzo. Nietzsche lo dijo con una claridad inigualable: “La tarea: ¡ver las cosas como son!”. Y Husserl planteaba el retorno a las cosas como programa. Por consiguiente, quiero realizar una primera flexión sobre el Derecho mismo tal como se presenta cotidianamente, esto es, en su aplicación efectiva, integrando valores y hechos, actuando en la sociedad, acultando, regulando, prohibiendo u obligando a realizar conductas reales”.<sup>(13)</sup>

(9).- MAX ARIAS SCHREIBER PEZET: “Discurso de presentación del doctor Fernando de Trazegnies Granda como miembro de la Academia Peruana de Derecho”, en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, <sup>1988</sup>, pag. <sup>1</sup>.

(10).- MAX ARIAS SCHREIBER PEZET: “Discurso...”, en Anuario, cit., pág. <sup>10</sup>.

(11).- MAX ARIAS SCHREIBER PEZET: “Discurso...”, en Anuario, cit., pág. <sup>11</sup>.

(12).- FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA: “La muerte del Legislador” (Disertación de incorporación a la Academia Peruana de Derecho). En el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, <sup>1988</sup>, pag. <sup>12</sup>

(13).-Ibid., ob. cit., pag. <sup>13</sup>.

**“LA INTERPRETACIÓN COMO ILUSIÓN.**- Desde mi punto de vista, la interpretación es una ilusión porque, como he dicho, supone una verdad a descubrir, una verdad previamente establecida que está ahí, frente al intérprete e independientemente de él. Pero esa verdad no existe en el Derecho”. (14)

*“La respuesta ius naturalista.- Los romanos, con su indudable genio jurídico, comprendieron que la interpretación no podía consistir meramente en la intelección de una verdad escondida, sino que exigía inevitablemente una construcción, una invención de verdades. Por eso Pomponio afirma que la interpretación no es otra cosa que el uso de la prudencia, es decir, usar la razón que crea y no la razón que se limita a comprender; y es esta opción por una prudencia creativa que proporciona esa riqueza extraordinaria al Derecho romano, impidiendo que se petrifique. Es sólo con Justiniano y su aversión contra la función creativa de jueces y juristas, que se impone una interpretación meramente esclarecedora, la cual privilegia de manera decisiva la voz del legislador frente a la voz de los intérpretes”. Los juristas del Medioevo intentaron escaparse de las ataduras incipientemente positivistas de Justiniano, interpretando extensivamente la noción misma de interpretación. Más tarde, la interpretación medieval se convirtió en un instrumento de lucha de la Iglesia y de lo que ahora llamaríamos la sociedad civil, contra el poder de los Príncipes. Frente al valor positivo de la ley basado en la pura autoridad, la Iglesia opone el valor moral: las normas no valen simplemente porque son mandatos, sino porque son buenas moralmente. Y, ¿cuál será el criterio moral oponible incluso a un Príncipe? La voluntad de Dios expresada sea a través de su Palabra, sea a través de la naturaleza por El creada. Ninguna otra instancia si no era Dios mismo podía restarle autoridad al Príncipe”. (15)*

*“De ahí surgirán dos corrientes iusnaturalistas. Para unos, herederos de San Agustín, el Derecho Natural está constituido fundamentalmente por la Revelación; para otros, herederos de Santo Tomás, el Derecho Natural es un producto de la razón. Los primeros colocan la verdad directamente en la Palabra de Dios; los segundos toman por verdad ciertas orientaciones puestas en la naturaleza por Dios como guía de nuestros actos. Para los primeros, la interpretación deberá proceder a una exégesis estricta del Dogma cristiano. Para los segundos, la interpretación consistirá en buscar la justicia según la naturaleza; teniendo en cuenta, como señala Calasso, que el pensamiento medieval hay una ecuación que equipara la naturaleza a Dios. Como se puede ver, de una manera o de otra, la tarea del intérprete era la misma: encontrar una verdad elusiva, oculta en el texto religioso o en la naturaleza de las cosas. Y, una vez establecida tal verdad garantizada por Dios, la interpretación tendría un carácter indiscutible”. (16)*

*“La respuesta positivista.- Por su parte, el positivismo jurídico precisamente plantea que el iusnaturalismo ha fracasado en su intento de encontrar una verdad del Derecho en la naturaleza, porque se ha engañado con un espejismo. El conocimiento humano es siempre relativo, incompleto y circunstanciado; por tanto, no puede aspirar a una verdad eterna y absoluta”. (17)*

*“El positivismo, entonces, sobre todo bajo su forma más naif, nos propone que el elemento objetivo en las normas legales, el criterio de verdad que el intérprete debe encontrar, está constituido por la intención del legislador. Esto implica que esa intención, cualquiera que sea su valor moral, es verdad incuestionable para el intérprete –es dogma- por el sólo hecho de que el legislador se propuso positivizarla a través de una norma. En otras palabras, la verdad interpretativa*

(14). Ibid., ob. cit., pag. 1.

(15). Ibid., ob. cit., pag. 2.

(16). Ibid., ob. cit., pag. 3.

(17). Ibid., ob. cit., pag. 4.



según esta versión positivista, ya no resulta de una *adequatio intellecti ad rem* sino de una *adequatio intellecti ad legislatoris mentem*".<sup>(18)</sup>

**"Semiosis limitada.-** Llegamos así a la conclusión de que el intérprete no tiene una verdad que descubrir detrás del texto: tiene un texto que puede decir muchas cosas".

"Desde esta perspectiva, el intérprete no es un ser pasivo, sometido a la hipotética voluntad de un hipotético legislador, como si fuera su simple portavoz; el intérprete es, en realidad, un co-inventor del Derecho, tiene la libertad de agregarle a la norma nuevos sentidos ajenos a la intención del legislador. De hecho, la norma es, como diría Barthes, un espacio multidimensional que puede albergar muchos sentidos".<sup>(19)</sup>

**"El Derecho como creación permanente.-** "Quiero plantear, pues, que la verdad no existe en el Derecho. Y entiendo aquí por verdad la adecuación de lo que pensamos jurídicamente, con un mundo previo y superior\_; ya sea que éste se encuentre en la mente del legislador o en la estructura de la naturaleza o en ideas presuntamente innatas en la mente humana. No existe verdad en el Derecho porque no hay ningún mundo previo: el Derecho no es algo que esté ahí y que hay que descubrir sino, más bien, es algo por hacer que hay que inventar dentro de los límites impuestos por el texto de la ley". Por consiguiente, el Derecho está siempre en proceso de hacerse a través de la llamada interpretación que es, en gran medida, un acto de creación. De ahí que esa interpretación que pretende saber simplemente cómo está hecho el Derecho, qué es lo que manda el Derecho, se equivoca; porque el Derecho nunca está totalmente hecho".<sup>(20)</sup>

"Una filosofía dinámica del Derecho, como la que quiero proponer aquí, tiene por eso que alzarse irrespetuosamente contra todos los valores establecidos y contra todas las autoridades paternas, para recuperar la libertad, la originalidad, la capacidad de creación y, consecuentemente, la plena responsabilidad de sus planteamientos. El jurista no puede ser el servidor sumiso del legislador o de la Escuela o de la doctrina aceptada sino que tiene que asumir el papel de héroe trágico y proseguir, a su propio riesgo, la tarea de creación permanente del Derecho".<sup>(21)</sup>

**"Inexistencia del Derecho.-** "Esto nos lleva a plantearnos que el Derecho como tal no existe; no hay algo ahí afuera, frente a nosotros, y a hecho, que se llame Derecho. Hay doctrinas, hay jurisprudencia; pero todo ello no es todavía Derecho sino elementos para construir el Derecho, entendido éste como una concepción siempre nueva, constantemente en proceso de renovación, cada vez como una invención para el caso específico".<sup>(22)</sup>

"Estamos, pues, siempre ante un Derecho por hacerse. Y esto obliga al jurista a innovar: el buen jurista no se acoge a dogmas sino trata siempre de encontrar una solución original, una solución creativa, que se adapte más adecuadamente a la peculiaridad de cada situación. El jurista tiene que intentar y tiene que tentar".<sup>(23)</sup>

"El Derecho, por consiguiente, no es un ser sino un devenir, no es algo hecho Sino algo haciéndose permanentemente; y eso implica que es también algo deshaciéndose permanentemente".

(\*).-Ibid., ob. y loc. cit.

(<sup>18</sup>).-Ibid., ob. cit, pag. <sup>100</sup>,<sup>101</sup>.

(<sup>19</sup>).-Ibid., ob. cit, pag. <sup>100</sup>.

(<sup>20</sup>).-Ibid., ob. cit, pag. <sup>100</sup>.

(<sup>21</sup>).-Ibid., ob. cit, pag. <sup>101</sup>.



“Quizá debiéramos ser más radicales en el planteamiento: si el Derecho no existe ya hecho, no podemos hablar de **interpretación** porque no hay nada que interpretar. Tenemos que hablar de **construcción**: el juez, el abogado, no interpretan las leyes sino que las usan para organizar soluciones; no hay simplemente intelección sino creación”.<sup>(24)</sup>

“**CONCLUSIONES.** “He perseguido en esta exposición hacer un experimento con la noción de Derecho, ponerla a prueba y observarla desde puntos de vista insólitos. No tengo la osadía de pretender redefinir el Derecho. Por el momento, me limito a un mero ejercicio de irreverencia: he querido hacer un esfuerzo de incompreensión metódico que persigue volver inaceptable lo que es usualmente aceptable”.<sup>(25)</sup>

“Y es un simple intento porque no sólo no está completo, no sólo no ha llegado a su fin, sino sobre todo porque procede de manera incierta y vacilante, como el ciego que va golpeando su bastón contra un mundo desconocido e inaprensible en su totalidad. Quiero pedirles disculpas si quizá mi bastón ha tropezado con las ideas de algunos de los presentes esta noche, debido a mi ceguera intelectual”.<sup>(26)</sup>

Al evocar a Fernando de Trazegnies de Granda no solo lo he hecho con el afecto y la simpatía que me unen a un antiguo condiscípulo de la Facultad de Letras y a un amigo de mi familia sino, fundamentalmente, le hago justicia a un gran profesor, a un brillante jurista y a un notable miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia de la Historia y de la Academia de la Lengua, cuyos libros constituyen obras fundamentales en la Escuela Peruana del Derecho cuyos textos **deben ser leídos**, no solo los ya citados precedentemente sino, además, otros como: “Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho”, recopilación de materiales de enseñanza, (1973); “El rol político del juzgador”, estudio publicado en la revista “Derecho”, Pontificia Universidad Católica, N° 32, Año 1974, pag. 272 a 289; “La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”, (1980); “Semblanza del Dr. José León Barandiarán” en el Libro Homenaje a José León Barandiarán, pag. 567 a 580, editorial Cuzco S. A., Lima, 1985; “Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico”, Segunda edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1989; “Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad”, en el Homenaje a Jorge Avendaño, pag. 865 a 891; “Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial”, (1996).

(\*) Ibid., ob. : loc. cit.

(\*\*) Ibid., ob. : loc. cit.

(\*\*\*) Ibid., ob. cit., pag. 11.

(\*\*\*\*) Ibid., ob. : loc. cit.

## MARIO PASCO COSMÓPOLIS

Fuerza, garra y temple vital en la oratoria; gran claridad, gran lucidez y genial coherencia en la argumentación cuya estilística se inspira en la inigualable geometría del conceptualismo puro; precisión del petitorio al concluir, lo que supone, ni pedir de menos, ni pedir más, ni fuera de lo que se arguye ; por eso y porque lo he escuchado, digo que es un orador fascinante, un brillante abogado, un notable académico y un gran jurista. Confieso que no lo he escuchado como profesor, porque Mario, nacido en Chiclayo el 6 de enero de 1940, es cuatro años menor que yo. Lo que recuerdo, es haberle prestado mis libros de Derecho Romano -al Jörs-Künkel y a Arias Ramos- y haberle recomendado, hace 50 años, que un abogado que domine Acto Jurídico, Derecho Romano e Introducción al Derecho tiene la “piedra filosofal” para la técnica jurídica y la llave maestra para ingresar al maravilloso recinto donde se cultiva el arte, la ciencia y la poesía del Derecho.

A Mario lo conozco muy de cerca desde hace más de cincuenta años, porque, de muchachos, jugábamos fútbol y nadábamos en la playa de Eten. Luego, andando los años fue mi compadre, porque es padrino de uno de mis hijos, ya que, por razones familiares, hay un parentesco por “agnación” entre nosotros. Recuerdo que a su madre, doña Elena Cosmópolis de Pasco, que está en el cielo, la besaba yo en su frente con filial respeto, por su bondad y su comprensión conmigo; y su padre, don Mario, debe seguir conversando como antaño, allá en el cielo con mi padre, don Nicanor, pues fueron compañeros de carpeta en el Colegio San José de Chiclayo.

Así, pues, esta evocación de Mario fluye con emoción y con vívido recuerdo, como cuando escuchábamos el profundo “Réquiem alemán” de Johannes Brahms en la versión de van Karajan con la Orquesta Sinfónica de Berlín en un disco de la “Deutsche Gramophon” ; y la comparábamos, en nuestro comentario, con la del mexicano Herrera de la Fuente dirigiendo la Orquesta Sinfónica Nacional que, por esos días, se había estrenado en el Teatro Municipal de Lima. Qué tiempos aquellos.

En nuestros días ya se nos fué su hermana, la “nena” Pasco, pero seguimos y seguiremos conversando con su cuñado, que también es mi compadre por ser padrino de otro de mis hijos, Jorge Escuza Lora, con su hermano Jorge Pasco y con su hijo, “Marito”, todo un gran profesor, como su padre.

Coincido con Jorge Avendaño cuando al presentarlo en la ceremonia de incorporación a la Academia Peruana de Derecho, el 10 de octubre de 1995, dijo: *“Muchos atributos tiene Mario Pasco como hombre y como jurista. Deseo destacar inicialmente un aspecto importante de su personalidad. Se trata de su claridad mental. Si esta virtud pudiera expresarse en colores, a Pasco le correspondería el blanco inmaculado, en contraposición a los negros e incluso grises de las mentes confusas, complicadas o indescifrables. Limpieza mental que en términos abstractos no necesariamente se identifica con un razonamiento correcto. Son dos cosas diferentes, que a veces coinciden pero no siempre. No es ciertamente que Pasco no razone impecablemente. Lo hace habitualmente. Pero lo que destaca e impresiona más es la diáfana claridad de su manera de pensar, que se expresa tanto por escrito como oralmente, en especial esto último. Muy probablemente este singular atributo esté privilegiado por habilidades adquiridas y desarrolladas durante los años de su contribución al Teatro de la Universidad. Pasco tiene por cierto una sólida formación jurídica, que ha cultivado con esfuerzo y esmero. Su campo de especialidad es, como sabemos, el derecho del trabajo, en el que destaca indiscutidamente. Pero no sólo sabe Derecho*



*Laboral. También conoce Constitucional, Administrativo y Derecho, en general, lo que es muy importante a pesar de lo que piensan y expresan algunos especialistas, especialmente los jóvenes. Es imposible ser un buen laboralista, tributarista o comercialista si no se conoce y domina el Derecho como ciencia y arte: sus principios, reglas de interpretación y mecanismos de aplicación”.*

*“Pasco es profesor en la Católica desde 1968 y catedrático principal a partir de enero de 1977. Ha enseñado cursos de todas las ramas del Derecho Laboral: Introducción al Derecho Laboral, Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Administrativo y Procesal de Trabajo, Seguridad Social y Temas de Derecho Laboral. Este hecho, aparte de ratificar su amplia versación en la materia, me hace recordar el caso de algunos profesores chilenos que dictan todas las materias del Derecho Civil. Comienzan con Personas y van acompañando a sus alumnos en el análisis de todos los libros del Código”.*

*“La vocación universitaria de Mario Pasco no se ha limitado a la cátedra, en la cual como queda dicho ha sido particularmente generoso. Fue miembro del Consejo de Facultad y del Comité Asesor del Departamento de Derecho. Tuvo además una destacada participación en la asamblea Universitaria que elaboró y aprobó el actual Estatuto de la Universidad”.*

*“Pero además de profesor universitario Mario ha sido y es abogado. Abogado en el más amplio sentido de la palabra. Asesor, consultor y litigante. A su formación jurídica agrega el sentido común, la amplitud de criterio, la discreción, prudencia y pertinencia, todo lo cual configura un consejero ideal. Pero también litiga, lo que le permite estar actualizado no sólo en el plano doctrinario y legal sino también en el de las decisiones judiciales. Más de una vez lo hemos dicho: cuando el abogado emite una opinión lo que hace es anticipar lo que sería una eventual sentencia judicial sobre el punto consultado. En definitiva eso es lo que nos pide: que indiquemos y sustentemos cómo resolverían los jueces el asunto en cuestión. Es indispensable por tanto tener un conocimiento actualizado de la forma como piensan y resuelven los magistrados”.*

*“Mario Pasco ha contribuido en varias oportunidades en tareas de carácter público. Fue Vice-Ministro de Justicia entre 1980 y 1981 y en tal condición le tocó coordinar numerosas comisiones que produjeron 217 decretos legislativos que el Ejecutivo promulgó en Julio de 1981 en ejercicio de facultades legislativas delegadas por el Congreso. Ha sido redactor principal de la Ley de Fomento del Empleo (D. Leg. N° 728) y de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D. L. N° 25593). Participó también en la redacción de la Ley del Poder Ejecutivo (D. Leg. N° 217). Presidió Comisiones Redactoras de la Ley de Acción Popular y de la Ley de la Acción Contencioso Administrativa”.*

*“A lo largo de su desempeño como abogado, Mario Pasco ha ocupado la Presidencia de varias instituciones vinculadas a su materia: la de la Asociación de Relaciones Industriales, la del Instituto Andino de Relaciones Industriales, la de la Federación Interamericana de Administración de Personal, la de la Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo y actualmente de la Sociedad Peruana de Derecho el Trabajo y de la Seguridad Social”.*

*“Hay un aspecto del quehacer jurídico de Mario Pasco que no puede soslayarse: su contribución en el nivel internacional, en especial en América Latina y España. Hay un grupo de luminarias del Derecho Laboral de varios países que enseñan Derecho del Trabajo en destacadas universidades. Algunos de ellos son actualmente Decanos de sus Facultades. El grupo lo integran, entre otros, el mexicano Nestor de Buen, el brasileño Wagner Giglio, el uruguayo Américo Pla, el argentino Mario Ackerman, el dominicano Rafael Alburquerque, el español Alfredo Montoya Melgar. A ese grupo pertenece Mario Pasco y allí brilla con luz propia. El equipo se moviliza periódicamente por Universidades de distintos países de Iberoamérica y organiza ciclos y conferencias. Además*



publica libros. El primer curso internacional de Derecho de Trabajo Comparado fue ofrecido en 1985 en Río Grande do Sul, el segundo en 1986 en México, el tercero en Lima en 1987, el cuarto nuevamente en Río Grande do Sul en 1988 y el quinto en Santo Domingo en 1992. Entre las obras publicadas (en las cuales ha participado Pasco) hay que mencionar, entre otras, «La Solución de los Conflictos Laborales», con de Buen, Giglio y otros, México, 1985; «Estudios sobre Concertación Social», con de Buen, Bueno Megano y Ermida, Lima, 1986; «Los Sindicatos en Iberoamérica», con Albuquerque, Plá y otros, Lima, 1988; y «Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados», con el panameño Murgas Torraza, Montoya Melgar y otros, México, 1993”.

“Fruto de esta intensa actividad continental, Pasco ha sido distinguido como Profesor Honorario de la Universidad Católica Madre y Maestra de Santiago de los Caballeros, República Dominicana, y de la Universidad de Passo Fundo, Río Grande do Sul, Brasil. Ostenta, además, el grado de Comendador de la Orden de Mérito Judiciario do Trabalho de Brasil y la Cruz de Honor de la Orden de Raimundo de Peñafort de Madrid, España”.

“Ha publicado Mario Pasco algunas obras individuales. En 1977 apareció su trabajo «Negociación Colectiva», en 1979 el que se denominó «Realidad Actual de la Negociación Colectiva en Iberoamérica» y en 1990 un amplio estudio sobre el derecho del trabajo y las relaciones industriales en el Perú para una Enciclopedia internacional sobre la materia”.

“A esto se suma una larga lista de artículos publicados en el Perú y otros países y de numerosas ponencias presentadas a congresos sobre relaciones industriales, administración de personal y otros temas análogos en Argentina, España, Colombia, Ecuador, Uruguay y México, por citar solo algunos”. (Anuario de la Academia Peruana de Derecho, 1996, pág. 119-122).

Los que lo conocemos a fondo tenemos por ello que decir de Mario que es un “hombre simbólico”, según lo ha expuesto Ralph Waldo Emerson en un clásico libro del que he dado cuenta en la pág... .. **También Felipe Osterling**, en su ya clásico libro de memorias “**Páginas de un Viejo Armario**” ha escrito sobre Mario en el capítulo octavo “El amanecer de la democracia” cuando ha hablado de “**Los tres mosqueteros de Pescadería**” : “El hombre es la medida de todo” expresó Pitágoras en el siglo V antes de Cristo. Percibí con claridad que previamente a resolver temas de local, mobiliario y aun antes de formular la definición jurídica y el organigrama del ministerio, era imprescindible encontrar a las personas adecuadas, con las que tendría que llevar a costas el pesado fardo. Deberían ser gentes sumamente generosas, que no esperaran grandes retribuciones o satisfacciones”.

“El mismo 24 de junio buscaba el primer nombre para el encargo fundamental de viceministro. Tenía que ser alguien con proyección y capacidad para ministro. Por eso pensé en Mario Pasco Cosmópolis, una personalidad brillante a lo largo de su carrera, un abogado muy distinguido en la especialidad del Derecho Laboral y un hombre de convicciones morales y cívicas excepcionales, además de excelente amigo. ¿Aceptaría ser mi Viceministro por un año?”.

“Cuando lo llamé -era feriado medio día- estaba durmiendo una siesta, de modo que la propuesta lo pescó dormido. Me pidió unas para consultarlo con Úrsula, su esposa y con horas para consultarlo con Úrsula, su esposa, y con sus socios. Al día siguiente aceptó. Fue un colaborador extraordinario e hizo un gran trabajo. Cuando al cabo de un año dejé el ministerio, como estaba previsto, el presidente Belaúnde hubiera querido que Mario asumiera el cargo, pero no pudo ser: no era pepecista....”

“Con Mario nos abocamos a resolver el tema del siguiente cargo de importancia jerárquica: el secretario general del ministerio. Muy rápidamente nos pusimos de acuerdo: debíamos llamar a Jorge Muñiz Ziches, abogado talentoso y dinámico que había sido mi alumno en la Facultad de Derecho con altas calificaciones y de quien tenía muy buena opinión. Era un trabajador infatigable y probablemente también él se habría desempeñado con brillo como ministro, excepto por el que parecía su único defecto, que se corrige con el tiempo, la edad: tenía 27 años cuando se incorporó al equipo.

“Éramos “tres mosqueteros”, pero con notoria diferencia respecto de los de Alejandro Dumas; no teníamos mosquetes, ni armas blancas, ni sombreros con plumas. Mi estudio de abogado funcionaba como despacho ministerial en el que nos reuníamos, planeábamos, discutíamos, programábamos y concertábamos citas y entrevistas sobre las docenas de asuntos que debíamos resolver, casi cada hora, para que el 28 de julio pudiera decirse que existía lo más parecido posible a un ministerio de Justicia”.

Permitaseme, pues, citarlo en una antología de su pensamiento que son las páginas dedicadas a “El Trabajo en la Constitución Peruana”, disertación para su incorporación a la Academia Peruana de Derecho, publicada en “Anuario de la Academia Peruana de Derecho”, 1996, pág. 123 y sigs.: “Se suele atribuir la primogenitura constitucional a la Carta Magna de Inglaterra de 1215, aunque la doctrina española reivindica la primacía para el Fuero de León de 1188. Uno y otra, sin embargo, tienen una importante característica en común, cual es consagrar el reconocimiento a las libertades de los súbditos y garantías para la administración de justicia, a más de -en el instrumento leonés- del respeto a la propiedad y la inviolabilidad del domicilio”.

“El núcleo axiológico en ambos instrumentos está constituido por los derechos de la persona frente al poder público, como sucede también con la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, que anticipa a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (Filadelfia, 4 de julio de 1776) en su afirmación del derecho de los pueblos sobre la base de la igualdad de los hombres y su derecho inalienable a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad”.

“En todas las Cartas primigenias su motor espiritual es la exaltación del ser humano y sus derechos, por oposición y hasta en contraste con el poder político encarnado en el Estado. Aquello que SCHMITT denomina «principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable»; para concluir en que «Los derechos fundamentales en sentido propio son esencialmente, derechos del hombre individual libre, y por cierto, derecho que él tiene frente al Estado»”.

“La incorporación de los derechos sociales dentro del elenco de los Derechos Humanos y de los Derechos fundamentales corresponde históricamente a la aparición del denominado Estado-Social, cuyos rasos definitorios, como evolución y por comparación con el Estado liberal, son descritos por GARCÍA PELAYO”.

“Dentro de los derechos sociales, a su vez, se encuadran los derechos propiamente laborales. No existe unanimidad en identificarlos. A quienes aspiran a un Derecho Laboral progresivo, les fascina la idea de ampliar el contenido de los derechos fundamentales para abarcar todos los derechos laborales. Dice al respecto Martín Carrillo que “no existe acuerdo en la doctrina laboralista sobre los derechos laborales que deben ser considerados como derechos fundamentales. En esta



materia, tradicionalmente la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sólo ha considerado como Derechos Humanos, a sus convenios referidos a la libertad sindical, la igualdad y no discriminación, y al trabajo forzoso. Esta posición restrictiva ha sido ampliada en la 75<sup>ava.</sup> Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1988, donde se acordó definir «el campo de actuación de la OIT en función de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos».

“La elevación de los derechos laborales a rango constitucional no sólo los prestigia y realza, sino que obedece a una razón práctica que el maestro Mario de la Cueva destaca y es la de protegerlos contra cualquier política del legislador ordinario. En efecto, la norma constitucional es intangible, pues sobrepasa a la norma común; y no sólo eso: la orienta, la condiciona y la ilumina”.

“La constitucionalización de los derechos laborales, por otra parte, no ser un simple catálogo de reglas inconexas sino, antes bien, un conjunto orgánico y coherente, un cuerpo dogmático doctrinario que condensa una ideología. Por ende, la legislación debe armonizar, correlacionarse e integrarse con el modelo que surge del pensamiento constitucional”.

“Pero la constitucionalización de los derechos laborales es un camino de doble vía, de retroalimentación. Como pone de relieve el maestro Mariano R. Tissembaum, se produce también un «proceso de penetración del derecho laboral y del derecho social en el derecho constitucional para caracterizarlo en sus fines, y luego éste, con el impulso consiguiente, se proyecta a su vez en aquellos para asignarles la firme orientación institucional de sus postulados rectores, hacia el ordenamiento legal respectivo”.

Luego, Mario Pasco al desarrollar el tema “La Constitucionalización de los Derechos Laborales en el Perú”, da cuenta de los temas laborales planteados en la Constitución de 1920, en la de 1933, en la de 1979 y en la de 1993 haciendo la exégesis respectivas de los diversos artículos que consagran los diversos temas laborales y concluye que:

“Toda Constitución es una apuesta por el futuro. Los países más sólidos, la hacen una sola vez y la oxigenan cuando las circunstancias así lo exigen. Nuestro país, en cambio, se ha visto en la constante necesidad de renovarla, sustituirla actualizarla con frecuencia inconveniente, claro reflejo de la inestabilidad de sus instituciones, de la fragilidad de su democracia”.

“En este devenir, las Constituciones son también reflejo de las circunstancias históricas, políticas, económicas que prevalecen en cada época. La constitución aprobada en 1993 y que hoy nos rige no podía ser la excepción; antes bien, es claro y perceptible el substrato ideológico que la moldea y orienta”.

“Nos encontramos a fines de un siglo que será también fin de un milenio. Es una circunstancia pródiga en promesas pero también de desafíos. La globalización o mundialización de la economía, la apertura de los mercados, la competitividad como motor del desarrollo empresarial y, a través de él, del desarrollo económico y social, el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías han trastocado la faz de la tierra y obligan a comprometer esfuerzos gigantescos para alcanzar y mantener una posición digna en el concierto de las naciones”.

“La Carta fundamental, como diseño ideal de la sociedad que aspiramos a ser, no podía mantenerse dentro de moldes anquilosados, anclada en las ideologías, en los métodos, en las metas que prevalecían en el mundo dos o tres décadas atrás. La caída del muro de Berlín y el desplome del



llamado «socialismo real» han modificado sustantivamente las reglas de juego de la política y la economía mundiales, al desaparecer la bipolaridad y campear hoy en el mundo entero el modelo democrático y liberal”.

“El Perú no podía automarginarse de este proceso. Nuestro deber como nación consistía y consiste en procurar los instrumentos que hagan posible no acrecentar sino disminuir y aún eliminar la brecha que nos separa del mundo desarrollado”.

“En tal sentido, la nueva Constitución tenía que alimentarse con la savia de las nuevas corrientes de flexibilización de las relaciones de trabajo”.

“En nuestra opinión, lo ha conseguido satisfactoriamente al diseñar, no un esquema rígido e inmutable, sino un modelo dúctil que sólo fija los lineamientos genéricos, al tiempo que abre amplias posibilidades para la acción legislativa y, sobre todo, para la autonomía colectiva de los interlocutores sociales. Con tal perspectiva, creemos sinceramente que a esta Constitución podrá aplicárseles con justeza, al menos en lo que a las relaciones de trabajo se refiere, la advocación que tuvo su predecesora, que resultó fallida en el intento: ser una Constitución para el Siglo XXI”.

---

He dado cuenta, en breve síntesis de antología, de algunas de las reflexiones expuestas por Mario Pasco como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Al hacerlo, lo he hecho con verdadera satisfacción, porque al evocar a Mario, siento orgullo de que haya sido un gran Ministro de Trabajo durante cuyo régimen se resolvieron muchos de los grandes problemas laborales del Perú y, porque, de sus triunfos, he sido y soy, uno de los que más se alegró. He expuesto con emoción intelectual el pensamiento de uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo.

---

## RAÚL FERRERO COSTA

El 25 de enero de 1996 se incorporó a la Academia Peruana de Derecho el doctor Raúl Ferrero Costa y el tema de su disertación en tal evento fue el **“Defensor del pueblo”**, para lo cual distinguió entre *“El Ombudsman nórdico”*, *“El Defensor del Pueblo en España”*, *“El Defensor del Pueblo en América Latina”* y *“El Defensor del Pueblo en el Perú”*, partiendo de la tesis de que *“la democracia exige el respeto recíproco de los derechos de gobernados y gobierno, no en el dominio que este imponga sobre aquellos. Por ello, es necesario avanzar asimilando nuevas instituciones que, sin dejar de lado las tradicionales las complementen, para garantizar la protección de los derechos de la persona y lograr que el Estado de Derecho se consolide. El control que ejerce el Defensor del Pueblo es jurídico y de eficacia, siendo su función la de poner en evidencia y denunciar cualquier actuación irregular del poder o de quienes lo ejercen a fin de que se corrijan sus atropellos”*.<sup>(1)</sup>

El discurso de presentación estuvo a cargo del doctor Alberto Ruiz Eldredge, uno de los más antiguos Académicos de Número de la Academia Peruana de Derecho, insigne administrativista y profesor emérito de las Universidades de San Marcos, de la San Martín de Porres, de la UNIFE, de la Villarreal, de la Garcilaso y de la Universidad de Lima, nacido en Chorrillos el 2 de setiembre de 1917, ex-Decano del Colegio de Abogados de Lima y un insigne maestro, de cuya amistad me honro, quien sostuvo a modo de conclusión en la presentación del nuevo Académico de Número que: *“aparte de lo dicho sobre los libros, las cátedras, las funciones internacionales del Dr. Raúl Ferrero Costa, es notable su entereza cuando asume, en los momentos críticos de la vida, su rol de jurista y de ciudadano, acorde con su doctrina. No puede y no debe olvidarse, cuando en defensa de sus principios es enérgico sin agredir; no ejercita violencia, la padece. Una fuerza represiva –que no es la culpable- sino los que desatan políticas de fuerza, golpea físicamente al jurista. Su reacción es la del que tiene el vigor de su derecho y da así una lección de serenidad y de valor. Esta es una expresión de fortaleza de espíritu y serenidad que pone de manifiesto en los hechos de la vida que, sin duda, también es una lección de hombría que en algo deben haber aprendido los responsables de la torpe ofensa. Es justo hacer memoria de este acontecimiento ocurrido a las puertas del C.A.L. sin otro fin que el de revelar la personalidad cabal de un Abogado valeroso, de un Profesor ilustre, de un Ciudadano que ejercita sus derechos y defiende los de los demás: el Dr. Raúl Ferrero Costa”*.<sup>(2)</sup>

Convengo con el doctor Ruiz Eldredge en todo esto porque un hecho decisivo en la vida de Raúl es el de su serenidad y altura ante el abuso y ante la prepotencia. En la defensa jurídica de la democracia y de nuestros principios ha reflexionado en numerosos ensayos y estudios constitucionales que dan fé de los valores de su espíritu. Pero no solo es la reflexión teórica de lo que sostiene en su cátedra, en sus discursos y en sus libros. Es, sobre todo, el ejemplo de su vida y su conducta, luminosa como la de todo hombre simbólico y austera como la de todo auténtico maestro y guía espiritual, la que hacen de su personalidad un líder como lo es en la Universidad, en el Colegio de Abogados y en la política nacional. Cuando era Decano del Colegio de Abogados de Lima y cuando las tropas de asalto irrumpieron violentamente en el local de nuestra Orden, Raúl salió a defender con entereza a la institución simbólica de la juridicidad y, con gran altura, dió una lección de serenidad y de altura moral para repeler a la violencia. Lo vimos todos y es un hecho histórico que ahora lo recuerdo para encuadrar dentro de un marco radiante la vida y el pensamiento de uno de los más grandes juristas, intelectuales y políticos de la vida nacional.

(1).- “Anuario de la Academia Peruana de Derecho 1996”, pag. 100.

(2).- Anuario de la Academia Peruana de Derecho 1996”, pag. 100.



Raúl Ferrero Costa, nació en Lima el 17 de Marzo de 1941 y se recibió de Abogado en la Universidad Católica en Junio de 1965. Luego viajó a Inglaterra a cursar estudios de post-grado sobre Desarrollo Económico y Administrativo en la Universidad de Leeds entre 1966 a 1967 y, luego, en 1974, se doctoró en la Universidad de San Marcos, con una valiosa tesis sobre “El Negocio Jurídico” en la que incide sobre la distinción entre el negocio y el acto jurídico y en cuyo Prólogo el maestro José León Barandiarán, según lo ha recordado el doctor Ulises Montoya Alberti en el discurso pronunciado con motivo de nombrarse a Raúl profesor emérito de la Universidad de San Marcos, sostuvo que “Si yo no prologara este libro y lo leyera y lo leyera ya publicado y si hubiera quien me pidiera mi parecer acerca de él, le respondería que es un buen libro, escrito como debe escribirse dentro del carácter que le corresponde y por el objeto de que se ocupa”. Agregaba después: “Así pues, haciendo justicia, cabe afirmar que el libro que ahora publica Raúl Ferrero Costa, intitulado “El Negocio Jurídico”, tiene notable valor científico, en base a un meritorio esfuerzo de investigación”.<sup>(1)</sup>

Raúl Ferrero ha sido profesor en la Universidad de San Marcos del curso de Obligaciones lo que lo inspiró para escribir su “Curso de Derecho de las Obligaciones” editado por la Editorial Cuzco, Lima, 1987, segunda edición, 1988 y tercera edición actualizada por la editorial Grijley, Lima, enero del 2000, de la cual tengo a la vista la 2ª reimpresión, que es del año 2004, en cuyo Prólogo, **ATILIO ANIBAL ALTERINI**, profesor en la Universidad de Buenos Aires, dijo citando a los Mazeaud, que “En lo cuantitativo, todas las relaciones pecunarias que existen son vínculos de obligaciones”... “En lo cualitativo, citando a Josserand, añade que “no es exagerado decir que el concepto obligacional constituye la armazón y el substrato del Derecho y hasta de un modo más general, de todas las ciencias sociales”. Su estructura es de tal armonía sistemática que ha podido ser presentada mediante teoremas (Ménard). Pero está teñida de axiología, en cuanto en ella sobresale la exaltación de valores fundantes del sistema jurídico: la justicia, la equidad, la regla moral”.

“En su sector, los principios del Derecho Romano fueron trasegados al Derecho Moderno y permanecieron intactos por mucho tiempo. Una fisura resultó de las nuevas circunstancias de la sociedad industrial, que hicieron abandonar... la lectura que de esos fundamentos hacía la doctrina tradicional. Casi insensiblemente el Derecho Mercantil, forma jurídica sectorial nacida en el medioevo... fue extendiendo su vigencia penetrante de la trama del Derecho Común y generó... “la comercialización del Derecho Civil”, que “tiene su epicentro en el Derecho de las Obligaciones”.

“La conmoción de sus cimientos históricos resulta de la irrupción de la noción de consumidor, ampliada hasta implicar la protección del individuo particular” que “acentúa un estallido del Derecho Común de los Contratos (Weill y Terré: Droit Civil-Les Obligations, Paris, 1986, N° 250). Como elemento adicional de complicación, las leyes particulares proliferan e inciden sobre los Códigos, haciendo particularmente difícil la comprensión del sistema. En una conferencia dictada en Buenos Aires, el Profesor Peter Gilles acaba de señalar que, en Alemania, unas doscientas cincuenta leyes, con tres mildisposiciones se han agregado a la regulación de las obligaciones contenida en el Código Civil”

“Esa conmoción, además, funciona como avenida de dos vías: producida de alguna manera la comercialización del Derecho común, aparece simultáneamente, y con fuerte incidencia, la noción de orden público económico, que a través de leyes imperativas establece cierto grado de

(1).- RAÚL FERRERO COSTA: “Los Desafíos del presente”, pag. 271, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000.



protección a favor de una parte (*favor debitis*), que sólo puede ser dejado de lado a favor de ella (Ghestin: *Traité de Droit Civil: Les Obligations. Le Contrat*, Paris, 1980, N° s. 123 y 125); y si bien los mercaderes estructuraron un sistema negocial con libertad de formas, que exalta la autorregulación y resguarda la puntual fuerza obligatoria de los pactos, hoy campean en sentido contrario “tres clases de restricciones características de la reacción legislativa contra la autonomía de la voluntad: renovación del formalismo, especialmente para la información de los particulares; reglamentación del contenido del contrato, para cuidar los intereses del consumidor, alteración del efecto obligatorio del contrato, para asegurar una mejor conciencia de los compromisos suscritos” (Flour, J. y Aubert, J.L. *Les obligations, L’acte juridique*, Paris, 1986, N° 125-1”).

“De este modo todo el área negocial, en estos tiempos, resulta influido visceralmente por componentes interdisciplinarios -de Derecho Público y de Derecho Privado-, cuyo núcleo conceptual debe ser recompuesto, pues “del excesivo fraccionamiento del Derecho frecuentemente deriva la dificultad de comprender el sistema normativo y de conservar la unidad sustancial” (Perlingieri, P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 32)”.

“Ante tan complejo panorama es preciso reexaminar el papel que conservan los Códigos, la medida en que sus disposiciones siguen siendo relevantes. Algunos sostienen que asistimos a un proceso de decodificación, no obstante lo cual -a mi juicio- sólo se trata de una redefinición de su función: los Códigos, por cierto, no abarcan la regulación de la totalidad de la vida social, pero sigue siendo el receptáculo de los principios generales del sistema, los indicadores de su clima, en tanto las leyes especiales (los denominados estatutos particulares) funcionan como *addenda* y errata de los Códigos (sobre esto, Busnelli, F. D., *Il Diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1983, pp. 47 y ss.)”.

“Así, pues, para aprehender el sentido de un sistema jurídico es adecuado analizar la regulación de sus Códigos. Es la tarea emprendida por el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, el Profesor Raúl Ferrero Costa, en este “Curso de Derecho de las Obligaciones” del cual se publica una nueva edición”.

“El resultado está a la vista: un análisis institucional del Derecho de las Obligaciones, realizado con fino criterio jurídico y con encomiable poder de síntesis, que consigue presentar con armonía y equilibrio las bases de tan trascendente rama jurídica. Ferrero Costa se ha propuesto que su obra sirva de brújula orientadora al estudiante universitario, y lo ha logrado plenamente”.

Esta reseña que hago del Prólogo hecho por un gran profesor de Buenos Aires, gloria de la escuela civilista argentina, a un gran profesor de San Marcos, gloria del pensamiento jurídico peruano, me releva de mayor exposición. Baste con señalar que el curso de Obligaciones siempre ha sido y siempre será un tema para la reflexión trascendental en el pensamiento jurídico de todos los tiempos, que pone a prueba el temple lógico-mental de todo profesor de Derecho Civil y que, en el caso de Raúl Ferrero Costa, sirvió para demostrar que sus libros y sus cátedras son la expresión del pensamiento de uno de los más grandes profesores de Derecho de todos los tiempos no solo en la Universidad de San Marcos sino en la escuela civilista peruana.

Raúl Ferrero Costa también dictó en San Marcos Derecho Constitucional General, cátedra que lo inspiró para reflexionar, en una serie de ensayos, sobre la Democracia, la Constitución y el Estado del Derecho.

Las reflexiones de Raúl Ferrero Costa en materia de Derecho Político y Constitucional pertenecen al género literario del ensayo. El ensayo, ha dicho el notable ensayista mexicano Alfonso Reyes (1889-1959) “es un centauro de los géneros, donde hay de todo y cabe todo”. “Es una simbiosis literaria de información científica e inspiración poética”.<sup>(4)</sup> “A su vez el notable ensayista argentino Enrique Anderson Imbert (1910) ha escrito que “la nobilísima función del ensayo consiste en poetizar en prosa el ejercicio pleno de la inteligencia. Es una obra de arte construída conceptualmente, es una estructura lógica, pero donde la lógica se pone a cantar. El ensayo es, sobre todas las cosas, una unidad mínima, leve y vivaz, en donde los conceptos suelen brillar como metáforas”.<sup>(5)</sup>

Ensayista prolífico y fecundo los libros de Raúl Ferrero Costa no solo reflejan el pensamiento constitucional sino que expresan el punto de vista de un jurista sobre esta poliédrica visión que es la realidad peruana y constituyen la expresión de un demócrata frente a lo que podría ser la interpretación socialista, tal como sería el caso de comparar los “Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana” de **JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI** frente a los “Ensayos de Derecho Constitucional” de Raúl Ferrero Costa.

De éstos dijo **ULISES MONTOYA ALBERTI** en la presentación llevada a cabo el 2 de junio de 1997 en el auditorio “José León Barandiarán” del Colegio de Abogados de Lima que: “Los artículos incluídos en el libro guardan coherencia entre sí. Podemos apreciar los comentarios respecto al proyecto de lo que hoy día es la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo y el Poder Judicial. La manera en que el Dr. Ferrero trata los diversos temas, complejos en algunos casos, pero expuestos con sencillez y rigor lógico, hacen que el libro se de lectura fácil y amena, constituyendo un importante aporte como libro de referencia para los alumnos y estudiosos de Derecho Constitucional, así como también para aquellos que sin tener una base jurídica desean conocer y entender aspectos de nuestro acontecer relacionado con el desarrollo de nuestra vida democrática”.

“Se cumple pues a cabalidad lo que el doctor Ferrero pretende decir, que la línea del libro constituya una respuesta a los delicados problemas del sistema democrático. Es el conjunto de los artículos que en forma coherente trata de instituciones tutelares de nuestra vida democrática, lo que da relevancia a la obra. Bien señala el autor que ninguna de las instituciones que se trata en este libro resulta importante por sí sola; es el concurso de ellas que operando como parte de un todo, adquieren sentido y se justifican para configurar un sistema de pesos y contrapesos para evitar los atropellos y excesos a los que el descontrol conduce”.<sup>(6)</sup>

Por su parte Raúl Chanamé Orbe, profesor en San Marcos, dijo que: “Yo creo que este es un libro polémico, de debate, de afirmación democrática y sobre todo de precisiones conceptuales”.<sup>(7)</sup>

(4)- ALFONSO REYES: “Visión del Anahuac”, citado por Jon Skirlus en “Este centauro de los géneros”, pag. 11 del volumen: “Ensayos hispanoamericanos del Siglo XX”, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1991; citado por José Antonio Silva Vallejo en el libro “La Ciencia del Derecho Procesal”, pag. 1, ediciones Fecat, Lima, 1991.

(5)- ENRIQUE ANDERSON IMBERT: “Defensa del Ensayo”, en el volumen “El ensayo hispanoamericano del siglo XX”, pag. 100, Fondo de Cultura Económica, México, 1991; citado por José Antonio Silva Vallejo: “La Ciencia del Derecho Procesal”, pag. 1, ediciones Fecat, Lima, 1991.

(6)- RAÚL FERRERO COSTA: Presentación del libro “Ensayos de Derecho Constitucional: hacia un equilibrio de poderes”, en el libro “Trabajos de Derecho Constitucional, La Constitución mediatizada”, pag. 200, Editorial Grijley, Lima, 1991.

(7)- RAÚL FERRERO COSTA: “Presentación...”, pag. 200.



No podemos olvidar tampoco una sucinta referencia a **PEDRO PLANAS**, un joven constitucionalista, profesor en la Universidad de Lima quien, por desgracia, falleció prematuramente cuando todos esperábamos mucho más de su pensamiento político y jurídico. Dijo Planas en aquella oportunidad que *“La publicación de Raúl Ferrero es, a la vez, testimonio de su lucha principista, de su lucha democrática por este equilibrio de poderes”*.<sup>(8)</sup>

Y luego nos decía Pedro Planas que *“Raúl nos explica, no quiero comentarlo mucho para que no dejen de leer el libro, pero hay aspectos fundamentales destacables, sobre todo en el caso del Tribunal Constitucional”*.

Y luego casi para terminar nos decía, y hoy lo recuerdo a Pedro Planas cuando trazaba: *“Un paralelo final con Montesquieu si no es mucho problema. Montesquieu hizo el Espíritu de las leyes y Raúl hace una acertada interpretación del espíritu de nuestras leyes y las muy actuales además”*.

*“Pero Montesquieu cuando fue al Reino Unido creía que había separación de poderes allá y sabemos todos que estaba equivocado. Decía que había una separación entre quien gobernaba que era el Rey entonces, y el Parlamento, y en verdad estba en gestación el parlamentarismo ahí”*.

*“Es decir, como obaservador, Montesquieu no fue tan puntual pero lo que hace finalmente es crear una teoría que ha revolucionado y que sirvió de inspiración a los norteamericanos quienes preocupados por no repetir la tiranía de Jorge III y de los monarcas que eran verdaderos tiranos hacia fuera, hacia las colonias, cogieron la separación de poderes, cogieron la división de poderes, cogieron el esquema de Montesquieu y hasta ahora les perdura, les ha dado excelentes resultados. Yo creo que allí el paralelo es maravilloso, porque lo hace Raúl es detectar la manera como acá se está produciendo el desequilibrio de poderes y a la vez entregarnos a todos nosotros elementos básicos, principios medulares, para hacer frente a nuestra propia tiranía”*.<sup>(9)</sup>

Reseño las palabras del mismo Raúl Ferrero al presentar su libro: *“El espíritu de este libro es en realidad uno que existe en la mente del autor, pero que se realiza gracias a las sucesivas invitaciones que voy recibiendo en los últimos dos años, de distintas universidades, de distintos colegios profesionales, de distintas instituciones representativas para dictar algunas conferencias sobre tema de actualidad, y también recoge una sucesión de artículos aparecidos en algunos diarios sobre temas constitucionales que he tratado de expresar con la mayor independencia de criterio”*.

*“Por lo tanto, como bien dijo Pedro Planas, parecería que hay un trazo preestablecido con relación a los artículos que aquí recoge la obra, cosa que no ha sido el caso, como tampoco obviamente podía existir en la mente del autor tal futurismo como para poderle haber dado el nombre hace unos meses de “Equilibrio de Poderes”, como si hubiera sido un vidente de los problemas que se nos venían y ahora estamos viviendo en las últimas semanas o en los últimos meses, en que la carencia del sistema político es justamente esa falta de equilibrio. Bien han dicho los comentaristas que esta obra es una que refleja eso, lo que uno piensa y expresa, recogiendo como testimonio lo que uno dice y lo que uno defiende con vehemencia, con convicción”*.

(8).- Ob. cit.pag. 202.

(9).- Ob. cit.pags. 207-208.



*“La primera parte del título del libro “Ensayos de Derecho Constitucional” es una sugerencia de la editorial, el título original era solamente el de “equilibrio de Poderes”, pero las editoras, así como los jefes de las páginas editoriales, conocen mejor que nosotros cuáles deben ser los títulos de un libro o de un artículo para que resulten atractivos al lector”.*

*“Hoy nos reúne no solamente este libro, nos reúne también un sentimiento de apoyo y de respaldo a lo que debe ser en nuestro país, un verdadero sistema democrático”... “Este libro podrá tener pocos meritos pero si alguno tiene es lo que en él se expresa, defendiendo y argumentando a favor de las ideas que creo necesarias e indispensables para que en el país exista un equilibrio de poderes. Modernamente ya no podemos hablar simplemente de división de poderes o separación de poderes, hay que hablar del equilibrio entre ellos para que verdaderamente se defienda la democracia. No porque la democracia sea el mejor de los gobiernos sino porque debe ser el gobierno del pueblo debidamente representado. Ya decía Lincoln hace siglo y medio “La democracia es el gobierno del pueblo”, para él estamos defendiendo un equilibrio de poderes que nos permita defender la libertad. Somos defensores de la libertad porque creemos que cada persona tiene derecho a su propio proyecto de vida, y que nadie se lo puede modificar. Y, si es que hay abusos, no solamente los gobiernos latinoamericanos o los que se puedan darse en nuestras latitudes, sino todo gobierno en general se inclina hacia el abuso y por eso es que la ciencia política, los Estados, la democracia, va reconociéndole a las funciones del poder competencias distintas y le dice al poder legislativo cuando el ejecutivo se exceda, ustedes fiscalícenlo, esa es la misión del legislativo además de aprobar leyes. Pero cuando el Poder Legislativo, se excede, abusa, se extralimita, hay un Tribunal Constitucional concebido no por la oposición, no por los estudiantes de derecho, no por los abogados, concebido por los constituyentes que redactaron la Constitución de 1993, para que ese Tribunal le diga al Parlamento tu ley la declaró inconstitucional y por lo tanto no se aplica más a nadie. Pero el equilibrio no queda ahí solamente, el equilibrio tiene sentido, se explica, en tanto y en cuanto nos permita a todos vivir “en libertad como dije hace un momento”<sup>(10)</sup>*

*Al hablar de la ensayística de Raúl Ferrero Costa, no puedo dejar de evocar a la figura alada y genial de su padre, el maestro Raúl Ferrero Rebagliatti (1911-1977), de quien ya me ocupé, hace años, en la introducción a mi libro “La Ciencia del Derecho Procesal” en donde dije : “el maestro Raúl Ferrero Rebagliatti, jurista sobresaliente y humanista finísimo, de quien, al leer sus obras “Culturales Orientales”, “Poemas homéricos”, “Renacimiento y Barroco”, “Teoría del Estado”, “Ciencia Política”, “Derecho Constitucional”, “Derecho del Trabajo” y tantos ensayos inéditos y éditos, sobre todo para quienes tuvimos el privilegio de escucharlo en el Foro, en la cátedra y en su bufete de la calle Huancavelica, en donde conversé con él, joven yo aún, a propósito de un caso en el que había tres disidencias notables, tres opiniones discrepantes: la del maestro Luis Echevarría García, con quien practicaba yo en su estudio, la de mi padre en su estudio de Chiclayo y la del maestro Ferrero Rebagliatti; y, por eso, al evocarlo, digo de él, como he dicho en uno de mis ensayos el evocar a Carnelutti que, su imagen de gran jurista, completada con el perfil de humanista, se asemeja a la de uno de esos bronce del Renacimiento, de los que se decía, como se decía de los grandes jurisconsultos romanos: “vir bonus dicendi peritus”. Bajo este tríptico alegórico aludía al perfil y temple vital de los grandes juristas de la historia, y aludía, entre ellos, a Raúl Ferrero Rebagliatti... quienes representan a una élite de intelectuales y juristas que han resuelto inspirándose en la justicia y en la reflexión social y filosófica, los grandes y trágicos problemas de su hora y de su entorno histórico y social”.<sup>(11)</sup>*

*La ensayística de Raúl Ferrero Costa está escrita por un profesor excepcional en la que al lado de su simpatía y de su talento, fluye la defensa de la Constitución y del Derecho cuya*



interpretación nos incita hacia el culto de la patria, de los tratados, de la defensa de la democracia y de la crítica de la dictadura, de la defensa de la judicatura y del Poder Judicial.

Así, en su libro “Perú: Secuestro y Rescate de la Democracia (1992-2000)” editado por Fondo de Cultura Económica, Universidad de Lima y Universidad de Salamanca, Lima, 2001, escribe, en la Sección Primera: “El autogolpe: un mal injustificado”, pag. 39 a 87; en la Sección Segunda: “El maquillaje del régimen: el Congreso Constituyente”, pag. 91 a 291; en la Sección Tercera: “Sobreviviendo con una Constitución al servicio de la reelección”, pag. 299 a 373; en la Sección Cuarta: “Dialogando con la Constitución”, pag. 379 a 449; en la Sección Quinta: “Allanando el cambio a la re-reelección: sucesión de leyes inconstitucionales”, pag. 459 a 707; en la Sección Sexta: “Agudización de las crisis institucional y económica”, pag. 711 a 797; en la Sección Séptima: “El comienzo del fin: La ilegítima re-reelección presidencial”, pag. 801 a 933; en la Sección Octava: “Hacia la recuperación democrática”, pag. 937 a 1033.

Otro notable libro de Raúl Ferrero Costa se intitula “Defendiendo la Democracia”, editorial Grijley, Lima, 2001, cuyo elenco es el siguiente: “1.-Una Constitución Mediatizada”, pag. 21; 2.-“Comentarista de Lujo”, pag. 43; 3.- “Irregularidades electorales pueden llevar el caso peruano ante Asamblea de la OEA”, pag. 47; 4.-“La ausencia de votantes no anula la elección”, pag. 51; 5.-“Debe postergarse la segunda vuelta electoral”, pag. 61; 6.-“El problema es de legitimidad”, pag. 65; 7.-“La responsabilidad de la OEA frente al caso peruano”, pag. 69; 8.-“La misión de Alto Nivel de la OEA vendrá a re-evaluar la situación y seguramente dejará una cartilla de tareas por cumplir”, pag. 73; 9.-“FF.AA. no pueden reconocer al ingeniero Fujimori como Presidente antes que haya prestado juramento ante el Congreso”, pag. 81; 10.-“La propuesta de conferir el control de la constitucionalidad de las leyes a la Corte Suprema constituye un despropósito”, pag. 85; 11.-“Gobierno enfrentará serio problema internacional si incumple con recomendaciones de la OEA”, pag. 89; 12.-“OEA: Apremia un cronograma”, pag. 91; 13.-“Ambas partes deben ceder algo en el diálogo”, pag. 95; 14.-“Tras el anuncio de convocar a elecciones adelantadas, la oposición debe dar una alternativa válida de gobierno”, pag. 103; 15.-“No debe desperdiciarse la oportunidad”, pag. 113; 16.-“¿Está preparado el Perú para la democracia?”, pag. 117; 17.-“El objetivo debe ser la transparencia electoral”, pag. 129; 18.-“No es posible elección del presidente de JNE sin derogar Ley de Homologación de Magistrados”, pag. 133; 19.-“Aún no están dadas las condiciones para realizar elecciones limpias”, pag. 137; 20.-“Raúl Ferrero Costa, trató temas de interés regional”, pag. 141; 21.-“Fujimori no puede conducir el proceso democrático”, pag. 147; 22.-“El diálogo progresa, pero...”, pag. 151; 23.-“Elecciones Generales con reglas justas”, pag. 155; 24.-“Nacionalidad del Presidente y sucesión presidencial”, pag. 159; 25.-“¿Destitución o renuncia?”, pag. 167; 26.-“Ardua tarea”, pag. 171; 27.-“El compromiso de Paniagua es enorme”, pag. 175; 28.-“Exijamos, pero dentro de lo que es posible”, pag. 183”.

“La transición en marcha”, publicado por la editorial Grijley, Lima, abril del 2002, dedicado “a mi hermano Augusto”, contiene otro notable grupo de ensayos que, en esencia, plantean la necesidad de formación de una conciencia democrática, ya que, dice Raúl, en el punto ocho de su Prefacio, “En lo fundamental los problemas del país permanecen pendientes”. Y así se expone, entre otros temas sobre “La difusión de los Videos”, pag. 3, “Los candidatos presidenciales en San Marcos”, pag. 41, “Lourdes Flores tiene la palabra”, “Destacan pronunciamiento rectificatorio de FF.AA.”; “¿Qué tipo de Estado queremos?”, pag. 123 a 134, “La Administración de Justicia en el proyecto de bases de la reforma Constitucional”, pag. 137 y siguientes, etc.

(\*)- ob. cit., pag. 200.

(\*\*)- Citado por JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO: Introducción a “La Glenda del Derecho Procesal”, pag. 3-4, ediciones Fecat, Lima, 1991.

En “Los Desafíos del Presente”, editora jurídica Grijley, Lima, 2004, sostuvo en el “Prefacio” intitulado “El difícil camino hacia la reconstrucción democrática”, que: *“La característica principal que debe reunir una buena Constitución es ser principista, dejenado a las leyes la misión de desarrollar su contenido. No debe ser detallista sino una herramienta sencilla, escueta. y de uso fácil”*.

En esta antología de textos que delínean y definen el pensamiento jurídico de Raúl Ferrero Costa debo aludir a **“Los Desafíos del Presente”** publicado por la Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, libro en el cual trató el gran problema de la administración de justicia en una síntesis brillante: *“Con relación al problema de la administración de justicia es penoso comprobar el poco interés que existe en enfrentar este mal que aqueja al país desde muchas décadas pasadas. La Corte Suprema nombró un grupo impulsor, que me tocó integrar con distinguidos abogados,*

*el cual presentó su informe en el mes de abril del presente año y que luego fue recogido por la CERIAJUS, comisión integrada por representantes de todos los sectores involucrados en la administración de justicia, la cual hizo las recomendaciones necesarias para su indispensable reforma que incluye algunos aspectos constitucionales”*.

*“La reforma tiene que enfrentar intereses existentes que no quieren que la administración de justicia sea plenamente independiente, para así seguir permitiendo que los integrantes de los otros poderes del Estado puedan influir sobre ella. La cenicienta de los poderes, el Poder Judicial, no debe esperar más para la tan reclamada reforma que requiere de cambios legales y constitucionales, pero sobretudo de una actitud decidida de sus propios miembros para emprender una reestructuración interna que le permita tomar acciones que no precisan de reformas legales”*.

*“Es verdad que algunos sectores distintos a los poderes del Estado, están interesados en que la tan reclamada reforma no se produzca de forma que puedan seguir influyendo indebidamente sobre ella. Además, es bueno tener presente, que en nuestra historia republicana, casi sin excepciones, los poderes políticos han tratado de subyugar al Poder Judicial”*.<sup>(12)</sup>

Al tratar sobre **“La necesidad de formación de una conciencia democrática”** sostuvo que *“Toda nuestra historia republicana, en especial la del siglo XX, está dominada por un fatal péndulo cíclico de alternativa entre gobiernos democráticos y gobiernos de facto. Debemos terminar con esta oscilación que ya parece una fatalidad, para lo que es preciso tener fe en el sistema democrático y estar dispuestos a defenderlo cada vez que sea puesto en riesgo. Un sistema cuya arquitectura debe estar claramente trazada y que deberá ser implementada por este nuevo gobierno con la colaboración de los otros partidos políticos, bajo la vigilancia de la sociedad civil, a fin de lograr que efectivamente los mecanismos de control de la democracia funcionen, atendiendo a la vez los problemas sociales más urgentes, en un país en el que poco más de la mitad de la población se encuentra en situación de pobreza extrema”*. La Molina, 31 de enero del 2002.<sup>(13)</sup>

**“La Reforma Constitucional pendiente y otros escritos”**, publicado por la editorial nomos & thesis, Lima, 2006, es el último libro que nos ha llegado de Raúl, a quien lo seguimos leyendo en sus ensayos que publica, semanalmente, en el diario “El Comercio” y en sus conferencias, como las dictadas recientemente con motivo del día del Abogado y de la incorporación del Primer Ministro Español José Luís Rodríguez Zapatero como Doctor Honoris Causa en nuestra Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En el libro citado defiende la necesidad de una reforma de la Constitución (pag. 21 a 53) sobre el estado de Derecho y defensa a la democracia (pag. 57 a 97), sobre las elecciones generales del 2006 (pag. 101 a 137), sobre la Reforma del



Poder Judicial (pag. 143 a 163), sobre “Alejandro Miro Quesada Garland y su espíritu de lucha” (pag. 173 a 174 e hizo la “Semblanza de Adelaida Bolívar” (pag. 173 a 177), sobre la “Misión del Colegio de Abogados de Lima” (pag. 181 a 188) y “Gracias por lo que nos dieron” (A los profesores del Colegio Santa María) (pag. 189 a 191) a lo que se añade una serie de reseñas sobre el pensamiento de Raúl Ferrero por José Palomino Manchego, Anibal Ismodes Cairo, Javier Monroy Cervantes, Francisco José del Solar, Víctor Coral; todo un tornasolado crisol de perspectivas sobre el pensamiento jurídico de uno de nuestros más brillantes constitucionalistas y profesores universitarios de nuestra época.

---

---

(\*).- RAÚL FERRERO COSTA: “Los Desafíos del Presente”, pag. 7 a 20, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001.  
(\*).- RAÚL FERRERO COSTA “La transición en marcha”, pag. 27, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000.

## JORGE BASADRE AYULO

Hablar de Jorge Basadre Ayulo, a quien admiro (nacido en Lima el 4 de julio de 1939), supone evocar también al maestro, nuestro y de todos, Jorge Basadre Grohmann (Tacna: 12 de febrero de 1903 - Lima: 29 de junio de 1980) y ello supone la evocación de dos grandes vidas paralelas.

El pensamiento historiográfico del maestro Jorge Basadre Grohmann continúa, “*ultra vires hereditatis*”, en el pensamiento de su único hijo, nuestro amigo y colega, el Dr. Jorge Basadre Ayulo, profesor en la Universidad de Lima, en la Universidad San Martín de Porres, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, en la Universidad de Piura y en la Sección de Postgrado de la Universidad Villarreal. El Dr. Basadre Ayulo es un distinguido jurista y miembro de número de la Academia Peruana de Derecho en la que se incorporó el 17 de setiembre de 1996 pronunciando, para tal efecto, una disertación intitulada “*Consideraciones jurídicas elementales sobre la contratación en el Derecho Minero Peruano*”.

El tema de la historia y la evocación del pasado constituyen la reflexión central en el pensamiento de los Basadre, con los cuales la escuela histórica peruana ha llegado a su cenit.

Se trata de un pensamiento historiográfico, más que historiológico; habida cuenta que la historiología es una filosofía de la historia, una reflexión sobre la aceleración o de los “*corsi*” e “*ricorsi*” de la historia, o bien de los “*colapsos de las civilizaciones*” o de los que Toynbee llama la búsqueda de las “*unidades inteligibles de la historia*” y de su génesis, crecimiento, colapso y desintegración, o bien de las leyes que explican la cadencia y el ritmo de la historia, tal como lo ha expuesto, por ejemplo, Raymond Aron, el ilustre profesor en la Sorbona (1905-1983) en sus “*Dimensiones de la conciencia histórica*” o bien, el maestro Arnold Toynbee (1889-1975) en la gran obra de historiología trascendental de nuestro tiempo que es su “*Estudio de la Historia*”, cuya clave está en el “*reto*” y la “*respuesta*”, o en la “*némesis de la creatividad*”; o bien, inspirándonos en la historiología de Spengler (1880-1936), en rastrear los estilos y contornos del alma “*apolínea*” o del Derecho “*fáustico*”.

Para mí, el Derecho Romano era un Derecho “*apolíneo*”; “*apolínea*” era y sigue siendo también, la “*science du droit civil*”; en tanto que, “*fáustica*” es la ciencia de los “*Professorenrecht*”, “*fáustica*” es la “*Rechtswissenschaft*”; en tanto que “*dionisiaco*” era el Derecho Germánico, una de cuyas fuentes era la “*Lex Sállica*”, tal como era profesada por la estirpe merovingia o por la “*Lex Ripuaria*”, que era la ley personal de la estirpe carolingia, o el caso de la prueba “*ordálica*”, cuyo prototipo acaso estuvo representado por el “*iudicium feretri*” (juicio del féretro), por “*el juicio de Dios*”, tal como nos lo expuso Sir Walter Scott en “*Ivanhoe*” o por la “*Faussation de Jugement*” o “*desafío a los Jueces*” en el Derecho Feudal, según la magistral exposición del maestro Piero Calamandrei en su inmortal estudio sobre “*La Casación Civil*”.

Este juego de luces y sombras en la interpretación del Derecho es netamente una interpretación “*historiológica*”, en tanto que la interpretación historiográfica, es una perspectiva de los hombres, de sus escuelas y sus libros; habida cuenta que, como dice, textualmente, el profesor Jorge Basadre Ayulo: “*La historiografía, en general, trata sobre el estudio crítico de los trabajos históricos y de sus autores, así como de su ordenación sistemática por materias con una visión y alcance general o en etapas diferenciadas entre sí. En consecuencia y de acuerdo con este concepto, la historiografía jurídica tiene por objeto estudiar a los autores que se han dedicado a escribir sobre temas de Historia del Derecho y a compusar el valor de los*

libros, trabajos, monografías, tesis universitarias, así como las publicaciones que inciden sobre esta materia”.

En cita de pie de página el profesor Basadre Ayulo, cita a Emma Montanos Ferrin y a José Sánchez Arcilla, para quienes “la historiografía jurídica bien podría ser definida como la historia de los historiadores del Derecho”. (Confróntese Jorge Basadre Ayulo: “Historia del Derecho”, tomo I, pags. 105-106, Editorial San Marcos, Lima, 1997).

La Historiografía Jurídica, dice Abelardo Levaggi, profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, es el estudio valorativo de las obras de Historia del Derecho, de sus métodos de elaboración y de sus autores: *Es la Ciencia de las Historias y de los Historiadores del Derecho*. Nos hace conocer las historias del Derecho escritas a lo largo del tiempo, las orientaciones teóricas y metodológicas predominantes en cada época, así como los factores que influyeron a favor o en contra de dicha producción. Obras de Historia del Derecho fueron escritas en todos los tiempos.

Inspirándonos en tal criterio, nosotros hablamos de la historiografía romanista, de la historiografía medievalista, de la historiografía alemana, de la historiografía peruana, etc.

De todo esto resulta que mientras que la historiología es una filosofía de la historia, la historiografía es el estudio de las escuelas, de sus representantes y de sus grandes libros u obras monumentales.

La escuela peruana es eminentemente historiográfica. Nos hace falta aún una perspectiva historiológica para comprender el sentido y el ritmo de nuestra propia historia y del “élan vital” que anima nuestras instituciones del Derecho.

Sentada esta premisa, la historiografía jurídica peruana está fundamentalmente representada por el gran maestro Jorge Basadre Grohmann cuyas obras de antología jurídica fueron: “*Historia del Derecho Peruano*”, 3ª edición, editorial San Marcos, Lima 1997, primera edición, Editorial Antena, Lima, 1937; “*Los Fundamentos de la Historia del Derecho*”, editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1960, aparte de su conocidísima “*Historia de la República*” de la que hay varias ediciones, o de su tesis doctoral de 1927 intitulada “*La iniciación de la República*” o de su profundo ensayo sobre la peruanidad intitulado “*Perú: Problema y Posibilidad*”, de 1931, ensayo genial de inspiración historiológica que es, para la historia peruana, lo que es la visión tito-liviana de la historia expuesta en esa obra clásica intitulada “*Ab urbe condita*”, cuya idea virtual era la misión predestinada de Roma como centro unificador del mundo; tesis, ésta, que ha sido planteada por el insigne maestro del Derecho Romano, don Juan Iglesias Santos (1917-2003), en uno de sus magistrales “*Estudios de Derecho Romano*”, pag. 23, 24 y *passim*, Madrid, 1985.

La reflexión de Basadre en el libro citado es el equivalente a la visión tito-liviana de la historia.

Mucho más hay que decir sobre el pensamiento del maestro Jorge Basadre Grohmann y, por ello, me remito al homenaje que nuestra Academia Peruana de Derecho le hiciera al gran maestro de Tacna, en su calidad de académico fundador. Me remito a las páginas evocadoras de tres insignes académicos: Fernando Vidal Ramírez en “*La idea del Perú en Basadre*”; Augusto Ferrero Costa en “*Recuerdo de Jorge Basadre*” y Vicente Ugarte del Pino en “*Jorge Basadre, Historiador del Derecho*”. Se trata de tres estudios fundamentales que deben leerse en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, 2002-2003, pags. 277 a 315.



El pensamiento de Jorge Basadre Ayulo está consagrado en su *“Historia del Derecho”*, tomo I, editorial San Marcos, Lima, segunda edición, Lima, 1997; *“El sistema de vida entre los Incas”*, publicado en el libro *“Estudios de Derecho en Homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo”*, pag. 615 a 625, editorial San Marcos, Lima, 1998; *“Nociones elementales sobre la historiografía jurídica y su incidencia en el Derecho peruano”*, publicado en el Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor, pag. 73 a 92, Cultural Cuzco, Lima, 1992; *“Introducción a la evolución histórico-jurídica de las teorías sobre los conflictos de leyes y de jurisdicciones. Una visión futura del Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”*, en Academia Peruana de Derecho: *“Homenaje a Javier Vargas”*, pag. 177 a 196, Gaceta Jurídica, Lima, 2000; *“La historia de las codificaciones en el Perú”*, Cultural Cuzco, Lima, 2003; etc.

---

## DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Hijo y nieto de grandes maestros y juristas (Víctor Andrés Belaúnde 1883-1966), (Domingo García Rada 1912-1994), Domingo García Belaúnde nacido en Lima en 1944, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Lima y de Derecho Constitucional en la Universidad Católica, hereda el genio, el temple y la brillantez de uno y otro, para continuar en su estirpe, el talento y el carisma de una notable familia de intelectuales en la que han triunfado los valores del espíritu. Este es el caso de otro personaje simbólico, tío de Domingo: Fernando Belaúnde Terry (1912-2002), Profesor y primer Decano de la Facultad de Arquitectura en la Universidad Nacional de Ingeniería, Presidente Constitucional del Perú en dos oportunidades (1963-1968), (1980-1985) y es el caso, también, de sus hermanos, dos intelectuales de primera: el Congresista Víctor Andrés García Belaúnde y el actual Ministro de Relaciones Exteriores José Antonio García Belaúnde.

Domingo García Belaúnde, brillante profesor, investigador y abogado fue elegido Presidente de la Academia Peruana de Derecho el día Jueves 6 de Mayo del 2010, en la sesión plenaria llevada a cabo en el Colegio de Abogados de Lima, siendo la 6:30 de la tarde.

“Por sus frutos los conoceréis”; he aquí sus obras: 1).-“*La idea de la justicia en los orígenes de la Filosofía del Derecho*”, (Tesis de Bachillerato en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, publicada luego por la Sociedad Peruana de Filosofía, Lima, 1975); 2).-“*La Sociedad Peruana de Filosofía y sus publicaciones*”, estudio publicado en Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía VI. Lima: Sociedad Peruana de Filosofía, 1988: 50-60; 3).-“*Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica*”, estudio publicado en Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía VII. Lima: Sociedad Peruana de Filosofía, 1996: 59-65; 4).-“*El constitucionalismo peruano y sus problemas*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1970, tomo I; Suplemento al Tomo I, Lima 1971; 5).-“*El Habeas Corpus interpretado*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1971; 6).-“*La Justicia en los orígenes de la Filosofía del Derecho*”, Sociedad Peruana de Filosofía, Lima 1975; 7).-“*El Habeas Corpus en el Perú*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1979; 8).-“*Constitución y Política*”, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1ª edición, Lima 1981; 2ª edición, revisada y ampliada, EDDILI, Lima 1991; 9).-“*Conocimiento y Derecho*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1982; 2ª edición, Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel A. Olaechea”, Corte Superior de Ica, Ica 2004; 10).-“*Mar y Constitución*”. Universidad de Lima. Lima 1984; 1ª reimpression, Lima 1987; 11).-“*Una democracia en transición (Las elecciones peruanas de 1985)*”, 1ª edición, CAPEL, San José 1986; 2ª edición ampliada, Okura editores, Lima 1986. La primera edición ha sido reproducida en “*Síntesis*”. Revista documental de Ciencias Sociales. Madrid, número 3, setiembre-diciembre de 1987; 12).-“*Teoría y práctica de la Constitución peruana*”, EDDILI-Justo Valenzuela, 2 tomos, 1989-1993; 13).-“*El constitucionalismo peruano en la presente centuria*”, Temas de Derecho Público N° 19, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1990; 14).-“*Esquema de la Constitución peruana*”, Ediciones Justo Valenzuela, Lima 1992; 15).-“*Las Constituciones del Perú*”, Edición oficial, Ministerio de Justicia”, Lima 1993 (con la colaboración de Walter Gutiérrez C.); 16).-“*La Constitución traicionada*” (con Pedro Planas), Seglusa Editores, Lima 1993; 17).-“*La Constitución peruana de 1993*” (con Francisco Fernández Segado), Editorial Grijley, Lima 1994; 18).-“*Cómo estudiar Derecho Constitucional*”, Ediciones Jurídicas, Lima 1994; 2ª edición, Editorial Grijley, Lima 1999; 3, edición, Editorial Grijley, Lima 2000; 19).-“*La Constitución en el péndulo*”. Editorial UNSA, Arequipa 1996; 20).-“*Derecho Procesal Constitucional*”, Universidad César Vallejo, Trujillo 1998; 2ª edición ampliada; Editorial Temis, Bogotá 2001; 21).-“*De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*”. Editorial Grijley. Lima 2000; 2ª



edición, Editorial Grijley, Lima 2000; 3ª edición, FUNDAP. Querétaro (México) 2004; 4ª edición, Editorial Grijley. Lima. 2004; 22).- “Constitución y dominio marítimo”. Editorial Grijley, Lima 2002; 23).- “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, Editorial Grijley, Lima 2002; 24).- “El Poder Judicial en la encrucijada”. Editorial Ara. Lima 2004; 25).- “La Constitución y su dinámica,” UNAM. México 2004”.

Su obra simbólica en Filosofía del Derecho es “Conocimiento y Derecho (Apuntes para una Filosofía del Derecho)”, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 1982, en la que sostiene en el párrafo 2 de la pág. 21 que: “Hemos visto anteriormente que todo hombre ansía conocer. Agreguemos ahora que todo hombre conoce y tiene su propia manera de hacerlo. Por eso es que desde antiguo se distingue entre el saber o conocer espontáneo y el conocer crítico o reflexivo; este último sin lugar a dudas es el conocimiento riguroso. Siguiendo libremente a Blanché (1973) diremos que el conocer (y en consecuencia la teoría del conocimiento que explicita y sistematiza a aquel) distingue tres niveles en orden decreciente: a) conocimiento científico; b) conocimiento filosófico; c) conocimiento místico o religioso”.

“El primero es lo que, en términos modernos, se denomina epistemología, en cuanto conocimiento del saber científico. A partir de aquí el conocimiento ingresa en una espiral que conduce a una mayor inseguridad, la que culmina en el conocimiento místico o religioso, al cual se llega por intuición, la que no sólo carece de don suasorio, sino que en principio no es trasmisible a los demás hombres. Este tipo de conocimiento es propio de los santos, de los mártires y en general de los pensadores religiosos, aún cuando también se le puede encontrar en filósofos ajenos a esta tendencia (como es el caso de la Idea de Bien en Platón, cf. Epístola VII, 341b)”.

“El conocimiento es así fundamental, como lo son las investigaciones en torno a él. Todos los hombres piensan, ha dicho Heidegger, pero no todos son pensadores. Igual podríamos decir nosotros: todos los hombres conocen, pero no todos conocen rigurosamente”.

Me interesa, asimismo, subrayar su reflexión sobre la ideología.

En la pág. 23, dice García Belaúnde: “Podemos aceptar tres diferentes sentidos de la palabra “ideología”: a) El sentido dado por su creador, Destutt de Tracy, en 1796. Si bien no es claro lo que exactamente quiso decir este autor con el término que inventaba, se acepta que con el quiso referirse a una “doctrina acerca de las ideas”, lo que trasunta el significado etimológico del concepto; b) Significado político: se entiende como un conjunto más o menos coherente de principios de todo orden, que norman, inspiran y/o justifican la praxis política, en especial la de los partidos políticos. En tal sentido suele hablarse de una ideología social-cristiana, fascista, socialista, socialdemócrata, etc.; c) Significado marxista: tradicionalmente el conocimiento es considerado como producto de una persona individual. A partir de Marx la situación se invierte y el conocimiento es considerado condicionado socialmente, actuando de reflejo, lo que origina una falsa conciencia y en consecuencia un conocimiento falso”.

“Esta clasificación tripartita no es sin lugar a dudas exhaustiva y podrían agregarse algunas variantes más (por ejemplo, la ideología como equivalente a la concepción del mundo en sentido filosófico, la weltanschauung). Pero creemos que con ella se ha centrado el problema en su adecuada dimensión y conviene tenerla presente. El primer sentido mencionado es interesante, porque está referido a su origen histórico, que motivó incluso el uso despectivo de la palabra “ideólogos” que, en parte, se debe a Napoleón. Pero aparte de su significado histórico, hoy carece de importancia”.



“El segundo tiene un gran significado a nivel de la filosofía política, ciencia política y sociología política. Como quiera que el fenómeno político es fundamentalmente la lucha, el ejercicio y el mantenimiento del poder, la ideología tiene la importancia de justificar, de racionalizar y de legitimar toda una praxis. La ideología política es además la culminación del proceso racional de Occidente, en el sentido de que para detentar el poder, se necesita una justificación racional. Pero ella en rigor no interesa a nuestro tema”.

“El último significado, que es el más profundo y sugestivo tiene plena actualidad. La idea fundamental proviene de Marx, en el sentido de que la producción de bienes materiales (infraestructura) condiciona el pensamiento político, jurídico, etc. (supraestructura) y eso produce la ideología, es decir, la falsa conciencia, que a su vez impone una falsa concepción del mundo. De este enfoque general se desprende otro uso “menor” de la ideología y que es apreciado en el ámbito jurídico: así cuando decimos que las leyes códigos están ideologizados, no estamos diciendo que ellos sean falsos o engañosos, sino que responden a una determinada concepción del mundo, fruto de las relaciones de producción, y que en consecuencia representan intereses de clase o en sentido más amplio, intereses sectoriales o de grupo. Es importante esta distinción, pero con la condición de tener presente que esta acepción no es autónoma, sino que se infiere del concepto general utilizado por el marxismo”.

“La ideología como falsa conciencia.- El concepto de la ideología como, falsa conciencia, aún cuando existan antecedentes en Hegel, es obra y mérito principal de Marx, que se perfila desde sus primeros escritos de juventud hasta sus obras de madurez, que en conjunto representan una obra orgánica ascendente, con estructuras propias y niveles específicos de desarrollo. Así leemos: “Religión, familia, Estado, Derecho, Moral, Ciencia, Arte, etc., no son más que formas especiales de la producción y caen bajo su ley general” (Marx 1968: 144)”.

“Precisamente en el Prólogo a “La ideología alemana” se lee lo siguiente: “Hasta ahora los hombres se han forjado siempre ideas falsas acerca de sí mismos; acerca de lo que son o deberían ser”. El período de juventud es seguido por el período de madurez, que se inicia con esa obra maestra de propaganda sociopolítica que es el Manifiesto Comunista, publicado en 1848 y en donde leemos: “...Vuestras ideas mismas son producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesa, como vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley, voluntad cuyo contenido y dirección está determinada por las condiciones económicas de vuestra existencia. (Marx-Engels, 1968:52).”

“En la etapa de su madurez, produce Marx dos obras fundamentales: su “Contribución a la crítica de la Economía Política”, que se publica en 1859 y “El Capital”, cuyo primer volumen aparece en 1867. Lo que aquí nos interesa es sobre todo la primera de ellas, en cuyo Prólogo, como acabamos de mencionar, se encuentran confirmadas las mismas ideas, aun cuando con diversos matices que nos confirman -por lo menos en este aspecto la continuidad orgánica de la obra y el pensamiento de Marx. Debemos mencionar igualmente la correspondencia epistolar de Marx y Engels, por ser muy ilustrativa (Marx-Engels 1974 b)”.

Cómo superar el condicionamiento ideológico.- El planteamiento marxista ha sido muy fructífero; incluso hay quienes lo aplican a ámbitos sobre los que Marx mismo no fue muy preciso (Habermas: 1970). Pero aun admitiendo esta dependencia sin excepciones, es posible superar la ideología creada por este condicionamiento y llegar al conocimiento objetivo, independientemente del sujeto que las formula. La forma de llegar a este conocimiento objetivo, que persigue conocer la realidad, es lo que se conoce como conocimiento racional. Es decir, que por medio de

la razón es posible superar la conciencia ideológica y encontrar verdades objetivas cuya validez se sostiene por sí misma (aun cuando no siempre sea esto tan fácil). El desarrollo de la razón está sobre todo caracterizada por el desarrollo de la teoría científica, o sea, por la elaboración de teorías sobre las ciencias (formales, factuales) que nos permiten un conocimiento objetivo liberado de errores. Es cierto que las teorías pueden estar ideologizables, pero esto puede ser descubierta por el conocimiento racional, que a su vez crea y utiliza instrumentos muy refinados para superar esta ideologización. Y sobre esto hay acuerdo incluso entre ciertos pensadores marxistas, que admiten que puede haber un conocimiento científico objetivo (Habermas, Althusser, etc., y en la economía y con variantes Schumpeter):. Únicamente como muestra de lo indicado mencionamos la posición de un destacado marxista polaco: "... sus tesis teóricas (la de las ciencias sociales) siempre están condicionadas socialmente, y en cierto sentido, ideológicamente. Sin embargo, a pesar de que tengan el valor de verdades relativas, son verdades objetivas susceptibles de desarrollarse y de perfeccionarse...".

"Esto significa que el conocimiento no solo es posible, sino que puede llegar a la objetividad, o sea, establecer verdades sobre hechos, cosas o personas con validez inter-subjetiva, aún cuando la verdad total y absoluta nunca se alcance. Y el medio para ello es la utilización de un instrumental metodológico adecuado".

**La estructura tridimensional de la experiencia jurídica en el pensamiento de García Belaúnde.**- Dice García Belaúnde que "Las diversas características de la experiencia nos permiten fijar su estructura tridimensional compuesta por los siguientes elementos: a) norma, es decir, la expresión de un imperativo, entendido este en su forma más amplia. Como veremos más adelante, el imperativo no es todo el Derecho, pero es sin lugar a dudas su característica definitoria, b) hecho: se trata en general del *factum social* en el cual nace, crece, se desarrolla y transcurre la norma, siendo su supuesto fundamental, c) valor, entendido como estimativa o si se quiere como lo "deseable" o "valioso". Es decir, una "x" que es preferida a lo "no-x". Esto no significa concesión a metafísica alguna, sino simplemente reconocer que toda conducta humana existe un telos, es decir, una dirección hacia un fin, hacia lo que se considera valioso y que impregna de sentido al supuesto fáctico de la norma".

"Estos tres aspectos están unidos entre sí por lazos indesligables, actuando cada uno sobre los demás en forma recíproca, de manera tal que entre ellos existe dependencia e interinfluencia. La experiencia jurídica se encuentra y a su vez se agota en este horizonte tridimensional, cuya fijación en cada situación puede variar, pero que siempre conserva sus rasgos característicos".

**La tesis de Miguel Reale.**- "El jurista brasileño ha difundido desde la década del 50, lo que ha denominado con singular acierto como "teoría tridimensional del derecho". Según afirma, los aspectos de la experiencia jurídica son los hechos, el valor y la norma, los cuales son inescindibles y no pueden ser aislados. La validez formal está dada por la norma, la eficacia por el hecho y el fundamento por el valor. Todo esto origina una experiencia jurídica unitaria, que denomina normativismo jurídico concreto. Reale admite no ser el primero en haber tratado estos temas, pues cumple con señalar a sus predecesores (Reale: 1973a) pero se encarga de realizar la distinción entre lo que sería su contribución, o sea el normativismo jurídico concreto (como experiencia histórico cultural) del tridimensionalismo genérico o abstracto, o sea aquel que reconociendo los tres elementos de hecho, valor y norma, piensa que cada uno de ellos puede y debe ser tratado separadamente, lo que según Reale conduce a un "tridimensionalismo abstracto", reduccionismo que ofrece solamente un derecho a medias, un derecho mutilado que nos sirve de poco. Partiendo de este punto, Reale ha ido más lejos pues no solo afirma que la experiencia jurídica



es tridimensional (aserto que reconocemos y compartimos) sino que el mismo derecho tiene una estructura tridimensional (1973b: 258). Tratando de probar que la norma jurídica tiene una estructura trivalente, Reale adopta una posición frente a lo que llama el juicio normativo: Si es H, debe ser C, y lo explica así: “en el modelo normativo existe la previsión de un hecho o de un complejo fáctico... si por otro lado, se enuncia una determinada consecuencia declarándolo obligatorio, es señal de que se pretende alcanzar un objetivo realizando algo valioso... Finalmente, esta correlación entre hecho y valor se da en razón de un enlace deóntico... en términos lógicos de deber ser (1977: 80)”.

“Reale realiza de esta forma un verdadero “salto metafísico” al trasladar la “tridimensionalidad” de la experiencia jurídica a la norma, de manera tal que ambas resultan identificadas. Este sincretismo no es satisfactorio, porque realiza una metátesis eis allo ,qénos, ya que lo que es aplicable a uno, lo traslada a otro. La norma es una entidad formal, cuya estructura es distinta a la de sus supuestos y a los fines que persigue. Tan es así, que si analizamos con cuidado su obra fundamental (1969) veremos que este sincretismo no se ha logrado, pese a los esfuerzos desplegados por su autor”.

“Si bien la teoría tridimensional no tiene mayor originalidad en su planteo, quizá por el poder suasorio del término ha encontrado amplio eco en el mundo hispanoamericano, no obstante que las obras fundamentales de Reale siguen aun sin traducir al castellano. Como bien ha señalado Bobbio (1958: 47) estos tres elementos son parte integrante de la experiencia jurídica, pero ello no debe conducirnos a hipostasiarla, como pretende Reale”.

Aporte de esta reflexión ius-filosófica creo que debemos ver en su estudio intitulado “El Derecho Procesal Constitucional”, a una obra simbólica, discurso con el cual se incorporó en 1997 como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. He aquí un extracto del mismo:

**“4.- La Guerra de Palabras”.**- “Los orígenes doctrinarios de nuestra temática, se encuentran, como queda dicho, en el período europeo de entreguerras. Y la teorización va acompañada de un nombre: justicia constitucional o jurisdicción constitucional. Así figura en varios autores franceses de la época (cf. las colaboraciones de Duez, Lambert y otros al *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, París 1929), y también en algunos autores alemanes. El gran teorizador es Hans Kelsen (cf. de este autor, “La garantía jurisdictionnelle de la Constitución de 1928, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán y revisión técnica de Domingo García Belaúnde: La garantía jurisdiccional de la Constitución en “*Ius et Veritas*”, N° 9, noviembre de 1994, y El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana, traducción de Domingo García Belaúnde, en “*Ius et Veritas*”, N° 6, junio de 1993; los textos completos de Kelsen sobre esta materia, en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981).

Pero Kelsen y otros juristas, utilizaron “justicia” y “jurisdicción” como sinónimos. Aún más, es dable sostener que a esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción (y así lo comprobamos si revisamos su obra *Teoría General del Estado*, de 1925, a la que se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los rocesalistas) no conocieran los avances del Derecho procesal. Kelsen a de justicia y de jurisdicción constitucionales como algo indistinto jamás pensó Kelsen que justicia hiciese referencia a valores. Para Kelsen decir justicia o jurisdicción constitucional, era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, esto es, tribunales al margen y fuera de la magistratura ordinaria.



Y esto por cuanto la solución norteamericana, que Kelsen conocía bien, era inaceptable para los ojos europeos, que tenían que lidiar, vía en aquella época, con la concepción robótica del juez, heredada de Montesquieu, y con la soberanía del parlamento; mitos ambos que iban a desmoronarse tan sólo a partir de la década de los sesenta, lentamente, sobre todo en Francia y en Inglaterra (en especial con el ingreso de esta última a la comunidad europea).

“Kelsen, como he indicado, entendía que la jurisdicción, si bien atributo del Estado, se distribuía en tribunales. Y por eso, pregonaba la necesidad, en una Europa sujeta a viejos mitos, de que existiese una jurisdicción especial, esto es, un tribunal distinto del ordinario, en el cual la tradición europea nunca confió”.

“Por eso Niceto Alcalá-Zamora señala que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el Derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionase, se instalase y operase (primero fue Kelsen teórico de la institución y luego juez del Tribunal Constitucional austriaco desde 1921 a 1930)”.

“Pero es indudable que al hablar de jurisdicción constitucional, si bien el nombre es estrecho, nos remitimos, sin querer, al derecho procesal constitucional. Es igual que si hablamos de jurisdicción civil: tarde o temprano terminaremos haciendo Derecho procesal civil. Lo que sucede es que este paso audaz no lo dio Kelsen, no sólo porque carecía de formación procesal, sino porque la vida lo llevó por otros derroteros, en especial, la Teoría del Derecho, temas filosóficos y sociológicos vinculados al Derecho, así como el Derecho internacional público”.

“En conclusión, aun cuando sigamos hablando de justicia o jurisdicción constitucional, usados ambos como sinónimos, es evidente que estamos apuntando al Derecho procesal constitucional. El hecho de que este concepto no tenga aún un uso generalizado, es una clara muestra de la inmadurez y sobre todo de la juventud de nuestra disciplina. De ahí los numerosos errores, imprecisiones o malentendidos que todavía imperan (para un planteo distinto, cf. Rodolfo Piza E. “Justicia constitucional y Derecho de la Constitución” en AA. VV. “La Jurisdicción constitucional”, Juricentro, San José 1994)”.

**“DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: ¿PROCESAL, CONSTITUCIONAL O MIXTO?.-** La aparición de esta nueva disciplina, ocasionó no sólo problemas en torno al nombre, sino también sobre su ubicación en el conjunto de las disciplinas jurídicas”.

“Es frecuentemente en el mundo romanista, la sistematización de las diversas áreas, ya que si bien el Derecho es uno solo, se diversifica y divide según sus campos de aplicación, y ello determina características diferenciadoras, que en unos casos son más marcadas que en otros. Así, es clásica la distinción entre derecho público y derecho privado, la cual se sigue usando, no obstante las dudas que todavía suscita su clara conceptualización”.

“En igual sentido puede decirse de la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal. Este último de carácter instrumental, es decir, de medio para obtener un fin. Y esto en forma relativamente reciente. Si bien es cierto que proceso hay desde siempre y en especial desde Grecia, Roma, Bologna, los glosadores y más tarde los codificadores del período revolucionario francés, lo concreto es que su autonomía y grado científico es tardío. Se acostumbra señalar su definitivo asentamiento en el siglo pasado, cii especial desde 1868, con la aparición de la famosa obra de Bülow, que entre otros aspectos propugnó, con éxito, la autonomía de la acción y su desmembramiento del clásico concepto de Derecho (entre otros aspectos más). Antes,

lo procesal se confundía con lo sustantivo, y la difusión de las nuevas tesis sólo tendrán acogida muy entrado el siglo XX, como lo demuestra, entre otros aspectos, que legislaciones procesales como la peruana, sólo hayan sido modernizadas a raíz del nuevo Código Procesal Civil, que es de 1992. En igual sentido puede decirse de las llamadas clásicamente “garantías constitucionales”, originadas en el vocabulario jurídico de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre, y que de ahí pasó a toda la América Latina, en la cual se entendía como garantía el derecho mismo, lo que ha causado confusiones durante décadas. Sólo modernamente han empezado a separarse, a nivel de derecho positivo, los derechos de las garantías (véase por ejemplo la Constitución de 1979, art. 295-298 y la Constitución de 1993, art. 200). Pero esto es válido, en términos generales, en nuestro ámbito jurídico. En los Estados Unidos, como señalé anteriormente, el problema de la revisión judicial (judicial review) que es típicamente procesal, se trata en los manuales de Derecho constitucional, sin que tal inclusión haya sido discutida (véase por ejemplo, J.A. Barron y C. Thomas Dienes *Constitutional Law*, West Pub. Co. 1991”).

“Es por eso que la primera respuesta a la interrogante planteada en este acápite. es que el Derecho procesal constitucional es parte del Derecho constitucional. Si bien últimamente esta tesis no tiene mayores defensores, ve reforzada en la práctica por nuestra experiencia cotidiana, pues mayormente son los constitucionalistas los que prestan mayor atención a esta parte procesal, si bien es cierto que tratan de estar debidamente artillados con categorías procesales, pues los procesalistas que se han interesado en esta problemática, son todavía muy pocos”.

“Desde esta perspectiva, hay algunos que sostienen que el Derecho procesal constitucional es una rama del Derecho constitucional y no otra cosa (como es el caso notable de Peter Hiberle y recientemente del constitucionalista argentino Alberto A. Spota, en comunicación epistolar y en intervenciones en congresos, no recogidas en volumen). Pero este criterio ya no es mayoritario ni tiene predicamento entre nosotros y ha sido muy criticado en la misma Alemania. Adicionalmente, el caso de los Estados Unidos es especial, un poco fruto de viejas estructuras constitucionales y de herencias del pasado, y también de la especial configuración del common law, en donde estos refinamientos no son tomados muy en cuenta”.

“Nacido el Derecho procesal con carácter instrumental, por la fuerza de las cosas se va ampliando y cubriendo vacíos en donde precisamente hay instituciones que defender. El siglo pasado, con un Derecho procesal incipiente, y no existiendo prácticamente mecanismos rápidos de defensa de la persona, era difícil que esta disciplina surgiera. Pero hoy en día las cosas han cambiado radicalmente. Por tanto, sólo por un convencionalismo puede sostenerse que el Derecho procesal constitucional sea parte del Derecho Constitucional”.

“La segunda tesis en importancia es la que sostiene que el Derecho procesal constitucional es una disciplina mixta. Se trata de un tertium genus a caballo entre ambas y que configura una nueva realidad. Es lo que muchas veces se predicó en ciertas áreas, como del derecho laboral o del derecho minero. Se habló en cierta oportunidad de una nueva clasificación tripartita: derecho público, derecho privado y derecho social o mixto, hoy ya abandonada”.

“Esta tesis no ha sido muy desarrollada, pero aparentemente apunta al hecho de que las instituciones no obstante ser procesales, están en la Constitución y además son mayormente los constitucionalistas los que se dedican con más interés a ello (lo que no deja de ser cierto). Aún más, el poco interés que muestran los procesalistas por esta rama, es por cuanto el Derecho procesal constitucional no se entiende sin un previo estudio del Derecho constitucional; como el Derecho procesal civil no se entiende sin un previo conocimiento del Derecho civil. Además el conocimien-

to y estructuración del Derecho constitucional es relativamente reciente y con cierta evolución en los últimos años, lo que dificulta su acceso al no iniciado y permite que sean los constitucionalistas los que incursionen en esta área, agravado por el descuido, negligencia o desinterés de los procesalistas. De ahí la mixtura señalada”.

“Esta tesis mixta (sostenida por Néstor P. Sagüés y algunos de sus discípulos, cf. María Mercedes Serra, “Procesos y recursos constitucionales”, Depalma, Buenos Aires 1992) es interesante, pero no resuelve el problema. Se limita a señalar una dificultad”.

“Finalmente, la tesis procesal es a nuestro entender, la más acertada de todas, la más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina. Es ésta la que tiene mayor predicamento, y a ella le pertenece el porvenir. Pero su configuración científica dista mucho de estar plenamente constituida y todavía levanta más de una polémica”. (Anuario de la Academia Peruana de Derecho, 1997, pág. 56 a 60).

---



El pensamiento jurídico de Domingo García Belaúnde fue reconocido en los dos volúmenes de estudios en su homenaje intitulado “El Derecho Procesal Constitucional Peruano”, editados por la editorial Grijley, Lima, 2005, bajo la coordinación de José F. Palomino Manchego, en los que se reflexiona sobre su aporte al Derecho Constitucional y fundamentalmente por el significado y trascendencia del Código Procesal Constitucional del Perú mediante la ley 28237 cuya promulgación ha regulado el Derecho Procesal Constitucional Peruano, en cuya elaboración el profesor García Belaúnde tuvo una contribución fundamental.

He aquí el elenco de dichos estudios:

Tomos I :

- Alessandro Pizzorusso: “Breves Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional (A propósito del nuevo Código Procesal Constitucional del Perú)” .....3
- Néstor Pedro Sagüés: “Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional” .....17
- Osvaldo Alfredo Gozaíni: “Autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional” .....25
- Sergio Díaz Ricci: “Trascendencia y valor del Código Procesal Constitucional del Perú” .....45
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “El Derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma” .....63
- Miguel Revenga Sánchez: “Tres variaciones y una coda sobre la articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” .....89
- Javier Tajadura Tejada: “El Derecho Procesal Constitucional y la garantía de los Derechos fundamentales: Una reflexión desde la perspectiva europea” .....105
- Alfonso Gairaud Brenes: “Los mecanismos de interpretación de los Derechos Humanos: Especial referencia a la jurisprudencia peruana” .....123
- Pablo Luís Manili: “Perfil del Derecho Procesal Constitucional” .....145
- Carlos Mesías Ramírez: “El Derecho Procesal Constitucional y su desarrollo tardío en el Perú” .....165
- Samuel B. Abad Yupanqui: “La intervención de la Defensoría del pueblo en los procesos constitucionales: Un balance necesario (1996-2004)” .....211

- Jorge Luís Cáceres Arce y Jhonny Tupayachi Sotomayor: “La evolución de los Derechos constitucionales y el nuevo Código Procesal Constitucional” .....	255
- Oscar Díaz Muñoz: “La jurisprudencia constitucional” .....	267
- Gerardo Eto Cruz y José F. Palomino Manchego: “En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del Mundo. Su ITER Legislativo y sus principios procesales” .....	283
- Víctor Bazán: “Breves notas sobre las previsiones del Código Procesal Constitucional peruano respecto de la labor interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional” .....	310
- Ernesto Blume Fortini: “Notas preliminares al Código Procesal Constitucional” .....	325
- Eloy Espinosa - Saldaña Barrera: “El Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano: ¿Respuesta adecuada frente a las actuales tendencias, desafíos y retos a los cuales debe enfrentar la tutela de la supremacía constitucional?.....	352
- Rodolfo José Espinoza Zevallos: “Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional Peruano (Art. III del T.P.)” .....	375
- Luís R. Sáenz Dávalos: “Los órganos competentes en el modelo de jurisdicción constitucional desarrollado por el Código Procesal Constitucional” .....	399
- Humberto Uchuya Carrasco: “La interpretación constitucional y la interpretación de los Derechos Humanos” .....	417
- Rubén Hernández Valle: “El conflicto entre la libertad de información y los Derechos al honor y a la intimidad” .....	433
- César Landa: “El Hábeas Corpus en el Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano” .....	463
- Jorge M. Meléndez Sáenz: “Análisis del modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional” .....	479
- César Hinojosa Pariachi: “El Hábeas Corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional” .....	497

- Christian Donayre Montesinos: “En torno al Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional peruano: Antecedentes, Derechos tutelados, procedimiento y tipos de Hábeas Corpus” .....	516
- Luís Castillo Cordova: “El contenido constitucional de los Derechos como objeto de protección del proceso de amparo” .....	563
- Oscar R. Puccinelli: “El Hábeas Data en el Código Procesal Constitucional Peruano. Similitudes y diferencias con el régimen argentino” .....	608
- Carlos Ruiz Miguel: “Procesos Constitucionales y Derechos de la Comunicación” .....	637
- José Julio Fernández Rodríguez: “Sociedad de la información y proceso de Hábeas Data: Aprehendiendo nuevos retos desde el Código Procesal Constitucional del Perú” .....	645
- Leny Palma Encalada: “El proceso de Hábeas data en el diseño del Código Procesal Constitucional” .....	673
- Hernán Alejandro Olano García: “Acción de cumplimiento en Colombia y Perú” .....	685
- Enrique Pestana Uribe: “Los procesos Constitucionales contra resoluciones judiciales y las nuevas dimensiones del debido proceso y la tutela procesal efectiva en el Código Procesal Constitucional” .....	711
- Gerardo Prado: “La jurisdicción constitucional: Un estudio comparativo de los casos de Guatemala y Perú” .....	727
- Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez: “Análisis comparativo de la acción constitucional de amparo en el Código Procesal Constitucional del Perú y la acción constitucional homónima en Guatemala” .....	741
- Allan R. Brewer – Carías: “Aspectos de la acción de inconstitucionalidad en el Perú y Venezuela .....	761
- Pablo Pérez Tremps: “La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español” .....	775



- Joaquín Brage Camazano: La acción peruana de inconstitucionalidad” .....	801
- Luís Alberto Huerta Guerrero: “En el proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Reflexiones a partir del Código Procesal constitucional y la experiencia reciente” .....	839
- Edgar Carpio Marcos: “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes” .....	886
- Víctor Julio Ortecho Villena: “Control de normas y el Código Procesal Constitucional” .....	923
- María Sofía Sagüés: “Recepción normativa del control de inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional peruano” .....	939
- Susana Ynes Castañeda Otsu: “El proceso de acción popular: Un análisis preliminar” .....	1001
- Giancarlo Rolla: “Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los Derechos fundamentales” .....	1025
- Alfonso Herrera García: “La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano (breves notas comparativas sobre sus reglas generales)” .....	1054
- Juan Carlos Morón Urbina: “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional” .....	1091
- Alberto Otárola Peñaranda: “La inserción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el sistema constitucional peruano” .....	1109
- Carlos Ayala Corao: “La sentencia 1942 vs. La protección internacional de la libertad de expresión” .....	1145
- Carlos Hakansson Nieto: “La posición constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos y la jurisdicción internacional para su protección en el Código Procesal Constitucional” .....	1211

- Joseph Campos: “La Residualidad del proceso constitucional en el nuevo Código procesal constitucional. Una reflexión a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos” .....	1230
- Peter Häberle: “Aspectos de una teoría constitucional para Europa-un bosquejo” .....	1262
- Eduardo García de Enterría: “Problemas de ejecución de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley en España ¿Responsabilidad patrimonial del Estado?” .....	1273
- Lucio Pegoraro y Silvia Bagni: “Las resoluciones de la corte constituciona en materia procesal ¿son fuentes normativas del procesoconstitucional?” .....	1283
- Angelo Rinella: “Opposizione parlamentare e Corte Costituzionale nel recente progetto di revisionedella Costituzione italiana” .....	1308
- Adolfo A. Rivas: “Garantías y supragarantías constitucionales” .....	1369
- Valentín Paniagua Corazao: “Domingo García Belaúnde: una pasión al servicio del derecho constitucional” .....	1389
- Ricardo Haro: “Domingo García Belaúnde y el Derecho Procesal Constitucional” .....	1395
- Gerardo Eto Cruz: “Vida y plenitud de un gran maestro” .....	1409
- Francisco José del Solar Rojas: “Domingo García Belaúnde: Algunas notas con ocasión de sus 60 años” .....	1413
- Francisco Zuñiga Urbina: “Derecho Procesal Constitucional el aporte de Domingo García Belaúnde a una nueva disciplina” .....	1421
- Magdiel Gonzáles Ojeda: “Domingo García Belaúnde y su participación decisiva en el desarrollo del Derecho procesal constitucional” .....	1429
- Ramiro de Valdivia Cano: “Domingo García Belaúnde” .....	1433

- José F. Palomino Manchego:  
“Contribuciones de Domingo García  
Belaúnde al Derecho Procesal Constitucional” .....1437
  
- José F. Palomino Manchego:  
“Bio-bibliografía de Domingo García Belaúnde” .....1461



## JUAN VICENTE UGARTE DEL PINO

El 6 de agosto de 1997 fue incorporado a la Academia Peruana de Derecho en la que disertó sobre “Integración y soberanía” luego de ser presentado por el Académico Dr. César Augusto Mansilla Novella (...). La tesis central de la disertación en referencia es la de que “Supranacionalidad y soberanía, dos nociones contradictorias e inimaginadas a fines del siglo XIX y comienzos del presente, al parecer han llegado a conciliarse de cara al año 2000. Pero, a ambos lados del Atlántico falta aún mucho camino por recorrer y, muchas creencias y arquetipos creados por el hombre por modificar, para que la comunidad acepte la supranacionalidad”.(1)

VICENTE UGARTE DEL PINO, nació el 12 de junio de 1923, y ha sido un gran profesor de Historia del Derecho Peruano en la Universidad de San Marcos en la que se graduó de Bachiller en Letras en 1946 con la tesis “Juan de Ovando y la recopilación de leyes de Indias” y se recibió de Bachiller en Derecho con la tesis “Ovando y la concepción dual del gobierno de Indias”. Becado por el Instituto de Cultura Hispana en 1950 para hacer estudios de post-grado en la sección doctoral en la Universidad Central de Madrid, luego pasó a hacer investigaciones en Sevilla. Invitado por el Consejo Británico pasó a Londres para completar sus investigaciones. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Facultad de Letras y, luego, en la Facultad de Derecho en la Cátedra de Historia del Derecho Peruano (1958) y en la cátedra de Historia Internacional y Diplomática (1963). Ha dictado Historia del Derecho en la Universidad Católica y en la Academia Diplomática del Perú. Fue electo Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1973-74, Vocal Titular de la Corte Suprema, en la que ejerció la Presidencia en 1987 y, luego, Vocal del Tribunal Andino con sede en Quito. Es miembro de número de la Sociedad Peruana de Historia, de la Academia Peruana de Derecho y del Instituto Latinoamericano de Ciencias Políticas y Sociales, del Instituto Luso Hispanoamericano de Derecho Internacional, del Instituto Internacional de Derecho Indiano y de la Asociación Internacional de Historia del Derecho con sede en Leyden.

Ha publicado “Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos”, Lima, 1968; “Sistema Jurídico y Orden Internacional”, Lima, 1973; “Historia de las Constituciones del Perú”, Lima, 1978; “Historia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos”, Lima, 1999, etc.

(1).- JUAN VICENTE UGARTE DEL PINO: “Integración y Soberanía”, en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, <sup>xxx</sup>, pag. <sup>xxx</sup>.

## GABRIELA ARANIBAR FERNANDEZ-DÁVILA

He tenido el honor de conocer a la Doctora Gabriela Aranibar cuando era Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón - UNIFE – y, por haberla tratado de cerca durante muchos años, puedo dar fé de su gran talento, de su genio, de su fuerza y de su garra, de su capacidad organizativa, administrativa y disciplinaria para manejar y solucionar grandes problemas y, también, darse su tiempo para la reflexión jurídica, para la cátedra y para la Academia Peruana Derecho en la que fue incorporada el 26 de noviembre de 1997.

El tema de su disertación fue el de *“Reflexiones sobre la ley general de salud, la esterilización y la salud de la nación”*.

Coincido, plenamente con Gabriela, cuando sostiene que: *“Creemos que el Estado no puede dejar de asumir una posición ética que inspire su política poblacional y de paternidad responsable. La preocupación actual debe situarse en la perspectiva del profundo significado del manipular sobre la trasmisión de la vida, de la responsabilidad familiar del hombre (varón y mujer), y de su compromisosocial en el establecimiento de las condiciones necesarias para afrontar las exigencias de un desarrollo sano y solidario de la vida en valores para un desempeño adecuado en el quehacer individual y colectivo por el Bien Común”*.<sup>(1)</sup>

*“Como católica rechazo la Ley N° 26530 y las normas específicas de la Ley N° 26842, que motivan estas reflexiones, que motivan estas estas reflexiones”*.

*“En la dimensión axiológica del quehacer profesional del abogado, consideramos sustantivo defender la vida del ser humano y el respeto a su dignidad, tanto en su contexto físico como anímico y espiritual”*.

*“Coincidimos con el Papa Juan Pablo II en las graves preocupaciones que manifiesta cuando nos dice en su Carta Encíclica “El Evangelio de la Vida”:*

*“... amplios sectores de la opinión pública justifican algunos atentados contra la vida en nombre de los derechos de la libertad individual, y sobre este presupuesto pretenden no sólo la impunidad, sino incluso la autorización por parte del Estado, con el fin de practicarlos con absoluta libertad y además con la intervención gratuita de las estructuras sanitarias...”*.<sup>(2)</sup>

*“Los abogados tenemos el derecho legal y el deber moral de la objeción de conciencia que nos impulsa a oponernos a todo tipo de acciones que atenten contra los principios y derechos humanos fundamentales. Nos asiste la enorme responsabilidad de promover y defender leyes y disposiciones que defiendan la vida en su más amplio sentido y alcance. Es por ello que las normas que atentan contra la integridad de la persona humana, como son aquellas que alientan y/o*

(1).- GABRIELA PEREZ ARANIBAR: *“Reflexiones sobre la ley general de salud, la esterilización y la salud de la nación”*, en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, 7<sup>mo</sup>, pag. 102.

(2).- GABRIELA PEREZ ARANIBAR: Anuario citado, pag. 102.

*promueven la esterilización en el hombre y en la mujer, merecen nuestro más profundo rechazo y exigen de nosotros, en particular, y de la sociedad, en general, una profunda reflexión acerca de una recta visión de la persona humana y del proceso educativo de su formación “a partir de los principios morales en el gobierno de sí misma y en su sentido de responsabilidad”.(3)*

*“Por todo lo expuesto, creemos que es indispensable proclamar la urgencia de una paternidad y maternidad responsables que se sustenten en el reconocimiento de la dignidad fundamental del hombre, respetando íntegramente su naturaleza humana”.(4)*

*“Considero que ninguna ley del Estado Peruano puede permitir, admitir o autorizar opciones que agraden a la salud de la Nación, a la conciencia moral de los seres humanos y a su dignidad que es el supremo fundamento de toda norma jurídica propia de un Estado de Derecho”.(5)*

*Al evocarla y al reiterar mi profundo afecto y aprecio intelectual que siempre tuve por ella, hoy lamento su desaparición terrena y su tránsito a la vida eterna que sucedió el día Viernes 7 de Mayo del 2010.*

---

(3)- *Ibid.*, ob. cit., pag. 149.

(4)- *Ibid.*, ob. cit., pag. 148.

(5)- *Ibid.*, ob. cit., pag. 148.



## LORENZO ZOLEZZI IBARCENA

El 24 de Junio de 1998, fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho el doctor Lorenzo Zolezzi Ibarcena quien nació en el Callao el 13 de Junio de 1943, quien después de estudiar en la Universidad Católica, se recibió de Doctor en Derecho en 1975 con la tesis *“Problemas teóricos y metodológicos que plantea la elaboración de un modelo sobre Derecho y desarrollo”*, lo que le valió ser nombrado Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, habiendo llegado a ser Decano de la misma dictando los cursos de Sociología del Derecho y Teoría General del Proceso, curso, éste, que continúa dictando hasta el presente ante la admiración de todos sus alumnos entre los cuales, cito a mi nieto José Antonio Salgado Silva, quien lo admira. Fue uno de los primeros profesores en hacer estudios superiores de especialización en la Universidad de Wisconsin, de la que recogió su metodología, así como también la influencia que, desde la Universidad de Stanford impartiera el gran comparatista John Henry Merryman. Ha escrito numerosos libros y estudios como *“La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta”*, publicado en el Libro Homenaje a Jorge Avendaño, tomo I, pag. 183 y ss, publicado por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, Lima 2004; *“¿Para qué sirven los juicios?”* en el Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, tomo I, pag. 1499 y ss, Editorial Palestra, Lima, 2008; *“Investigación Jurídica, Filosofía del Derecho y Estructura Social”*, escrito en colaboración con otro brillante académico de número de la Academia Peruana de Derecho, el doctor Fernando de Trazegnies Granda, publicado en el Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La noche de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho disertó sobre *“La Lex Mercatoria en el arbitraje comercial”*, publicado en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, año 1998, pag. 45 a 63.

A las siete de la noche del Jueves 17 de Mayo del 2012, Lorenzo Zolezzi Ibarcena fue nombrado, por aclamación, Presidente de la Academia Peruana de Derecho, sucediendo en el cargo a Domingo García Belaúnde y pronunciando, con tal motivo, una brillante improvisación en la que, después de agradecer a los concurrentes por haberlo elegido Presidente, dijo que esperaba, en su condición de tal, hacer siempre la defensa del estado de Derecho.

## JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO

El 15 de enero del año 2000 fue incorporado a la Academia el Doctor Silva Vallejo quien había nacido en Chiclayo el 12 de febrero de 1936 y había sido Vocal de la Corte Suprema, Vocal de la Corte Superior de Lima, ex-Presidente de la Corte Superior de Lambayeque, Juez de Primera Instancia en Chiclayo y Defensor de Oficio del Tribunal Correccional de Lambayeque; Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lambayeque, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, Miembro Honorario del Instituto Español de Derecho Procesal y Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Lambayeque, Piura, Trujillo y Lima, Profesor visitante en la Universidad de Madrid, en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad de Buenos Aires en las que sustentó su *“Teoría Pluridimensional del Derecho”*. Catedrático Principal de Derecho Procesal Civil, de Derecho Romano, de Historia General del Derecho, de Filosofía del Derecho, de Derecho Comparado, de Teoría General de la Prueba y de Teoría General de las Resoluciones Judiciales, en la Universidad de San Marcos.

Hizo sus estudios en el Colegio Nacional San José de Chiclayo y en el Colegio Militar Leoncio Prado de la Perla, Callao. Luego ingresó en 1953 a la Facultad de Letras de la Universidad Católica y, luego, en 1955 a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos donde se recibió de Bachiller con la tesis *“La Mala Fé en el Proceso Civil”* (1960) y, luego, de Abogado (1960). En 1970 se recibió de Doctor en Derecho con la tesis *“Teoría General del Proceso”*.

- Ejerció la abogacía en Chiclayo en el Estudio del Dr. Nicanor Silva Salgado, desde 1960 hasta su incorporación al Poder Judicial en 1973.
- Defensor de Oficio del Tribunal Correccional de Lambayeque desde diciembre de 1960.
- Fundador de la Universidad Nacional de Lambayeque en 1962. En 1963 desempeñó la cátedra de *“Introducción a la Filosofía”*. En 1965 obtuvo por concurso la cátedra de Derecho Civil, primer curso (Título Preliminar, Personas y Acto Jurídico) e Introducción al Derecho. En 1966 ganó por concurso la cátedra de Derecho Civil II (Derechos Reales). En 1967 ganó por concurso la cátedra de Teoría General del Proceso y en 1968 la cátedra de Derecho Procesal Civil II. Fue nombrado Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lambayeque, cargo que desempeñó de abril de 1965 a diciembre de 1967.
- En 1972 fué elegido Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque.
- En 1973 ganó por concurso el cargo de Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, llegando, por elección, a la Presidencia de dicha Corte en 1979. Antes se había desempeñado como Juez de Primera Instancia Suplente del Primer Juzgado en lo Civil desde 1966 hasta 1973.
- En 1980 fue trasladado como Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, desempeñándose como Vocal Titular de la Cuarta Sala Civil y, luego, como Presidente de la Tercera Sala Civil y de la Sexta Sala Civil en los años sucesivos; llegando a ser Presidente Interino de la Corte Superior de Justicia de Lima en 1986.
- En 1987 ganó por concurso el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema, desempeñándose como Miembro de la Segunda Sala Civil, de la Primera Sala Civil y, luego, como Presidente



de la Sala Constitucional Permanente y de la Sala Civil Permanente hasta llegar a ser Vocal Decano y Presidente Interino de la Corte Suprema.

- Con anterioridad, el doctor Silva Vallejo había sido incorporado en 1971 como Miembro Honorario del Instituto Español de Derecho Procesal, con sede en Madrid y, luego, como Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, asimismo, Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Piura, Tacna y La Libertad.
- Asimismo es Profesor Honorario de la Universidad de San Antonio Abad del Cuzco y de la Universidad Pedro Ruíz Gallo de Lambayeque y de la Universidad Privada de Chiclayo.
- El 4 de junio de 1998 disertó en la Universidad Nacional Autónoma de México sobre el tema “La Teoría Pluridimensional del Derecho” y el día siguiente sobre “Historia del Derecho Procesal Civil”, conferencias que le valieron ser nombrado Profesor Visitante en la Universidad Nacional Autónoma de México, siendo el Director de la Facultad de Derecho el doctor Máximo Carvajal Contreras. Posteriormente dictó otras conferencias en la Universidad Nacional Autónoma de Chiapas, Facultad de Derecho, Campus III, siendo Rector de dicha Universidad el Ingeniero M. en C. Pedro René Bodegas Valera, siendo Director de la Facultad de Derecho el Licenciado Francisco Aguilar López y siendo Presidente del Comité de la Sociedad de Alumnos don Gerardo Hidalgo Esponda.
- Posteriormente disertó en la Universidad de Madrid, así como en la Universidad Nacional de Buenos Aires. En 1997 disertó en La Plata sobre “La Doctrina Social de la Iglesia”, con motivo de la inauguración de la Universidad “Funda Luz”, Órgano Académico de la Central de Trabajadores “Fuerza y Luz” que agrupa a los sindicatos de trabajadores de “Fuerza y Luz” de Argentina.
- El 15 de enero del año 2000 fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, disertando sobre el tema “Reflexiones sobre la Historia de la Codificación Civil”, publicada en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho, año 1999, pag. 103 a 126. El discurso de presentación corrió a cargo del doctor Max Arias-Schreiber Pezet, el mismo que corre en la pag. 103 a 108 del mismo Anuario citado.

Ha escrito :

- “Introducción a la Filosofía”, Chiclayo, 1964.
- “La Vida y el Pensamiento de Francesco Carnelutti”, publicado en la “Revista de Ciencias Jurídicas”, Chiclayo, 1965, pags. 10 a 64.
- “Teoría General de los Derechos Reales”, publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Trujillo, 1967, pags. 176 a 234.
- “Teoría General de las Obligaciones”, publicado en la Revista “El Foro”, Chiclayo, 1968-1969, pag. 43 a 76.
- “Creación Jurídica y Derecho Judicial. Introducción al estudio de la Jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque”, Publicado en la Revista “El Foro”. Organó del Colegio de Abogados de Lambayeque, pags. 91 a 140, Chiclayo, 1976.



- “El artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Civil: Llave Maestra de la Teoría General del Derecho”, publicado en el “Libro Homenaje a José León Barandiarán”, pags. 453 a 493, Lima, 1985.
- “Los estudios de Derecho Civil en el Perú y el Derecho Jurisprudencial”, en el “Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta”, Cultural Cusco editores, pag. 439 a 486, Lima, 1986.
- “La Vida y el Pensamiento de Piero Calamandrei. Recuerdo de un gran maestro a los 31 años de su muerte”, publicado en la Revista “Jurisprudencia Peruana y Normas Legales”, N° 19, Lima, setiembre-octubre de 1987, pags. 545 a 559.
- “¿Reforma o revolución procesal en el Perú?”, en el “Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdéz”, Cultural Cusco S.A. editores, pag. 569 a 596, Lima, 1988.
- “Teoría General de los Títulos Valores (Las grandes líneas de su desarrollo dogmático en las escuelas comercialistas alemana e italiana)” en el “Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi”, Cultural Cusco S.A. editores, pag. 643 a 690, Lima, 1989.
- “La Ciencia del Derecho Procesal”, Ediciones FECAT, Lima, 1991.
- “El Derecho Procesal en la Edad Media”, editorial Cusco S.A., Lima, 1998.
- “El Juez y la Norma”, publicado en el “Tratado de Derecho Civil”, tomo I, pags. 297 y ss., Lima, 1990.
- “La escuela francesa, la ciencia jurídica alemana y la escuela italiana en el pensamiento de José León Barandiarán”, publicado en el “Homenaje a José León Barandiarán”, Fondo Editorial del Congreso del Perú, tomo I, pag. 159 a 170, Lima, 2000.
- “Historia General del Derecho”, Universidad Alas Peruanas, Lima, 2005.
- “Santo Tomas de Aquino y los Grandes Maestros del Espíritu” en el “Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi”, Lima, 2008.
- “El pensamiento del maestro Ulises Montoya Manfredi y el Derecho Comercial Comparado”. Conferencia sustentada en la Capilla de Loreto de la vieja Casona de San Marcos el día 23 de Noviembre del 2009.
- “Centenario del nacimiento del Dr. Ulises Montoya Manfredi”, artículo publicado en la revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 76, N° 1-2, Año 2009, pag. 425-436.
- “La Ciencia del Derecho Procesal”, Primera Parte, Capítulo I, Estudio publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 76, N° 1-2, Año 2009, pag. 227-259.
- “La Casación Civil.- Su crisis actual.- Necesidad de derogarla y de sustituirla por el Recurso Extraordinario de injusticia Procesal y el “Certiorari”, Conferencia dictada en Chiclayo el Sábado 9 de enero del 2010 por el Dr. José Antonio Silva Vallejo.

- *“El Pensamiento Jurídico y Filosófico”*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 3 tomos, Ediciones del Vicerrectorado Académico, Lima, 2010.
- *“La Crisis del Acto Jurídico y de la Casación Civil”*, estudio publicado en el “Libro-Homenaje a Fernando Vidal Ramírez”, Lima, 2010.
- *“Filosofía del Derecho”*, Lima, 2011.
- *“Filosofía del Derecho”*, segunda edición, Ediciones Legales, Lima, 2012.

## MARCIAL RUBIO CORREA

El 5 de julio del año 2000 fue incorporado como miembro de número en la Academia Peruana de Derecho Marcial Rubio Correa quien era un brillante profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad ex -Católica en la que fue Jefe del Departamento de Derecho y luego Vice-Rector Administrativo en 1994, siendo posteriormente en el 2000 Ministro de Educación durante la época en que un gran jurista, el Dr. Valentín Paniagua, también miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, desempeñó la Presidencia de la República.

El 6 de Julio del 2009, el Dr. Marcial Rubio Correa fue elegido Rector de la Universidad Católica.

Marcial Rubio Correa nació en Lima el 28 de setiembre de 1948. Estudió en la Universidad Católica y se recibió de Abogado en 1972. Se perfeccionó en la Universidad de Sussex en 1974-75 y se graduó de Magíster en la Universidad Católica con la tesis "Error e ignorancia en el Derecho Civil" en 1989, tesis que, ulteriormente, fué desarrollada y desenvuelta en su libro: "Error e Ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana" editado por el Fondo Editorial de la Universidad Católica en 1991 y cuya estructura es la siguiente: Capítulo I: "La ignorancia y el error en el Derecho", capítulo II: "El concepto del error desde Roma hasta el siglo XIX", Capítulo III: "Estudio de la conceptualización moderna sobre el error a través de los ejemplos doctrinales", Capítulo IV: "Análisis de la normatividad contenida en el Código Civil Peruano sobre el tema del error", Capítulo V: "Mistake y error: Estudio comparado", Capítulo VI: "El rol de los ejemplos en la evolución del Derecho: El caso del error", Capítulo VII: "Elementos de la política legislativa del error y la ignorancia".

Pero, además de la obra glosada el profesor Marcial Rubio Correa ha escrito otros libros notables como "Título Preliminar del Código Civil" editado en 1986 por el Fondo Editorial de la Universidad Católica, obra en la que le dedica un capítulo a cada uno de los artículos del Título Preliminar del Código Civil. El Título Preliminar en el Derecho Comparado tiene como punto de partida el Código Civil Francés cuyo Título Preliminar a su vez, se inspira, como es sabido, en el pensamiento jurídico de **JEAN DOMAT**, cuyas doctrinas expuestas en "Les lois civiles dans leur ordre naturel", publicado en 1694, dos años antes de la muerte del gran jurista de Clermont (1625-1696), sirvieron de fuente de inspiración al celebre "Discurso preliminar al Código Civil Francés" de Jean Etienne Marie **PORTALIS** (Traducción castellana por la editorial Aguilar, Madrid, 1957).

Empieza sosteniendo Marcial Rubio Correa que "El Título Preliminar del Código Civil no solo tiene que ver con el Derecho Civil propiamente dicho y, ni siquiera, con solo el Derecho Privado. Por el contrario, es un conjunto de normas que históricamente ha sido preparado para regir a todo el sistema jurídico" (pag. 15).

"El Título Preliminar del Código Civil tiene particular importancia porque, a pesar de estar ubicado en este Código, cuerpo legislativo típicamente privado, su alcance normativo es mayor, abarcando al conjunto del sistema jurídico o, cuanto menos, a partes considerables de él, mediante el aporte de varios principios generales contenidos en sus normas". La tesis de Marcial Rubio Correa, que yo comparto, es la de que, "El Título Preliminar tiene una vocación normativa trascendental, que se extiende, allende el Derecho Privado" (pag. 18, in fine).



El fundamento histórico de esta afirmación lo desarrolla Marcial Rubio Correa en las pags. 19 y 20 del libro que reseña; y concluye: *“Históricamente, pues, puede sostenerse que la vecindad histórica de Constituciones y Códigos Civiles ha llevado a que en el Título Preliminar de estos últimos, se considere un conjunto normativo no primariamente concerniente al Derecho Civil, ni siquiera al Derecho Privado, sino al sistema jurídico en su conjunto”* (pag. 20).

Esta tesis se replantea en la pag. 22: *“En síntesis, pues, podemos concluir que el Título Preliminar del Código Civil ocupa un lugar preponderante dentro del sistema jurídico como conjunto, dictando normas de alcance general y que va más allá del Derecho Privado. Esa preeminencia debe ser respetada por las demás leyes de la República, con la finalidad de impedir alteraciones que quiten coherencia y equidad al conjunto de normas legisladas. Todo ello, a pesar de que formalmente, como ya se dijo, las disposiciones del Título Preliminar no sean sino simples normas con rango de ley”*.

*“En esta situación preminente respecto a otras normas legales de su misma categoría formal, es necesario recordarlo, no solo está el Título Preliminar del Código Civil. El Código Tributario (otra ley como las demás) cumple idéntico rol dentro de su rama, la ley Órgánica del Poder Judicial en la suya y así sucesivamente”*.

*“Es verdad que en este punto, importantes escritos doctrinales han sostenido que el Título Preliminar solo es aplicable al Derecho Privado, pero consideramos que esa posición debe ser superada en beneficio de un sistema jurídico más armonioso como conjunto. Un ejemplo interesante respecto de los peligros de no hacerlo es la resolución de la Corte Suprema en el Habeas Corpus que, contra la decisión de impedir su retorno al país, interpuso en 1955 el Dr. José Luis Bustamante y Rivero”*.

*“En aquel entonces, la disposición de que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se debe preferir la primera, no estaba consignada en la Constitución sino en el Título Preliminar del Código de 1936. Ante esta circunstancia, la Corte Suprema no amparó el Habeas Corpus interpuesto en base a la siguiente argumentación: “... el artículo veintidós del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del Derecho Civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil, en cuyas, en cuyas controversias cuando interviene el Estado, lo hace como sujeto de derecho privado, sin que ninguna disposición legal posterior haya extendido su aplicación a otros órdenes del campo jurídico, en que aquél actúa como sujeto de derecho público; que para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa”*.

*“No hace falta recurrir a las altas calidades personales y de jurista del Dr. Bustamante y Rivero para caer en cuenta de los errores e injusticia de esta resolución. Es verdad que hoy la norma de preferencia constitucional está en el artículo 236 de nuestra Constitución y que, por lo tanto, este problema no podría volver a resolverse así, pero a lo que queremos llegar es a que el argumento básico de la Corte Suprema, en el sentido de que el Título Preliminar es parte del Derecho Privado y no del Público, puede llevar a situaciones evidentemente arbitrarias como la que comentamos.*

*Este ejemplo histórico refuerza nuestra convicción en el sentido de que el Título Preliminar del Código Civil es un cuerpo normativo para todo el sistema jurídico salvo, naturalmente, que atente contra la naturaleza de algún sector específico de la normatividad” (pag. 22-23).*

El artículo septimo del Título Preliminar del Código Civil tiene en el sistema jurídico peruano una persistencia numérica e ideológica a lo largo de varios Códigos y leyes elaborados con posterioridad y que por ello bien puede ser considerado como el modelo genético y normativo pues constituye la fuente de inspiración doctrinaria en la legislación peruana en la que antes no existía. Al respecto dice el profesor Marcial Rubio Correa en la pag. 130 del libro que reseñamos: *“A diferencia de todos los demás artículos del Título Preliminar del Código vigente, el artículo VII carece en absoluto de antecedentes, a lo largo de todo el periodo de reforma y revisión del Código de 1936. Ello puede comprobarse del cuidadoso trabajo que al respecto ha realizado en su obra compilada Delia Revoredo de Debakey”.*

*“En un trabajo reciente, José Antonio Silva Vallejo expone que el artículo VII es producto sustantivamente modificado de una norma que él mismo propuso a la Comisión Revisora del Código Civil. Estas son sus palabras: “La norma subexamen fue expuesta por el autor de estas líneas ante el seno de la Comisión Revisora del Código Civil con arreglo a esta fórmula originaria: Los jueces pueden corregir el derecho mal o insuficientemente invocado por las partes, siempre y cuando de autos resulte que hay congruencia entre los hechos planteados en la demanda y las pruebas actuadas; ya que en definitiva es el Juez quien aplica la norma pertinente a la relación jurídica controvertida”.*

*“La Comisión Revisora del Código Civil al examinar nuestra proposición y sugerencia consideró que, por sus consecuencias hermenéuticas, un Juez dictador o, sencillamente una interpretación mediocre o, pero aún, una interpretación malévola, podría hacer tabla rasa del principio de congruencia creando un verdadero estado de indefensión para las partes, por lo que era aconsejable restringir los alcances hermenéuticos de la proposición originaria que quedó reducida, a propuesta del doctor Javier Alva Orlandini, Presidente de la Comisión Revisora, a la siguiente fórmula: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica, pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”.(1)*

*“Tomando como base esta explicación a la génesis del artículo VII, puede notarse que la norma originalmente propuesta por Silva Vallejo contiene las siguientes características: “Atribuye al magistrado la facultad de corregir el derecho mal o insuficientemente invocado por las partes. Es decir, que lo esencial del mandato consiste en una atribución tutelar al Juez para que corrija un error o ignorancia en la sustentación normativa precisa hecha por el litigante dentro del proceso. Además, la primera parte de la propuesta no se refiere solo al demandante (como sí lo hace el artículo VII), sino que beneficia a todas las partes del proceso”.*

*“Para que esta atribución pueda ser ejercitada se requiere que “de autos resulte que hay congruencia entre los hechos planteados en la demanda y las pruebas actuadas”. En otras palabras, con esta parte del texto propuesto se mantiene el criterio de que la invocación de pretensión y la probanza de hechos, corresponden en esencia a las partes. No es por tanto la intención de la norma propuesta, establecer un principio inquisitivo para el desarrollo del proceso judicial”.*

“La última parte de la propuesta, declara expresamente que en definitiva, corresponde al Juez aplicar la norma pertinente a la relación jurídica controvertida. De esta manera se declara que la función del Juez es apreciar la relación jurídica materia del proceso y que, luego, resulta de su exclusiva prerrogativa decidir cuál es la norma pertinente y aplicarla”.

“En definitiva, la norma originalmente propuesta por Silva Vallejo nos remite, como él mismo señala, al principio *iura novit curia*” (ibidem pag. 456). (Marcial Rubio Correa obra citada pag. 131).

---



## GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA

El 18 de abril del 2002 fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho Guillermo Lohmann Luca de Tena, profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica y autor de las siguientes publicaciones: “El Negocio Jurídico” publicado en 1986 y reeditado en dos oportunidades; “El Arbitraje” publicado en 1987 y reeditado en tres ocasiones; “Temas de Derecho Civil” publicado en 1991 y “Derecho de Sucesiones”, un formidable libro que consta de cuatro tomos, publicado entre 1995 al 2000. Además ha escrito “El artículo 1209 del Código Civil y cuestiones afines a la enajenación de herencia”, publicado en el “Homenaje a Jorge Avendaño”, tomo II, pag. 753 a 777, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2004.

El doctor Lohmann es también profesor honorario en la Universidad Católica Santa María de Arequipa, en la Universidad Privada del Norte de Trujillo y en la Academia de la Magistratura. Además es Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil desde 1994 e integró la Comisión que dió a luz el Nuevo Código Procesal Civil Vigente. Ha sido Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Es hijo del Dr. Guillermo Lohmann Villena quien fuera un distinguido Embajador, Abogado, Doctor en Historia, Miembro de la Academia de la Lengua y de la Academia Peruana de la Historia, autor de libros muy interesantes como su estudio sobre la vida de Juan de Hevia Bolaños, el autor de la “Curia Filípica”, que fue el primer gran Tratado de Derecho Procesal Civil escrito en Perú y en América, entre otros magníficos estudios.

El tema de la disertación para incorporarse a la Academia Peruana de Derecho escogido por el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena versó sobre “Glosas Jurídicas a las Tradiciones Peruanas de don Ricardo Palma”, en la que empieza aludiendo al estilo y personalidad del gran escritor, cuyas “Tradiciones” son una obra maestra de ingenio cáustico, de urbana sátira, de mordaz filosofía, en la que puso en relieve en forma tan burlesca como irónica, todos los males de la naturaleza humana.

Dijo el doctor Lohmann Luca de Tena en su notable disertación que: *“Fue don Ricardo Palma, ya lo sabemos, hombre ávido de curiosear, zumbón con su pizquita de insolente, y tengo para mí que acaso también algo cascarrabias. Además de su encierro en el presidio del Callao, que según él fue por razones políticas.... sospechaba yo que el propio Palma.... había sido víctima de alguna injusticia.... judicial. No he podido comprobarlo con papeles judiciales a la vista pero en uno de sus artículos.... afirma que quedó “escarmentado” para no meterse en otro lío....”*

En opinión de Lohmann ello explicaría *“su frecuente acritud contra la gente del foro, tildándonos, entre otros dicterios, con el calificativo de “pajarracos”. Y pese a manifestar que no fumaba del estancillo forense ni lo apetecía, y no obstante haber recibido honorariamente el título de Doctor en Jurisprudencia (lo que por lo menos le obligaba a moderar sus antipatías), nos enjuició con destemplanza. Por ejemplo, no dudó en considerar,.... (que algunos recursos) –tenían tanta “prefusión de latinajos” como pobreza de razones. En menguada estima tuvo nuestra profesión”. “Segura cosa es.... que mientras haya sobre la tierra papel sellado, escribas y fariseos, un pleito es gasto de dinero y de tiempo que trae mas desazones que un uñero en dedo gordo”*.

La sátira contra los escribanos que “no se libraron de sus invectivas”, queda en evidencia. “Oigan ustedes, como botón de muestra, esta “delicada” copla:

*“Un escribano y un gato  
en un pozo se cayeron;  
como los dos tenían unñas  
por la pared se subieron.”*

*“Sin más preámbulo, pues, les invito a dejar de lado por unos momentos sus afanes y sus cuitas, les pido aligerar su espíritu y regocijarse compartiendo esta tarde conmigo un paseo entre Tradiciones, en un rato de distracción jurídico - literario.”*

Gran mérito y brillante idea la del doctor Guillermo Lohmann de hacer una antología de las “Tradiciones Peruanas” de don Ricardo Palma, haciendo hincapié en la humana sátira y en el estilo burlón, punzante y caústico del gran vate de nuestra literatura.

Así cuando nos cuenta que “LA BOFETADA PÓSTUMA” justifica especial comentario, y la traigo a colación no por lo de la bofetada, sino por lo siguiente. El protagonista de la narración, capitán Luis Perdomo, necesitado de fondos recurrió a un prestamista con el compromiso de devolver el capital en un plazo determinado, expresando que en ese momento no tenía más respaldo que su palabra. Rechazado el pedido por lo feble de la garantía, cuenta Palma que el solicitante “noble caballero, se revistió de dignidad y arrancándose un puñado de pelos de la barba, dijo: ¿queréis que os empeñe por ocho días estas honradas barbas?”. Y las barbas fueron aceptadas como prenda. ¿Qué costumbres aquéllas, donde las prominencias capilares tenían más valor que la palabra, la firma o el apretón de manos! Pero el caso es que la garantía capilar, aunque curiosa (tan curiosa como probablemente dolorosa debió ser la brusca extirpación), es garantía que no me parece prohibida. Porque, de una parte, habrá que calificar a los pelos como unos de esos bienes muebles comprendidos en el inciso 9º del artículo 886 del Código Civil, ya que por cierto pueden llevarse de un lugar a otro. Y de otra parte, el voluntario desprendimiento no afecta de manera permanente o irreversible la integridad física, lo que sí está vetado. Más complicado será determinar el valor de tasación para el posible remate, y quién sabe más dificultoso aún consignar en el documento en el que consta la prenda, la “designación detallada del bien gravado”, como reclama el artículo 1062 del citado Código.”

Después de contarnos una serie de Tradiciones y glosarlas entra al caso de don Dimas de la Tijereta: “Cambio de tema para recontar la historia de DON DIMAS DE LA TIJERETA, ese escribano de la Audiencia a quien Palma le atribuía tener el alma llena de zurcidos y remiendos, y con más arrugas y dobleces que abanico de coqueta. Voy al grano del relato. Don Dimas rondaba a una limeñita que nulo caso hacía a sus cortejos. Tales eran las porfías de Tijereta y las negativas de la limeña, que un día, cansado aquél, exclamó: ¡Venga un diablo cualquiera y llévase mi almilla a cambio del amor de esa caprichosa”. Satanás, que no se hace de rogar en dispensar su ayuda en trances de amor desesperado, concurrió al llamamiento y aceptó lo que hoy sería una promesa unilateral, regulada en el artículo 1956 del Código Civil. Y exigiendo un reconocimiento en forma de la obligación, obtuvo del amante un documento en toda regla que a la letra decía: “Conste que yo, don Dimas de la Tijereta, cedo mi almilla al rey de los abismos a cambio del amor y posesión de una mujer”. Y en Otrosí Digo, que antes se decía Ítem Más, obligóse don Dimas a satisfacer la prestación en el término de tres años. ¡Menudo trato! Les hago ahorro de los amores del trienio y voy a la conclusión, perfectamente jurídica. Venció el plazo y Lucifer envió desde los infiernos



a su emisario con el encargo de exigir la entrega del alma de don Dimas. Mas éste replicó que el compromiso había sido de su almilla; que su alma no admitía diminutivo ni que la apearan de categoría. Con diccionario en mano demostró que almilla es jubón, antigua prenda de vestir. Yo lei esta tradición siendo muchacho. Desde entonces -y porque además gozo del privilegio de tener padre, tío y abuelo académicos de la lengua-, he profesado el cuidado del idioma, no fuera a ser que a algún cliente le quisieran pagar con una almilla deuda de más sustancia”.

Y así siguió discurriendo la brillantísima disertación, tan filológica y tan centrada en el amor a la lingüística del doctor Guillermo Lohmann, para concluir diciéndonos que: “En homenaje al preciado tiempo de ustedes, con lo dicho, que ya es largo, debiera concluir. Pero no puedo hacerlo, Señor Presidente, sin un ruego final. Al empezar había solicitado una indulgencia. Ahora pido que se me conceda otra, que se justifica en que este discurso haya estado -lo digo haciendo más las palabras de Cervantes- *“desnudo de aquel precioso ornamento de elegancia y de erudición de que suelen andar vestidas las obras que se componen en las casas de los hombres que saben”*. “A Ustedes, Señores Académicos, que son hombres que saben, gracias por acogerme con indulgencia. Y a todos Ustedes, colegas y amigos, por acompañarme en esta ocasión”.

En el año 2003 fueron incorporados a la Academia Peruana de Derecho cinco brillantes juristas peruanos y seis brillantes juristas extranjeros en calidad de Académicos Correspondientes.

Entre los académicos de número fueron incorporados los doctores **VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO** quien el 10 de Marzo del 2003, en su conferencia de incorporación, disertó sobre el tema *“La evolución del Constitucionalismo Peruano”*. Hablar de Paniagua es hablar de un gran demócrata y de un gran jurista, con quien congeniamos desde que nos conocimos cuando él era aún estudiante de Derecho en la Universidad de San Antonio Abad y yo estudiante de San Marcos. Corría el año 1956 y los dos teníamos 20 años pues ambos nacimos en 1936. Desde entonces nació nuestra empatía y nuestra amistad indeclinable, primero por una suerte de “química” en la que se inspiró nuestra mutua afinidad y, segundo, porque ambos eramos “demócrata-cristianos” y miembros del “Frente Universitario Reformista Independiente”. Con el correr de los años Valentín llegó a ser Ministro de Justicia y yo Magistrado. Recuerdo que, en mi casa, llamaba a mis hijas para que escucharan a Valentín Paniagua cuando hacía uso de la palabra en la televisión. Brillante orador y brillante jurista, tuve la suerte de escucharlo haciendo uso de la palabra cuando informaba ante mí siendo yo Presidente de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema. Doy fé pues de que era un jurista extraordinario, un gran constitucionalista y un fascinante orador. Alternaba la defensa con la docencia universitaria en la cátedra de Derecho Constitucional que dictaba en la UNIFE donde nos seguíamos abrazando con afecto cada vez que nos veíamos. También enseñaba en la Universidad Católica. Sentí un auténtico orgullo al renovar mi afecto por el viejo amigo cuando lo ví manejar con gran muñeca el debate en el Congreso que terminó eligiéndolo Presidente Constitucional de la República, cargo que juró el 22 de Noviembre del 2000, fecha que marcó la transición de la dictadura, en medio de la turbulencia política, hacia el advenimiento de la democracia, que él simbolizaba, como pocos. **Valentín Paniagua es, pues, un “hombre simbólico”** en el sentido que a esta expresión le dió Emerson en un libro inmortal que he reseñado en la pag. 847, de este libro. A las 5 a.m. del 16 de octubre del 2006 falleció víctima de un paro cardiaco, tras una fulminante enfermedad, quien puede ser considerado, uno de los más notables Presidentes de la República, uno de los más brillantes juristas del Perú, uno de los más grandes Profesores y Abogados Constitucionalistas y uno de los más brillantes Miembros de la Academia Peruana de Derecho.



**CESAR FERNANDEZ ARCE**, notable magistrado de carrera, ex-Presidente de la Corte Suprema y Profesor de Sucesiones en la Universidad Católica, quien el 25 de Setiembre del 2003, en su conferencia de incorporación como Miembro de Número a la Academia Peruana de Derecho disertó sobre el tema *“La Colación en el Derecho Sucesorio Nacional y Comparado”*.

Fernandez Arce es un virtuoso de la magistratura. Su probidad y su rectitud son ejemplares. Pero, además, es un gran profesor de Sucesiones en la Universidad Católica. Léase su fundamental obra *“Derecho de Sucesiones”*, editado por el Fondo Editorial de la Universidad en la que enseña, Lima, 2004. Además ha escrito *“Derechos hereditarios del conyuge sobreviviente en el Código Civil de 1984”*, en el Libro Homenaje a José León Barandiarán, pag. 137 a 162, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1985; *“Las acciones reales en el Derecho Sucesorio”*, en el Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta, pag. 185 a 200; Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1986; *“De los legados”* en el Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, pag. 127 a 138, Cultural Cuzco, Lima, 1988; *“El Derecho de acrecer”*, en el Homenaje a Jorge Avendaño, tomo II, pag. 975 a 987, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2004, etc.

Aparte de estas fundamentales obras de doctrina el pensamiento jurídico del doctor Fernandez Arce se sustenta en el principio de que *“La fe y la razón son dos fuentes del conocimiento humano, deben caminar juntos porque no se contradicen, antes bien, se complementan”* y además *“La verdad, la bondad y la justicia son valores insustituibles que se van descubriendo a medida que se avanza por el camino de la libertad”*. Pero, además, el pensamiento jurídico del doctor Fernandez Arce se inspira en el luminoso Evangelio de San Juan: *“Veritas Liberabit Vos”* (*“La verdad os hará libres”*) y en la moral de Santo Tomas de Aquino: *“En la moral influyen dos valores el bien y la verdad. No es posible conocer la conducta que haga bueno al hombre si desconocemos la verdad...”* y, además: *“La moral no esclaviza, antes hace libres a los hombres”*.

A esto se contrae, en esencia, la reseña que hago de su discurso pronunciado el 28 de noviembre del 2007 en el homenaje que le tributó la Universidad Católica del Perú, publicado, en el *“Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006-2008”*, paginas 321 a 327.

**JUAN CHÁVEZ MOLINA**, notable profesor de Derecho Comercial y Derecho Bancario en la Universidad de San Agustín y de Derecho Monetario y Derecho Financiero en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Diputado Primero en la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima cuando Fernando Vidal Ramirez ejerció su Decanato quien el 10 de Marzo del 2004, en su conferencia de incorporación, disertó sobre el tema *“La Constitución del Siglo XXI y del Tercer Milenio”*.

**CARLOS CARDENAS QUIROZ**, Profesor Principal de Derecho de las Obligaciones en la Universidad Católica, en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura, Profesor Visitante en la Universidad Externado de Colombia, además de ser Profesor Honorario de numerosas Universidades del Perú y Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba, Argentina y Socio Extranjero de la Academia de Ius Privatistas Europeos de Pavía, Italia, quien el 15 de Marzo del 2004, en su conferencia de incorporación, disertó sobre el tema *“Las Erratas en la Publicación de las Normas Legales”*.

**JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA**, quien fuera el primer Defensor del Pueblo que ha tenido el Perú entre 1996 y 2000, aparte de ser autor de numerables publicaciones en revistas nacionales y extranjeras sobre los Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Arbitraje,

quien el 21 de Abril del 2004, en su conferencia de incorporación, disertó sobre el tema “De los Textos Ordenados a los Textos Refundidos en el Marco de la Delegación de Facultades”.

**CESAR DELGADO BARRETO**, quien fuera Senador de la República entre 1985 a 1990, Ministro de Justicia entre 1988 a 1989, Embajador Extraordinario ante la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Vicepresidente de la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, aparte de otros muchísimos cargos que ostenta es un notable Profesor en la Universidad Católica. Para mí, su mayor virtud es la de ser un hombre sencillo y bondadoso y es lo que destacó en él. Sus amigos, sus colegas y sus discípulos le han dedicado un Libro Homenaje, conjuntamente con mi otro gran amigo, que es el doctor César Fernández Arce, intitulado: “El Derecho frente a la Ciencia y la Tecnología”, Lima, 2007, con Prólogo de Marcial Rubio Correa y un Comité Editor integrado por Carlos Enrique Becerra Palomino (Coordinador), Jaime Lara Márquez y Daniel Irwin Yacolca Estares. El día 23 de Diciembre del 2005, fue incorporado a la Academia Peruana de Derecho, disertando para tal oportunidad, sobre el tema “Aspectos Jurídicos de la Deuda Externa”, una brillante conferencia cuya primera parte trató sobre la Deuda Externa y la Soberanía en la que aludió a una serie de notables casos y principios como el de la “lex fori”, “la doctrina Calvo”, la “necesidad de procedimientos de insolvencia justos y equitativos y de un juzgador internacional e imparcial”, “el principio de corresponsabilidad” y, en la Segunda Parte, trató sobre “los contratos de la deuda pública externa y los principios generales del Derecho” abordando el tema de las obligaciones financieras y monetarias, la evolución de los principios sobre el pago de las deudas, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las tasas de interés en el caso de las instituciones financieras; analizando, luego, la teoría del anatocismo y una serie de principios generales del Derecho como el de la excesiva onerosidad de la prestación, el de la solidaridad y cooperación internacional y una propuesta de opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia en materia de deuda externa. En suma, una brillante conferencia que concluyó evocando a las Encíclicas del Papa Juan Pablo II sobre “**el jubileo como tiempo de arrepentimiento en el que se subsanan las injusticias y el comienzo simbólico de una nueva era**”.

En su discurso pronunciado con motivo del homenaje que le tributó la Universidad Católica el día 28 de noviembre del 2007 con motivo del Libro de estudios que se le dedicaron dijo, al concluir, citando a George Renard, el ilustre jus-publicista de la Universidad de Nancy, que: **“el Derecho es la armadura de la justicia; el jurisperito es el servidor de la justicia; las Facultades de Derecho son las escuelas de la justicia y nosotros, profesores de Derecho, faltariamos al más esencial de nuestros deberes, si no enseñáramos, más allá de la legalidad, el culto y el amor a la justicia”**. He aquí un derrotero para nuestra Facultad que este año cumple 90 años de fundada y que está preparando el perfil de nuestros egresados que la sociedad peruana necesita en el siglo XXI”.<sup>(1)</sup>

**OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO** fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho el 22 de Noviembre del 2006, disertando para su incorporación sobre el tema “La prenda de acciones de sociedades anónimas, frente al sistema general de garantías mobiliarias”. Hundskopf es un notable comercialista, profesor en la Universidad de Lima y es autor de 7 tomos de Derecho Comercial que no solo prestigian al autor sino que honran a la escuela comercialista peruana que ha tenido sus mas grandes representantes en los maestros Lino Comejo, Andres León Montalban, Ulises Montoya Manfredi, Enrique Elias Larosa y Enrique Normand Sparks a quien sucede, precisamente, como Miembro de Número

(1).- Discurso pronunciado por el académico de número Dr. César Delgado Barreto en el Homenaje que le tributó la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el “Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2007”, en la pag. 121.



en la Academia Peruana de Derecho por el prematuro fallecimiento de Normand Sparks, gran comercialista y gran tributarista, incorporado a la Academia Peruana de Derecho el 6 de Mayo de 1997 con una brillante disertación intitulada *“Una nueva concepción del Derecho Mercantil”* que empezaba con una cita de Vivante, *“il vecchio caposcuola de la scuola comercialista italiana”*, quien llamaba a nuestra disciplina *“tormento de la escuela y de la curia”*.

También Hundskopf empezó su disertación, luego de citar a la Ley General de Sociedades N° 26887, citando a Enrique Normand Sparks cuando dijo que: *“efectivamente se había priorizado a la sociedad anónima en el anteproyecto, y que incluso se tuvo la tentación en un momento de creer que la sociedad anónima podía ser la única forma vigente en el país, por haberse comprobado que había una gran difusión de la misma, sin embargo, las investigaciones e indagaciones sobre todo a nivel de provincias demostraron que existían sociedades de otros tipos, y que por tanto se deberían respetar”*.

La tesis de Hundskopf sostiene que *“En resumen, lo concreto es que el nuevo sistema de garantías mobiliarias ha ocasionado un cambio trascendental en el ordenamiento legal vigente en nuestro país, respecto de la prenda de acciones de sociedades anónimas, lo que nos ha motivado a analizar su contenido, sus ventajas y desventajas y los efectos y consecuencias que se podían derivar. Como metodología de trabajo analizaremos en primer lugar la naturaleza jurídica de las acciones en la doctrina societaria, luego el régimen de las acciones en la Ley General de Sociedades, en la Ley de Títulos Valores y en la Ley del Mercado de Valores, luego comentaremos los derechos que tienen los titulares de las acciones, entre ellos el derecho a otorgar en prenda las mismas, así como el tratamiento que se le ha dado a la prenda de acciones en la LGS, el régimen especial de las garantías sobre las acciones representadas en anotaciones en cuenta, para finalmente abordar de manera sucinta el sistema de garantías mobiliarias creado por la Ley 28677 y de manera especial, los aspectos relacionados con la prenda de acciones y la situación especial creada por su entrada en vigencia. En la parte final, exponemos las razones que justifican un régimen especial, exclusivo para la prenda sobre acciones, para concluir con una propuesta concreta consistente en lograr la dación de una norma legal por la cual se excluya a la prenda de acciones, del régimen general”*.



## HUMBERTO MEDRANO CORNEJO

El 14 de diciembre del 2006; fue incorporado a la Academia Peruana de Derecho el Doctor Humberto Medrano Cornejo, profesor de Derecho Tributario en la Universidad Católica y en la Universidad de Lima. Es Miembro Honorario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, del Instituto Peruano de Derecho Tributario del cual fue su Presidente y del Instituto Venezolano de Derecho Tributario. El doctor Medrano es uno de los grandes tributaristas del Perú, habiéndose desempeñado como abogado en el estudio del doctor Félix Denegri Luna y, luego, en el estudio Rodrigo, Avendaño & Elias, bajo la brillante guía del doctor Luís Carlos Rodrigo Mazuré, a quien lo considera, con la modestia que lo caracteriza, su maestro; y a quien yo, Silva Vallejo, admiro desde hace muchos años, desde que leí su admirable tesis “Los Impuestos y la revaluación del activo en las sociedades anónimas”, Prólogo del Dr. Lino Cornejo, Imprenta Santa María, Lima, 1953.

El doctor Humberto Medrano nació en mayo de 1941, estudió en el Colegio Militar Leoncio Prado y luego ingresó a la Universidad Católica en la que se recibió como abogado.

El tema de su disertación para incorporarse a la Academia Peruana de Derecho el 14 de diciembre del 2006 fue “**Evolución y proyección del concepto de renta en el Derecho Tributario Peruano**”.

Según Medrano el concepto de renta en el Perú viene dado por dos criterios: la teoría de la fuente o renta producto y la teoría del balance o del incremento patrimonial. “Como una derivación de esta última para el caso concreto de las empresas, Roque García Mullín señala que se considera renta la totalidad de enriquecimientos provenientes de terceros, “o sea al total del flujo de riqueza que desde los terceros fluye hacia el contribuyente en un período dado”. Esta posición ha tenido hondo impacto en nuestra ley y en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal.(\*)

Según el doctor Medrano “para la teoría de la fuente o de la renta producto solo se considera como renta la utilidad periódica o susceptible de obtenerse periódicamente de una fuente más o menos durable. Como se sabe, las fuentes productoras de renta son, en principio, dos (capital y trabajo), de cuya combinación surge una tercera: la empresa... De acuerdo con esta teoría es claro que no existe identidad entre ganancia y renta, pues un sujeto podría percibir un beneficio muy significativo y, sin embargo, no estar obligado a pagar el tributo. Es el caso de la persona que recibe una herencia o un legado y que, así, incrementa su patrimonio, pero como este aumento de su fortuna carece de periodicidad y no proviene de una fuente inmodificable, no califica como renta... Es por ello que en muchos países este tipo de ingresos está sujeto a tributos específicos: los impuestos sucesorios, como ocurría en el Perú hasta 1979, en que fueron derogados por el Decreto Ley N° 22719... A igual conclusión se llega respecto de los premios obtenidos en juegos de azar, loterías, casinos, apuestas en carrera de caballos y ganancias similares. Los ingresos de esta clase no tienen periodicidad ni se originan en ninguna de las fuentes productoras de renta, de tal manera que resultan excluidos del ámbito de aplicación del tributo... Un caso muy significativo es el de las distinciones literarias, artísticas o científicas que muchas veces representan un ingreso cuantioso para los ganadores, como ocurre con el Premio Nobel, el Premio Cervantes, etc. Quienes reciben estos honores tampoco están obligados a tributar, si es que la legislación de la que se trata asume la teoría de la fuente. No existe aquí periodicidad en la ganancia ni una fuente productora... Sin embargo, alguien podría tener la tentación de considerarlos como ren-

(\*)- Incorporación del Dr. Humberto Medrano Cornejo en el “Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2006-2007”, pag. 82, Lima 2006.

ta derivada del trabajo y, por lo tanto, susceptibles de ser gravados. En ocasión anterior ya nos hemos pronunciado sobre este extremo y lo hicimos en sentido negativo porque tales premios no constituyen una remuneración por la prestación de servicios personales, que es una condición indispensable para considerar que se trata de una renta generada por dicha fuente. Esta, como se sabe, tiene dos vertientes: el trabajo realizado en forma independiente y el prestado en relación de dependencia. De ninguna de ellas fluyen los referidos ingresos... Desde el punto de vista tributario, la condición de escritor puede dar lugar a la percepción de honorarios profesionales al redactar trabajos o ensayos por encargos de un tercero. Asimismo, pueden generarse remuneraciones para el escritor que ingresa a trabajar en una empresa. Dichas retribuciones tienen la naturaleza de renta... Ello no ocurre cuando un jurado considera que los méritos intelectuales de una persona merecen ser reconocidos con un premio pecuniario. En esa hipótesis el ingreso no se genera como contraprestación de un servicio. El premiado no tiene vinculación jurídica con la entidad que le otorga la distinción”.<sup>(1)</sup>

.....

Añade el doctor Medrano que “la definición del concepto de renta también tiene importancia al analizar la situación de las empresas que obtienen ganancias de capital; es decir cuando enajenan determinada clase de bienes que, en principio; no están destinados a ser comercializados: el activo fijo (maquinarias, equipos, etc)”.<sup>(2)</sup>

Luego de exponer la interpretación de insignes tributaristas, como la del doctor **JUAN LINO CASTILLO**, profesor en San Marcos, y de dar cuenta de lo resuelto por el Tribunal Fiscal en la resolución número 1068 del 10 de enero de 1965, en decisión, que en su momento causó revuelo, el doctor Medrano expuso lo dispuesto por el Decreto Supremo número 287-68-HC y, pronunciándose al respecto nos dijo: “Obsérvese que el texto recogió íntegramente la teoría de la fuente y, además, amplió la incidencia del tributo a otras ganancias y beneficios, pero no a todos sino únicamente a los expresamente incluidos en la Ley. Es decir, el tributo resultaba aplicable sobre cualquier utilidad que tuviera carácter periódico derivado de fuente durable y, además, sobre algunos otros beneficios específicamente indicados. Se trataba claramente de una ampliación de la teoría de la fuente, sin llegar a los extremos de la teoría del incremento patrimonial.. Entre las ganancias expresamente consideradas se encuentran (artículo 3) “Los resultados provenientes de la enajenación de : “Bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de empresas o sociedades... ”... Con esa norma se extendió de manera significativa los alcances del Impuesto a la Renta y se dejó en claro que este ya no quedaba limitado a la ganancia obtenida por la enajenación del activo circulante sino de cualquier tipo de activo, lo que naturalmente comprendía los bienes del activo fijo... A partir del ejercicio 1982 empezó a regir el Decreto Legislativo N° 200 que recogía de manera más completa la teoría de la fuente pero afectaba también otras ganancias específicas no comprendidas en dicha teoría”.<sup>(3)</sup>

.....

(1). Incorporación de Dr. Humberto Medrano Cornejo en el “Anuario de la Academia Peruana de Derecho”, vol. 10, pag. 117, Lima 2000.

(2) Ibídem, pag. 117.

(3) Ibídem, pag. 117.



“Nótese que en este texto el legislador ha perfeccionado su adhesión a dicha teoría, pues no se limita solo a citar las fuentes sino cuida de agregar que ellas deben ser durables y generar ingresos periódicos. No obstante, como un antecedente, no se reduce a ese ámbito sino que considera como gravables otras ganancias específicas, lo que incluía “los resultados de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas o empresas..”.(<sup>5</sup>)

Pasa, luego, a exponer el doctor Medrano la “teoría del balance o del incremento patrimonial” sosteniendo que “según esta teoría toda ganancia se encuentra gravada, aún cuando no se derive de una fuente durable ni sea susceptible de producir ingresos periódicos. De acuerdo con ello, lo único que importa es la diferencia entre el patrimonio que se tenía al inicio del ejercicio y el que se cuenta al cierre de este, con independencia del origen, de derivarse o no de la venta de activo fijo o circulante... Esta teoría nunca ha sido recogida en forma químicamente pura en nuestra legislación positiva, pues ella no ha comprendido como renta todas las utilidades, beneficios e incrementos patrimoniales percibidos o devengados a favor de una empresa. En cambio, puede afirmarse que desde 1968 la ley peruana asume íntegramente la teoría de la fuente y, parcialmente, una variante de la teoría del balance: la del “Flujo de Riqueza”... Esta última esbozada por Roque García Mullin señala que se considera renta la totalidad de enriquecimientos provenientes de terceros “o sea al total del flujo de riqueza que desde los terceros fluye hacia el contribuyente en un período dado”. De modo que lo esencial es que la ganancia o beneficio derive de operaciones con terceros, sin importar si provienen o no de una fuente durable. Ello incluye los ingresos “por actividades accidentales” y los ingresos eventuales cuya producción depende de un factor aleatorio ajeno a la voluntad de quien los percibe, tales como los premios de lotería y los juegos de azar. Asimismo, se gravan los ingresos a título gratuito por acto entre vivos (regalos, donaciones) o por causa de muerte (legados y herencias)... Como quiera que lo esencial es que exista una “operación con terceros”, se excluye del concepto de renta el aumento de valor que experimentan los bienes que no se han enajenado, así como los beneficios que el sujeto puede proporcionarse sin realizar intercambios, tales como el uso de bienes durables o la provisión de bienes y servicios de propia producción. Esta apreciación teórica tendría gran importancia en la legislación y la jurisprudencia futura, como se demostró con la promulgación de la Ley N° 25381 que empezó a regir en el ejercicio 1992”. (<sup>6</sup>)

Apasionante tema el de esta disertación, que lo hace aun más ameno el brillante estilo con el cual el doctor Medrano expuso su notable reflexión académica en la que, desarrollando las premisas precedentes, trató sobre : “IV.- Nueva ampliación del ámbito de aplicación del impuesto a la renta”; “V.- La condonación del impuesto a la renta a las empresas azucareras”; “VI.- Los intereses pagados por el Estado”; “VII.- La reforma más reciente”; “VIII.- La restitución de Derechos arancelarios (Drawback)”; “IX.- Indemnización por siniestro de bienes asegurados”; “X.- Indemnización por daño emergente”; “XI.- Proyección del concepto de renta a probables situaciones del futuro”; “XII.- Mercado de créditos de carbono. El mecanismo de desarrollo limpio (MDL)”; “XIII.- El Tratado de Libre comercio con los Estados Unidos - Supuesto de no aprobación”; “XVI.-Supuesto de aprobación del TLC con los Estados Unidos”; “XV.- Dividendos”; “XVI.- Ingresos brutos, e impuesto lineal o impuesto plano (“FLAT TAX”) ¿El concepto futuro de renta?”.

(<sup>5</sup>)- Ibid, pag. <sup>o</sup> 57.

(<sup>6</sup>)- Ibid, pag. <sup>o</sup> 60.



Después de exponer la problemática de todos estos teoremas tributarios y sus corolarios respectivos el doctor Medrano concluyó su interesantísima disertación sosteniendo que “es indudable que resulta sumamente atractivo encontrar un procedimiento *sencillo y de fácil fiscalización*, pero eso no puede hacer olvidarnos que estamos obligados a respetar los principios constitucionales esenciales, de modo que solo si los juristas están en aptitud de *efectuar los ajustes necesarios que impidan que el impuesto lineal resulte violatorio de los principios de igualdad y de no confiscatoriedad*, podríamos estar en las puertas de una gran revolución sobre el concepto de renta y la forma de calcular y pagar el tributo”.<sup>(7)</sup>

---

7) *Ibid.*, pag. 11

## LUÍS APARICIO VALDEZ

Fue incorporado el 28 de Agosto del 2007 como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho disertando, para tal efecto con un formidable estudio intitulado “*Vicisitudes del Derecho del Trabajo en el Perú*”, en cuyas conclusiones estableció que: “*Consideramos que en cuanto a la legislación laboral, temas tales como los contratos a plazo fijo, la intermediación, tercerización, despido arbitrario, entre otros, tendrán que ser revisados para evitar los excesos en uno u otro sentido. La contratación a plazo fijo ha venido en muchos casos siendo utilizada en forma indiscriminada y sin tomar en cuenta las causas objetivas que la originaron. Respecto a la tercerización, si bien es cierto en el Consejo Nacional de Trabajo se está debatiendo un proyecto de ley, consideramos que este tema motivará aún discusiones, ya que habrá que superar fantasmas como la informalidad, el abuso y la simulación en su ejercicio, que tratan de desconocer principios fundamentales como el de Primacía de la Realidad. Finalmente y respecto al tema del despido arbitrario, si bien es cierto su utilización, en la práctica, ha sido atemperada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia, se requiere una mayor precisión normativa al respecto. 3. Creemos, asimismo, que en nuestro país debe efectuarse una reflexión clara y transparente en materia de Sindicación y Negociación Colectiva. Requerimos un ordenamiento legislativo que incorpore la productividad, capacitación y desarrollo de la formación profesional como ejes de este sistema; que discorra en base a Principios como Transparencia, Primacía de la Realidad y Veracidad; y que se encuentre adecuado a las recomendaciones de OIT. 4. Consideramos que resulta sustancial mantener y desarrollar el Diálogo Social que ha tenido un avance importante, como ya lo hemos mencionado, a través del Consejo Nacional de Trabajo de conformación tripartita. 5. Seguimos en nuestro país en la búsqueda de un Derecho justo, equitativo, que nos proporcione trabajo decente con responsabilidad social, que permita el desarrollo personal con una visión de la realidad económica, que favorezca el desarrollo del empleo y de la productividad, y que evite las marchas y contramarchas que tantas veces se han producido en el pasado. 6. Tenemos que mantener los principios esenciales del Derecho del Trabajo, pero también adoptar un enfoque más a tono con los tiempos y edificar un sistema de relaciones laborales distinto. Ese es el reto. Para ello tenemos la experiencia de nuestros desaciertos, los cuales debemos convertir en lección para emprender los nuevos rumbos”.*

Este epílogo constituye lo que yo llamo “la casación vital”, en virtud de la cual todos debemos corregir nuestros errores vitales -que todos los tenemos-, excepto Cristo que fué el único ser perfecto en este mundo. Aparte de los notables méritos que ostenta el doctor Aparicio Valdez tiene, para mí, un doble mérito, el de ser hermano de German quien fue mi profesor de Práctica de Derecho Procesal Civil en la Universidad de San Marcos y, muchos años más tarde, mi colega en la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, allá por 1981 y el de ser hijo de un gran maestro, un gran abogado y un gran Juez: don German Aparicio y Gómez Sánchez, sobre quien todavía hay mucho más que decir, aparte de los luminosos perfiles relieveados por Mario Alzamora Valdez en una brillante conferencia intitulada: “*La Abogacía. Tres conferencias sobre el hombre de Derecho*”, Lima 1963.

En su estudio sobre el Doctor Germán Aparicio y Gómez Sánchez inspirado en el estilo y en el decir de Piero Calamandrei, «*Elogio de los jueces escrito por un abogado*», Alzamora Valdez nos decía, con hondura y emoción profundamente sentidas, inspiradas en la vida de los jueces, la que fué dibujada con trazos inimitables por el inmortal maestro de Florencia: “*Por eso, lo más dramático de la existencia del juez es la soledad y, como si este heroísmo no bastara, debe realizar otros: depurar su espíritu de todo rencor frente a los que revelaron falta de fé en la*

*justicia, frente a los que no supieron comprender su misión, frente a aquellos que lo ofendieron desde las deleznable alturas del poder abusivo o de la opulencia inmoral».(1)*

Por todas las virtudes que encarnan la vida y el pensamiento de Luís Aparicio Valdez, Profesor en la Universidad Católica, luego en la Universidad del Pacífico y en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Lima, permítaseme parafrasear lo que de él dijera, al concluir su discurso de recepción en la Academia Peruana de Derecho, otro gran laboralista, el Dr. Mario Pasco - quién se precia de haber sido su discípulo en la práctica profesional del Derecho del Trabajo - : *“Esta también es la mejor oportunidad que podía tener en la vida para agradecerle, en forma pública y ante un auditorio tan calificado, por todo lo que he recibido de él como maestro, como amigo, como colega y como compañero; y para agradecerle así mismo, y aquí creo recoger y expresar el sentir de todos los presentes, por lo mucho y por lo tanto que él ha hecho por el Derecho Laboral Peruano y por el Perú. Dr. Aparicio: sea Usted bienvenido a la Academia Peruana de Derecho”*.

El jueves 25 de Junio del 2009, falleció el doctor Luís Aparicio Valdez, en medio de la congoja unánime de todos los que tanto lo apreciábamos.

**JAVIER DE BELAÚNDE LOPEZ DE ROMAÑA** tiene el mérito y la infinita responsabilidad de suceder en el cargo como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho a un brillante jurista y a un “hombre simbólico”: el doctor Valentín Paniagua Corazao. Por eso pudo decir, con inequívoca propiedad, el 30 de Enero del 2008, fecha de su incorporación a la Academia como Miembro de Número que: *“el honor que hoy recibo se acrecienta, por la persona a quien debo suceder en esta Academia. El doctor Valentín Paniagua Corazao no sólo fue un brillante jurista y político, sino un peruano excepcional que en horas difíciles supo asumir la responsabilidad de dirigir la reconstrucción moral y jurídica del país”*.

Y añadía: *“Fue la profundidad de su razonamiento y conocimientos, su elocuencia y la actitud de diálogo, que lo consagró como un profesor respetado y querido”*.

En mi opinión, estas virtudes de Paniagua las ha heredado, tanto de su padre que es un distinguido abogado arequipeño, el doctor Javier de Belaúnde, cuanto del gran maestro de civismo, al que aludimos. Notable profesor de Derecho Civil en el curso de Personas, en la Universidad Católica es, fundamentalmente, un brillante especialista en la problemática del Derecho Judicial y en la hermenéutica jurídica.

En esencia, la disertación del doctor De Belaúnde fué una reflexión sobre la política judicial en la que una de sus fuentes de inspiración ha sido el análisis de **H.L.A. Hart** y su clásico argumento sobre la *“textura abierta”* o indeterminación del lenguaje común *“que permite varios espacios para la discrecionalidad judicial. Estos aportes fueron recogidos para rejuvenecer la teoría de la interpretación”*. *“En este sentido, una de las principales conclusiones derivadas de estos estudios de derecho es la diferencia que existe entre el enunciado jurídico entendido como una proposición lingüística incorporada en el texto legal y la norma o normas, entendidas como el contenido de estos enunciados. La segunda conclusión es que, además de la vaguedad del lenguaje, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico no es coherente y por eso es posible que se presenten conflictos entre normas, que el ordenamiento no es completo y por*

(1)- **MARIO ALZAMORA VALDEZ**: “La Abogacía”: Tres conferencias sobre el hombre de Derecho, editado por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., pp. 1<sup>ra</sup> y 1<sup>2a</sup>, Lima, 1983.



eso es posible que se presenten casos para los cuales no se ha previsto ninguna regulación y la posibilidad de que incluso un texto legal contravenga valores esenciales de la sociedad”.

“En consecuencia, por la vaguedad del lenguaje y por los problemas del ordenamiento jurídico, resulta que no siempre es posible “derivar” sólo una y nada más que una norma de un enunciado, sino que precisamente esa vaguedad del lenguaje jurídico, y en consecuencia del enunciado, permite que exista más de una norma posible y, por ello, el intérprete tiene que elegir entre todos estos, ya no guiado por criterios normativos que no existen, sino por valores jurídicos o incluso valores que expresan el conocimiento de una sociedad”.

“Por lo tanto, si el juez puede elegir la norma que corresponde atribuir a un determinado texto legal en cada caso concreto, entonces, tiene una cuota de discrecionalidad y es allí precisamente donde reside la importancia de su poder, y esta es la razón por la que pasa de ser un mero ejecutor de la ley a un intérprete de la misma. En efecto, el juez ya no ejecuta lo dispuesto por la ley, sino que es quien encuentra el significado de esta ley”.

“Entre nosotros no es un secreto que estas doctrinas han llegado tardías y que recién en las últimas décadas se empiezan a divulgar y asentar aisladamente. En este contexto cabe destacar en todo su significado precursor en nuestro medio, los diversos trabajos de Fernando de Trazegnies, principalmente el artículo publicado en 1974 “El rol político del juzgador”.

“Pero tampoco es un secreto que la **formación universitaria en nuestras facultades de derecho mantiene un persistente formalismo y dogmatismo**”.

“Por eso, no es raro que los jueces, empujados por ese pasado de excesivo formalismo jurídico, se demoren todavía en asimilar su poder de intérpretes; y se mantengan por inercia bajo el modelo anterior”.

“Son bastante reveladores los ejemplos que cita PASARA sobre el pensamiento formalista de los jueces en los años setenta. En un trabajo de años atrás, **PASARA nos muestra como los jueces declaraban públicamente su manifiesto apego al método silogístico, a la interpretación exegética, en suma, su respeto al texto de la ley como único elemento que tenía en sí misma la respuesta al problema concreto**”.

“PASARA ha trabajado mucho lo que el mismo denominaba “**ideología judicial**” y que actualmente denomina “**cultura judicial**”, pero es preciso señalar que el autor entiende a la “**cultura judicial**” como un fenómeno que trasciende a los jueces y que también incluye a los abogados y a la ciudadanía. En esta misma línea se encuentra **ROBERTO MAC LEAN** cuando expone lo que considera las **resistencias culturales para el cambio a la reforma**”.

Yo abriría debate sobre lo acertado o desacertado de la expresión “**ideología judicial**” en razón de las múltiples interpretaciones, a menudo políticas, que se le han dado a esta expresión. Preferiría quedarme con la expresión “**fenomenología**” de la interpretación judicial o, sencillamente, “**hermenéutica**” **judicial**, para dar cuenta, con ello, de una pluralidad de dimensiones de las que consta el sentido del Derecho y su interpretación judicial. Empero el gran acierto y el **gran mérito del profesor de Belaúnde es el de habernos dado cuenta cabalmente del gran tema de nuestro tiempo que es el de la crisis judicial, del cual muchos hablan y pocos, muy pocos, poquísimos, hablan bien**. Javier de Belaúnde es uno de estos contados especialistas en el tema, como que nos conocimos tratando justamente de este tema en los años

setentas, allá en Chiclayo, y luego, en los Seminario-Taller para Magistrados organizados por el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo en coordinación con la Corte Suprema.

Por ello concuerdo plenamente con las reflexiones desenvueltas por el doctor De Belaúnde en su magistral conferencia cuando dice que **“no solo el apego a la ley es una de las principales características de la llamada cultura judicial, sino que además, y tal vez como consecuencia de ella misma, sobrevive la sumisión interna que se reproduce debido a las relaciones verticales originadas gracias al modelo jerarquizado de nuestros tribunales, sino que también tienen una cuota de poder no jurisdiccional que puede calificarse como administrativo, organizativo e incluso sancionador, por el que pueden afectar a los jueces de instancia. Muchas veces se evalúa al juez con un índice de acierto o desacierto, dependiendo del número de revocatorias de sus sentencias; ello no revelaría una diferencia de criterio sino un error del inferior”**.

*“En resumen, dos de las características más importantes de la llamada “cultura judicial” es el apego al texto de la norma que profesan los jueces, y el apego a sus jerarquizadas relaciones internas; por lo tanto, son dos obstáculos difíciles que los jueces innovadores deben franquear para cualquier nueva concepción de la figura del juez que lo convierte en intérprete responsable de sus decisiones”*.

*“Se explica la política judicial como el programa que tiene el Estado para intervenir en la organización y funcionamiento de todas las instituciones que conforman el sistema de justicia e incluso de aquellas que resultan vinculadas a éstas (como es el caso de las Facultades de Derecho, por ejemplo) y en las personas que las integran. Hecho que contribuirá a aumentar la credibilidad en el Estado Democrático y que también contribuirá a fortalecer la democracia”*.

*“En nuestra opinión mayores y mejores niveles de justicia tienen una influencia directa en la mejora de los niveles de democracia practicada por los poderes del Estado y por sus integrantes”*.

*“Para nosotros, existe una diferencia entre la política judicial y la reforma del sistema de justicia, pero sólo es una diferencia de grado. En efecto, una política judicial es permanente y es parte de las políticas de Estado esenciales para cualquier democracia; mientras que una reforma es un momento crítico que vive el sistema de justicia debido precisamente a la falta de una política judicial o al mal funcionamiento de la que ya existe”*.

**“La crisis judicial que afrontamos es consecuencia, entre otros factores, precisamente de que no hemos tenido una política judicial, lo que nos exige por ello, pensar con la calma necesaria para no dejarnos llevar por las propuestas de reformas inmedatistas, y por el contrario asumir el reto de elaborar una política judicial”**.

*“Ni en el gobierno militar de los setentas ni en el gobierno autoritario de los noventas, nuestro país experimentó un verdadero proceso de reforma, pues ambos eran contextos autoritarios donde las reformas produjeron algunos cambios aislados, pero al no estar dirigidas a dotar de auténtico poder judicial, fracasaron”*.

“Múltiples anuncios de procesos de reforma, repletos en los años de todo un poco, menos de una política judicial, ha generado lo que algunos han calificado como la cuenta regresiva de la reforma o la crisis de la reforma. Después de la desastrosa experiencia de los noventa en que se le utilizó cual **“caballo de Troya” para instrumentalizar el Poder Judicial** y de las frustraciones de los primeros años de la presente década, en nuestra realidad, no sólo la justicia aparece en crisis, sino también la reforma misma”.

“Consideramos imprescindible revalorar el último intento que se ha dado en sede nacional por iniciar un proceso de reforma y que nos ha provisto de un diagnóstico y de un plan, e incluso, nos ha propuesto el que debería ser el órgano encargado de conducir el proceso de reforma; nos referimos a las conclusiones del Acuerdo Nacional por la Justicia y a las propuestas de la **CERIAJUS**”.

“El mayor problema puede radicar en el órgano encargado de conducir el proceso de reforma. Al respecto, sólo podemos adelantar que no coincidimos con los jueces que consideran que son los únicos que deberían liderar la reforma ni con las posiciones extremas que consideran que ellos no deberían intervenir en la dirección de este proceso; nos encontramos entre quienes proponen un órgano que tenga la representación de los diferentes sectores involucrados en el problema de la justicia, como única posibilidad de conducción de un proceso duradero”.

“La intervención directa y neutralización del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura y Tribunal Constitucional, habían consolidado la destrucción del marco institucional democrático y la afectación de la independencia judicial”.

“El presupuesto básico de su autonomía como la independencia interna y externa de los jueces, había sido cuidadosamente afectada mediante sistemas de provisionalidad y rotación entre otros”.(1)

### **En opinión de Javier de Belaúnde hay cuatro peligros que afronta un proceso de reforma:**

“El primer problema es el que nos advertía Pásara al recalcar que la “cultura judicial” del culto al texto de la ley, no solo tiene entre sus adeptos a los jueces, sino también a los reformadores, que consideran que la reforma solo necesita de modificaciones legislativas para concretarse”.

“El segundo gran peligro... es la falta de información.... o simplemente, ésta se considera reservada”.

“En tercer lugar, estan las medidas de reformas superficiales o inmediateistas, que también podemos calificar de efectistas”... “Cambiar un artículo, cambiar a una persona, incluso aumentar el presupuesto, sin mecanismos que garanticen eficiencia, pueden terminar siendo medidas efectistas que no aportan nada sustancial a la reforma”.

---

(1).- **JAVIER DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA:** “Discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho” en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho 1998, pag. 19, Lima.



*“En cuarto lugar resulta fundamental evitar que determinados problemas sean vistos como problemas de la judicatura y no como temas que incumben a todos”... “Por ejemplo en el tema de la formación profesional, se suele eludir la responsabilidad de las universidades. En el tema de la corrupción judicial, se suele obviar la responsabilidad de los abogados, sean individuos o estudios, así como de usuarios del sistema”... .*

*“Finalmente, el gran problema que afronta la reforma es cómo cambiar la actitud de los principales responsables de implementar los cambios, cómo conseguir que asuman la crisis judicial como una realidad; es decir, cómo lograr un cambio de la llamada voluntad política de los diferentes protagonistas, y formar una alianza para impulsar la reforma”.*

*“En nuestra opinión, la única garantía que tenemos de poder superar esta dificultad es manteniendo el tema de la reforma en la discusión y el debate público con la transparencia que el tema reclama...” (1)*

Especialistas como Javier de Belaúnde son los que se necesitan para abordar lúcidamente este que es el gran tema de nuestro tiempo.

## CARLOS RAMOS NUÑEZ

El 10 de Abril del 2008 se incorporó a la Academia Peruana de Derecho el profesor Carlos Ramos Nuñez disertando sobre el tema “Muerte y resurrección de las instituciones jurídicas. El jurista y el historiador del Derecho vis a vis”.

El Doctor Carlos Ramos Nuñez nació en Arequipa en 1960, es profesor de Historia del Derecho en la Universidad Católica y en la Universidad de Lima. Ha escrito libros decisivos sobre nuestra ciencia y ha asistido a numerosos congresos de esta especialidad. Entre sus libros fundamentales cito los siguientes: *“Toribio Pacheco jurista peruano del siglo XIX”*, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; *“El Código Napoleónico y su recepción en América Latina”*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997; *“Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. I. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre”*, Fondo Editorial, 2000; *“José León Barandiarán, el esteta de la filigrana institucional”*, publicado en *“Homenaje a José León Barandiarán”*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, vol. I, pag. 63 y ss., Lima, 2000; *“El concebido en el Derecho Peruano del siglo XIX”* en el libro de autores varios: *“Instituciones de Derecho Civil Peruano (visión histórica)”*, tomo I, pag. 443 a 464, Universidad Femenina del Sagrado Corazón y Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1996, etc.

La tesis central desarrollada por el doctor Ramos Nuñez en su discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho es la siguiente:

*“Desgraciadamente al historiador del derecho parece que se le ha reservado el papel de agasios de las grandes conmemoraciones. Eso es bueno, pues, a alguien debe reservarse la voz discordante en medio de la unanimidad. Y es que ocurre que quien observa el desarrollo de las tendencias jurídicas a lo largo del tiempo, artificialmente se torna en un viejo cazurro que asume con escepticismo y mirada crítica el entusiasmo del jurista del Derecho positivo por la novedad*

(1). Ibid, pag. 7 a 11.

del presente. La propuesta innovadora le corresponde al letrado, el ácido cínico le toca al historiador. En efecto, cuántas veces ha observado el estudioso de la historia jurídica que una constitución, un Código, una ley o una institución fueron elogiadas con el mismo entusiasmo de un niño ante un juguete recién comprado para después pasar, como ocurre con el juguete, al desencanto y al olvido. Al cabo de un tiempo, el niño recuerda al viejo juguete, lo busca y reinicia el contacto lúdico con aquél. El antojo del niño por la novedad no es sino la manifestación del hombre de leyes (llámese legislador, juez, abogado o jurisconsulto) por aferrarse al tiempo o, mejor dicho, a su propio tiempo”.

Y concluye: “Estos vuelcos no pueden entenderse sino a la luz de la historia del Derecho pues se presentan en un esquema de larga duración. Es muy difícil que el jurista, aún si llega a viejo, sea perfectamente consciente de estas transformaciones. Le ocurre como ya he recordado, lo mismo que al empleado bancario que a fuerza de examinar los billetes en circulación no recuerda a los personajes que figuran impresos, menos va a recordar a los personajes de billetes extintos, a pesar que profusamente hayan pasado por sus manos. El hombre de derecho vive su presente y quizás no haya manera de sacarlo de allí. La persona de leyes se ilusiona con frenesí ante las “novedades jurídicas”. Un nuevo Código, una nueva ley, quizás el jurista que vive condenado a vivir el día a día no logre advertir que entre los pliegues de la modernidad se hallan agazapadas las instituciones jurídicas del pasado”.

**LUÍS BEDOYA REYES.** El 17 de Abril del 2008 se incorporó a la Academia Peruana de Derecho uno de los más grandes estadistas que hayamos tenido –el Perú se perdió a quien hubiera sido un gran Presidente, un gran estadista, un gran maestro, un gran polemista -, en cuya presentación el doctor Felipe Osterling, Presidente de la Academia Peruana de Derecho dijo, citando al maestro Luís Jaime Cisneros: “Nunca una vacilación en la conducta, nunca una pérdida de fe, nunca un debilitamiento de las convicciones democráticas, nunca una declaración de la que hubiera que arrepentirse. Su actitud fue siempre la de un político a la manera griega: coherencia entre las actitudes y el decir, coherencia en la conducta cívica. No ha llegado al gobierno Lucho Bedoya, pero todos hemos tenido siempre la convicción de que si alguien debe dar un consejo oportuno, una sana advertencia, una opinión esclarecedora, la suya era ciertamente la más sensata, la más comprendida, la auténticamente democrática”.

Y, luego, citando a Lourdes Flores Nano dijo que: “El partido Popular Cristiano ha sido la expresión social cristiana más institucional del siglo XX. He sostenido, y así lo creo, que la institucionalización supone despersonalización. Es de justicia, sin embargo, ponerle nombre propio a la obra. Ese nombre es Luís Bedoya Reyes. Nuestro recuento de la presencia humanista cristiana en el siglo XX permite señalar tres grandes hitos: Víctor Andrés Belaúnde, José Luís Bustamante y Rivero y Luís Bedoya Reyes. A este último ha de reconocérsele lo que sus predecesores no se impusieron como reto: la acción de un partido político organizado. Este en cambio fue un desafío que Bedoya abordó y que la historia reconocerá”.

“No se requiere mayor perspicacia, -agregaba Osterling-, para comprobar que Luís Bedoya Reyes, cuyo nombre, lo reitero, ya ingresó por la puerta más importante en la historia del Perú, ha forjado su respetabilísimo nombre con todo el esfuerzo, tesón y valor que requiere una vida tan prolífica en hechos honrosos. A Luís Bedoya Reyes, quien solo tuvo una pulcra educación, fruto de una fecunda vida familiar, nadie nunca le regaló nada. Él se forjó solo y, además, ha forjado a miles de discípulos, dentro de los cuales, como antes lo expresé, yo me encuentro”.... “Es un grande honor para la Academia Peruana de Derecho incorporar como Académico de Número al doctor Luís Bedoya Reyes, al igual que ha sido un grande honor, para mí, otorgarle esta recepción”.



El proemio en la disertación de Luís Bedoya Reyes fue una evocación de los grandes maestros de San Marcos, cuyos espíritus y cuyas sombras tutelares siempre están presentes en nuestras mentes y en nuestros corazones. “Y fue en San Marcos que me enseñaron que desde épocas primitivas, ningún conocimiento despierta en el hombre más interés y curiosidad que el conocimiento de sí mismo; el de su origen y presencia en el planeta tierra; el del impulso a la coexistencia social; el de su presumible desaparición total por el hecho de la muerte o su trascendencia por el espíritu vinculado al acto de la creación, razón por la que el entierro comprendía armas y alimentos. Los pueblos, al igual que las personas, en todos los tiempos han venido buscando la ley que rige la Historia; y como no la han encontrado, imaginaron, con extraña coincidencia, que su origen estaba ligado a la voluntad de los Dioses...”.

“Notables pensadores han intentado encontrar, a lo largo de los tiempos, los factores determinantes de la conducta humana y la causalidad que impulsa los hechos de la Historia. Nace así la Filosofía de la Historia profundizada por el pensamiento de hombres excepcionales: San Agustín en “La Ciudad de Dios”, Bossuet en su “Discurso sobre la Historia Universal”, Augusto Comte en su “Curso de Filosofía Positiva”, Juan Bautista Vico en “Principios de una Ciencia Nueva”, relativa a la naturaleza común de las naciones, y su teoría del *corsi e ricorsi* de la historia. Todos ellos creen encontrar “el hilo conductor de la Historia” a partir de hipótesis providencialistas contrapuestas a las interpretaciones materialistas y deterministas que, en el otro extremo, representan Montesquieu en el “Espíritu de las Leyes”, Marx y Engels a la luz del materialismo histórico, Rodolfo von Ihering en su obra “El Fin del Derecho” y para quien “... el origen general de los sucesos humanos emana de un fin necesario... y el carácter del pueblo está inflexiblemente ligado con el medio,... los pueblos no nacen, se hacen”.

“Es Oswald Spengler, pensador alemán quien, en 1918, sorprende al mundo con la más atrevida de las hipótesis sobre interpretación del proceso histórico, expuesta en su celebrada obra “La Decadencia de Occidente” demostrando que no hay un solo proceso ni una sola cultura en la historia humana, pues las que se elevan, florecen con una independencia y originalidad tanto más marcada cuanto más grande es su aislamiento y su autonomía. Podrán sucederse, superponerse o entrecruzarse en nivel superior como es el caso de la civilización greco-romana posteriormente impregnada por el cristianismo y expresada hoy en la cultura occidental y cristiana; pero en la historia de toda cultura elevada, -dice Spengler- hay una etapa de forjación y crecimiento ascendente a la que él denomina “cultura” y una posterior etapa de estagnación senil, que es “la civilización”. La cultura occidental y cristiana -lo decía en 1918 después de la derrota alemana en la primera Guerra Mundial- entró ya en su fase de Civilización cuyos síntomas son el imperialismo y el socialismo. Para Spengler los pueblos, las instituciones y hasta las personas tienen un destino que él llama “sino”; el sino de toda Cultura es terminar en Civilización. Predecir la Historia fue el propósito de Spengler; en realidad lo influenció el desengaño y el pesimismo provocado por el fracaso alemán en la Guerra Mundial 1914-1918”.

“En profundidad y amplitud en el análisis histórico es asombroso el trabajo de Arnold J. Toynbee, inglés, muerto en 1975 a los 86 años de edad. Su obra más famosa, “Un Estudio de la Historia” demoró veinte años en producirla y, a lo largo de diez tomos, acumula planteamientos, datos, conexiones y escenarios demostrando que una civilización crece y prospera cuando su respuesta a un desafío no solo tiene éxito sino que estimula una nueva serie de desafíos. Profundamente cristiano dio gran importancia a los factores religiosos en la respuesta del hombre a sus desafíos, negó probadamente el determinismo de Spengler en la evolución de las civilizaciones y rechazó, como inexorable, la decadencia y muerte de la actual civilización occidental y cristiana”.



*“La historia parece indicar que son dos las instituciones que acompañan permanentemente al hombre en su andar a lo largo del tiempo: la religión y el derecho; su mundo interno, que nunca lo abandona; y la vida en común, mandato de su naturaleza social. Racionalidad y libertad son inherentes a la conducta humana y subyacen en toda expresión jurídica, que es la que ahora examinamos. Históricamente no surge primero la sociedad y luego el derecho”.*

Y después de plantearnos su pensamiento sobre el Derecho Romano, sobre los grandes jurisconsultos clásicos y sobre el Derecho justinianeo y su ulterior desenvolvimiento hasta el gran Código Civil Francés y su pensamiento sobre los grandes juristas alemanes, nos dijo el doctor Bedoya Reyes que: *“es evidente, hoy, que toda revolución social ha de ser al mismo tiempo una revolución jurídica si no se quiere que sea nada más que una vana perturbación política. Pero hay también revoluciones sociales inspiradas en principios filosóficos cuya evolución en los hechos deriva en consecuencias jurídicas no previstas ni deseadas. Tal es el caso, según opiniones diversas, de la Revolución Francesa. Juristas connotados -destacadamente George Ripert- coinciden en que no se puede entender la evolución de la legislación civil francesa a partir del Código Civil de 1804 si no se tiene en cuenta también, el proceso de su economía: el capitalismo industrial y financiero creó una legislación que le permitió afirmar su poder, cobijándose en la Revolución Francesa de 1789 que, sin quererlo, sentó las bases del orden capitalista al afirmar tres derechos: la libertad de comercio e industria; la propiedad individual a perpetuidad y con plenitud de uso y disposición; y el contrario libremente pactado con fuerza obligatoria y valor de ley entre las partes, principios después consagrados en el Código Napoleónico con lo que se completó el marco jurídico que hizo posible el régimen capitalista moderno llamado liberal porque había nacido bajo el signo de la libertad”.*

Trató asimismo el doctor Bedoya Reyes sobre la libertad contractual y del desarrollo industrial y comercial, así como de sus desbordes y excesos, que son negatorios de la misma libertad, que fueron denunciados, no sólo por Marx y Engels en el “Manifiesto Comunista” sino fundamentalmente, por la Doctrina Social de la Iglesia en la Encíclica “Rerum Novarum” de León XIII y en todas las grandes encíclicas que la continuaron.

Después de analizar las bases de la economía liberal, trató, a continuación, el doctor Bedoya Reyes sobre el “dirigismo económico” y, luego, del enfrentamiento ideológico, político y económico durante la época de la “Guerra Fría”. Para luego decirnos que *“La Unión Soviética no se desintegró sola: arrastró al sistema de economía cerrada y planificación compulsiva, evidenció las carencias y errores del socialismo utópico con el fracaso del socialismo real, de la teoría marxista dejó vigente solo al materialismo dialéctico como metodología en la interpretación de la historia; perdió posesión y control directo sobre la energía nuclear asentada en territorio ahora independizado; abandonó el apoyo económico que brindaba a los países que integraban su órbita ideológica y los dejó sin directivas de acción. Su caída fue vertical”.*

*“En cuanto a los países del Tercer Mundo, agrupados bajo la auto-denominación de “no alineados” en la expectativa de ser fiel de la balanza en la confrontación de las potencias de la bipolaridad, la “Guerra Fría” evidenció que su peso en las relaciones internacionales era irrelevante en lo militar y político como en lo económico”.*

Añadió, párrafos más adelante que: *“Francis Fukuyama economista político norteamericano proclama en 1989 en artículo titulado “El fin de la Historia” que “... lo que podríamos estar viendo no es solo el fin de la Guerra Fría o de un particular periodo de post-guerra, sino el fin de la*

*Historia como tal: esto es, el punto final de la evolución histórica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma final de gobierno humano”.*

*“Si bien la globalización se gestó durante el proceso de la Guerra Fría, nadie ha podido precisar el instante de su nacimiento ligándolo a un hecho concreto”.*

Para el doctor Luis Bedoya Reyes *“El fin de la Guerra Fría demostró ser no el fin de un conflicto sino el fin de una época para el mundo entero. Durante esa etapa histórica el impulso a la carrera armamentista con nuevas armas convencionales y nucleares exigió una inversión financiera incalculable felizmente aplicada también a la investigación científica y al avance tecnológico abriendo al hombre un profundo conocimiento de todo lo que nos rodea y un dominio no sospechado del espacio sideral. El mundo globalizado ha recibido así un activo impresionante, pero también un pasivo incalculable con problemas globales generados durante las últimas décadas y que continúa afectando a la humanidad”.*

Inspirándose en nuestra doctrina social añadió que *“La Iglesia en cumplimiento de su Magisterio Social y analizando reflexivamente estos temas nos dice: “... al comienzo del nuevo milenio la pobreza de miles de millones de hombres y mujeres es la cuestión que, más que cualquier otra, interpela nuestra conciencia humana y cristiana”; nos previene que “... el ambiente “como recurso” pone en peligro al ambiente “como casa” pues en los hechos el ambiente no es uno de esos bienes que los mecanismos del mercado tengan que defender; y nos recuerda que: “... el principio del destino universal de los bienes” no admite que movido solo por sus intereses el hombre de hoy agote en su beneficio los bienes que otros conservaron para él y que está obligado a preservar o reponer para los que vienen”.*

*“También aconseja que en la agenda inmediata, la Globalización tendrá que marcar el paso, constituyendo los organismos aplicados a la estructuración del nuevo orden precisando las reglas fundamentales que organicen la Comunidad Internacional que deberá sustentarse en los mismos valores que garantizan la convivencia humana: la verdad, la justicia, la solidaridad y la libertad; constituyendo una comunidad jurídica que respete la soberanía de cada uno de sus estados miembros y funcione regulada por normas de derecho como instrumento de garantía del orden internacional, fortalecido con la confianza recíproca”.*

Y ahora nos habla el gran civilista que es el doctor Bedoya Reyes: *“El Derecho Civil que es el otro compañero de ruta que por más de veinte siglos acompaña los tiempos del mundo occidental y cristiano, ha sido capaz de parcelarse en multitud de especialidades atendiendo siempre a la regulación de la vida humana pero conservando su esencial unidad doctrinaria; y mira con satisfacción el crecimiento e importancia de otras áreas del mundo jurídico. Como dice Raimundo Salelles refiriéndose a la versatilidad del derecho en su obra “La Persona Jurídica” “... estamos en plena corriente de vida, y el derecho acepta las creaciones sucesivas” haciéndose eco de una sabia y vieja sentencia: en la vida nada es permanente; todo cambia menos la voluntad de cambio”.*

*“Termino: Gracias Señor Presidente y Señores Académicos por haberme incorporado como Miembro de Número en la Academia Peruana de Derecho. Es para mi un honor acompañarlos”.*



**HÉCTOR BALLON LOZADA**, el jueves 23 de abril del 2009, a las 7: 00 pm, en la Sala Baquijano y Carrillo, de la Sede Institucional del Colegio de Abogados de Lima, se incorporó como Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho el doctor Héctor Ballón Lozada, disertando, para tal efecto, sobre el tema **“Historia de los Registros Públicos de Arequipa”**.

El discurso de presentación estuvo a cargo del Académico de Número, doctor Carlos Ramos Nuñez, quien presentando al nuevo académico nos dijo que había nacido en Arequipa en setiembre de 1936, dándonos cuenta de las numerosas obras escritas por el doctor Héctor Ballón Lozada, obras de inspiración sociológica y vernácula inspiradas en las mejores tradiciones de la cultura arequipeña y entre todas las cuales yo me permito destacar su **“Historia del Derecho en Arequipa”**.

En su disertación el doctor Ballón Lozada nos trazó la historia de los registros en Arequipa, de sus locales, así como de la historia de los registradores, de los libros, de las transferencias, de los actos registrales y, fundamentalmente, de la naturaleza e índole del Derecho Registral y de los diversos sistemas registrales.

El pensamiento registral peruano incorpora así con este discurso fundamental del Académico de Número, Dr. Ballón Lozada, un nuevo planteamiento a las ya clásicas obras de Ruben Guevara Manrique, de Bernardo Pardo Marquez, de Edmundo Ubillus Panduro, etc.

**MARIO CASTILLO FREYRE.**- El martes 15 de Diciembre del 2009, fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho el doctor Mario Castillo Freyre, quien sustentó la conferencia intitulada **“El Arbitraje”**, siendo presentado por el Académico de Número y ex-Presidente de la Academia Peruana de Derecho doctor Felipe Osterling Parodi. Mario Castillo Freyre nació en Lima, en 1964, Doctor en Derecho, Profesor Principal en la Universidad Católica, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima, notable Tratadista, autor de obras fundamentales como: **“Los Contratos sobre bienes ajenos”**, (1990); **“El Bien Materia del Contrato de Compraventa”**, (1992); **“El Precio en el Contrato de Compra-Venta y el Contrato de Permuta”**, Lima 1993; **“Tentaciones Académicas”**, Lima 1998; **“Tentaciones Académicas. Código Civil de 1984”**, Lima 1998; **“Las Doctrinas Tradicionales Frente a la Contratación Computarizada”**, (tomos I al IV 1996); **“Todos los Poderes del Presidente”**, (1997); a la vez es coautor del **“Estudio Sobre las Obligaciones Dinerarias en el Perú”**, (México, 1995); **“La Mora”**, escrita conjuntamente con Felipe Osterling Parodi, Editorial San Marcos, Lima, 2004; **“Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia”**, Palestra Editores, Lima, 2006; escrita conjuntamente con Ricardo Vásquez Kunze, **“El arbitraje privado internacional: una aproximación positivista”**, escrita conjuntamente con Ricardo Vásquez Kunze en el Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Vol. III, pag. 2017 a 2031, Palestra Editores, Lima, 2008; **“Tratado de las Obligaciones”**, escrito conjuntamente con Felipe Osterling Parodi, obra en 16 tomos, cuya génesis de su diseño nos la ha narrado en su estudio **“El Contrato de Obra”**, publicado en el Libro-Homenaje a Felipe Osterling Parodi, vol. II, pag. 927, Palestra Editores, Lima 2008; **“Compendio de Derecho de las Obligaciones”**, escrito conjuntamente con el doctor Felipe Osterling Parodi, Palestra Editores, Lima 2008; **“La teoría de los actos propios”**, escrito en colaboración con Rita Sabroso Minaya, Palestra editores, Lima, Marzo del 2006; **“Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto oficial de Reforma del Código Civil de 1984”**, editorial Palestra, Lima, 2005, cuya conclusión la resume a modo de moraleja en la contratapa de este libro y dice así: **“En realidad muchas veces me he preguntado a mí mismo, el porqué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es que cuando desde 1994 me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente, a la idea de una reforma inte-**



*gral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho Peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho pensáramos igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial".* Muchos esperábamos, y el suscrito lo había planteado por escrito en la edición anterior de este libro, que el Dr. Mario Castillo Freyre ya debería haber sido Miembro de Número Titular de la Academia Peruana de Derecho, por sus valiosos méritos que lo califican indiscutiblemente como uno de los más brillantes investigadores y profesores de Derecho Civil en el Perú. Decidida ya esta situación por unanimidad, formulo mis más sinceros votos porque continúen los triunfos y los éxitos académicos del doctor Mario Castillo Freyre, Miembro de Número Titular de la Academia Peruana de Derecho.

**EDUARDO FERRERO COSTA.-** El jueves 6 de Mayo del 2010, fue incorporado como Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, el doctor Eduardo Ferrero Costa, quién fue presentado en este acto por el doctor Javier Pérez de Cuellar, miembro honorario de la Academia. En su discurso de incorporación el flamante Miembro de Número de nuestra Academia disertó sobre "La Convención del Mar", tratando sobre la tesis de las 200 millas y su relación con la Declaración de Santiago y con el artículo 54 de la Constitución Política del Perú. La Convención del Mar, aprobada en Nueva York, el 30 de abril de 1982, consagra en su artículo 3º la anchura del mar territorial hasta un límite que no exceda de las 12 millas marinas, en franca contradicción con lo establecido en el Derecho Constitucional Peruano, según el cual "*El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.... El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado*". (Artículo 54 de la Constitución).

La tesis constitucional peruana es trascendental y refleja nuestra propia doctrina pluridimensional del Derecho, según la cual, nuestro argumento de las doscientas millas no se limita a una mera declaración normativa sino que, se inspira en los hechos, en la historia, en los valores jurídicos, en un acto político de expresión de soberanía plena del más alto nivel constitucional como fue la Asamblea Constituyente de 1979, ratificados por varios Congresos Nacionales de Abogados del Perú, mesas redondas y muchos libros de doctrina, como "El Perú y el Mar" del maestro Alberto Ruiz Eldredge, la luminosa carta del maestro José León Barandiarán del 13 de noviembre de 1972 que figura como Apéndice III en el libro citado del Dr. Ruiz Eldredge; Washington Duran Abarca "*La soberanía y las 200 millas*", Lima, 1983, etc. El discurso de incorporación del doctor Ferrero como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho trató a fondo sobre esta problemática que, en esencia, se contrae a una argumentación "de saneamiento" ante las falacias y sofismas que existen sobre esta cuestión y que tiene el peso de quien es actualmente abogado del Perú en el proceso sobre delimitación marítima seguido contra la República de Chile ante la Corte Internacional de Justicia y que ha participado como abogado y árbitro en diversos casos de Arbitraje Nacional e Internacional y de las negociaciones públicas internacionales más relevantes como las negociaciones bilaterales relativas al diferendo fronterizo y de navegación entre Perú y Ecuador (1998-1996) y la negociación para el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los Estados Unidos de América hasta su suscripción y el proceso de aprobación en el Congreso de los Estados Unidos. (2006-2004), tan es así que fue significativa su participación en las negociaciones para la Convención

de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 y a nivel regional en las negociaciones de diversos tratados sobre medio ambiente, pesca y otros aspectos marítimos de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (1982-1976).

Ha participado como abogado y árbitro en diversos casos de Arbitraje Nacional e Internacional. Fue representante legal del Perú en los casos seguidos ante el CIADI por las empresas Luchetti y por Duke Energy contra el Estado Peruano (2006-2004).

El Dr. Ferrero es autor y/o editor de 19 libros y más de 50 artículos académicos publicados en el Perú y el extranjero sobre temas relacionados al Derecho Internacional, Relaciones Internacionales, Derecho del Mar y Política Exterior Peruana.

El Dr. Ferrero es actualmente Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Es Profesor Principal de Derecho Internacional Público en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1972. También ha sido Profesor de Derecho Internacional en la Academia Diplomática del Perú, Universidad de Lima, Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), Escuela Superior de Guerra Aérea y Escuela Superior de la Marina de Guerra del Perú, entre otras instituciones. Ha sido Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de California, Berkeley en 1987 y ha participado como expositor en múltiples conferencias en América, Europa y Asia. Ha recibido condecoraciones del más alto nivel de los Gobiernos de Brasil, Bolivia, Colombia, Guatemala, México, Paraguay y Perú.



## NICANOR SILVA SALGADO

La Reforma Universitaria de 1930 determinó el receso de San Marcos y con ello sobrevino la diáspora de los profesores y de los estudiantes sanmarquinos. Algunos de ellos emigraron a la Universidad de San Agustín en Arequipa y, otros, a la Universidad Católica de Lima. Entre éstos debo citar a Javier Vargas y a Mario Alzamora Valdéz. Entre aquellos a Nicanor Silva Salgado quien nació en Chiclayo el 6 de noviembre de 1907 y murió en Lima el 14 de abril de 1989. Fue un gran abogado, un gran profesor y un gran jurista cuyo pensamiento lo sintetizaba el mismo diciendo que era un hombre de principios.

A los 100 años de su nacimiento, su sangre, sus discípulos, sus amigos, sus paisanos, el Club Lambayeque y todos los que tuvimos la dicha de tratarlo, de escucharlo y de verlo, hoy día lo evocamos como quien añora una felicidad perdida; pero su recuerdo nos inspira para proyectarnos al futuro, conscientes de que nuestra época de crisis solo podrá salvarse, aunque fuera mas que en parte, si imitáramos a los grandes hombres que hemos conocido como Nicanor Silva Salgado, gran profesor, gran abogado, gran magistrado del Tribunal Constitucional del cual fue su Presidente entre 1984 a 1986, padre bondadoso y comprensivo, amigo cordial y hombre sencillo, austero y frugal en sus costumbres, pero diáfano,



luminoso e inteligente al absolver una consulta, al redactar un informe o un contrato o al dictar una sentencia, brillante en sus defensas como en el caso Sánchez - Cóndor, magistral en sus Dictámenes Fiscales como en aquella Acusación Fiscal por el delito de Homicidio Calificado Contra Raymundo Yampufé y contra Felipe Villar Mocarro y Julio Serrate Mocarro como autores materiales, acusación fiscal, en la que planteó la siguiente cuestión jurídica que, en estos días, ha recobrado nuevamente gran actualidad: "Señor: Profundas convicciones de carácter filosófico, religioso, moral y jurídico, me impiden pedir la pena de muerte contra los acusados. Pido, pues, contra ellos, la pena inmediatamente inferior que es la pena de internamiento no menor a los 25 años, más sus accesorias de Ley". Hombre de principios, como el mismo solía auto-definirse, en este luminoso dictamen lo vemos retratado.

Había nacido en Chiclayo el 6 de noviembre de 1907 y por ello celebramos este año el Centenario de su nacimiento. Por ello este "Libro Homenaje", que es un "Liber Amicorum", bien puede llamarse "Estudios y evocaciones en memoria de Nicanor Silva Salgado".

Fueron sus padres don Nicanor Silva Villarreal y doña Celinda Salgado Montalvo de Silva, descendiendo por línea paterna del gran matemático y sabio, don Federico Villarreal nacido en Túcume el 31 de agosto de 1850 y muerto en Barranco el 3 de enero de 1923, graduado con una tesis doctoral sobre "la clasificación de las curvas de tercer grado" y autor de cerca de 600 libros de Matemáticas, Física y Astronomía.



Realizó sus estudios en el Colegio Nacional de San José en donde fue discípulo de tres grandes maestros, que son todo un símbolo en la historia de la educación de Lambayeque:

El Dr. Carlos Weiss,  
Don Nicolás La Torre, y  
El Dr. Mariano Pagador.

Del Dr. **WEISS** podemos dar fe todos nosotros y toda la antigua juventud del departamento de Lambayeque, que evoca en él no sólo su gran sentido de la educación y del respeto sino, fundamentalmente, su sentido excepcional de la disciplina alemana, de la puntualidad y del orden en el que fuimos formados “*manu militare*” y que para las nuevas generaciones constituye un sistema perdido y que tanta falta hace en este país desordenado y lleno de tan pésimas costumbres.

Don **NICOLAS LA TORRE** fue un ilustre profesor de Geografía, nacido en 1860 y muerto en 1942, quien era reconocido por sus famosas preguntas en las que sacaba a sus alumnos a hacer viajes y recorridos imaginarios de una ciudad a otra o de un confín otro de la geografía cercana y lejana de los continentes.

EL Dr. **MARIANO PAGADOR**, nacido en 1855, muerto en 1939, fue un brillante profesor de Historia del cual heredó su vocación por la ciencia de Herodoto, de Tucídides y de Jenofonte, pero, también de la apasionante disciplina de los Cronistas como Cieza, Montesinos, el Jesuita anónimo, Garcilaso y Huamán Poma de Ayala a quienes el Dr. Silva Salgado tanto gustaba evocar en sus clases inmortales; pero, también solía recordar y con frecuencia a los grandes maestros de la Historia Peruana como Raúl Porras Barrenechea, Jorge Basadre Grohmann y Jorge Guillermo Leguía.

En 1926 viajó a Lima para estudiar en la Universidad de San Marcos con el ideal de encontrar en nuestra “*alma mater studiorum*” la emoción intelectual de encontrarse con los grandes maestros del espíritu y con los “*hombres simbólicos*” de los que hablaba Ralph Waldo Emerson en aquel su hermoso libro “*Los Hombres Simbólicos*”.

Pero, ¡oh decepción!, las cátedras habían devenido en feudos y los catedráticos se habían congelado en doctrinas anacrónicas y en pensamientos anatópicos. Era, pues, necesaria una reforma en la que se pusiera en acción el lema y el pensamiento de Manuel González Prada. Y vino la Reforma Universitaria en la que un puñado de jóvenes brillantes, entre los que estaban, Nicanor Silva Salgado, Tomás Escajadillo y Mario Samamé Boggie, supieron encarnar vibrantemente el “*Grito de Córdoba*” de Gabriel del Mazo y los planteamientos de Víctor Raúl Haya de la Torre. Y aún cuando en los desmanes murió uno de aquellos jóvenes brillantes, Guido Calle, el ideal por nuevos y brillantes profesores se consagró con la incorporación de los nuevos talentos que, a la sazón fueron, el maestro José Antonio Encinas, para el Rectorado de San Marcos y una pléyade de jóvenes maestros que, por entonces, fueron: Mariano Iberico Rodríguez, Jorge Basadre Grohmann, Raúl Porras Barrenechea, Luís Alberto Sánchez, Jorge Guillermo Leguía, Manuel G. Abastos y José León Barandiarán, todos ellos “*hombres simbólicos*” como lo diría Emerson; todos ellos una élite de maestros legendarios, de quienes damos fe los que hemos tenido el privilegio de escucharlos, cuyas brillantes lecciones aún resuenan en los muros de los viejos claustros en la inmortal Casona del recuerdo.

Recesada la Universidad de San Marcos por la Reforma de 1930 de la que fue uno de sus líderes, empezó a ejercer la docencia y, luego, con motivo de la diáspora estudiantil, viajó a Arequipa a continuar sus estudios en la Universidad de San Agustín en donde fue discípulo del Dr. José Luís Bustamante y Rivero y del Dr. Mostajo entre otros grandes maestros. Luego viajó al Cusco y finalmente, reabierto San Marcos, retornó a concluir sus estudios en la vieja Casona en donde se recibió de Abogado en 1936.

A su regreso a Chiclayo, donde lo esperaba su esposa y única compañera de toda su vida con la que se había casado en 1933, doña Eugenia Vallejo Carrillo, con quien tuvo dos hijos, José Antonio Nicanor y Rosa María, nacidos en 1936 y 1942 respectivamente. Ella fue su fuerza motriz, su única ilusión y quien le dió lealtad, fuerza y fe, como que era hija y hermana de brillantes militares: el Coronel José Antonio Vallejo Fonseca y el General José Antonio Vallejo Carrillo y sobrina del inmortal poeta autor de *“Los Heraldos Negros”* y de *“Trilce”* y descendiente de uno de los compañeros de Felipe Santiago Salaverry, el Contraalmirante Camilo Carrillo, fusilado con Salaverry en Arequipa, después de caer vencido en Socabaya.

Don Nicanor desarrolló después una brillante carrera profesional como asesor legal de las principales firmas comerciales e industriales del departamento. Por mucho tiempo, fue destacado Secretario de la Cámara de Comercio, Agricultura e Industrias del Departamento de Lambayeque.

Durante el Gobierno de José Luís Bustamante y Rivero fue nombrado Alcalde de Chiclayo, por Resolución Suprema del 2 de octubre de 1948, realizando importantes obras en beneficio de la colectividad. Lo acompañaron en esta feliz función edilicia, distinguidos miembros de la colectividad chiclayana durante su período del 9 de octubre de 1948 al 5 de julio de 1949, entre ellos su Teniente Alcalde el Dr. Juan Manuel Doig Lora y Regidores don Guillermo del Castillo Muro, don Carlos Williams, el doctor don Manuel Ruiz Rolando, don Bernardino Salcedo Pastor, don Roberto Baca Burga, don Augusto Mendoza Salazar; el doctor don Juan Aita Valle, don Pedro Arbulú y Arbulú; don Arturo Rocha Fernandini, don Jorge Rondón Salas, don Enrique Trint González, don Pedro Kuljevan Ypsic, don Alejandro Vera Castañeda, don Juan A. Becerra, don Pedro Arbulú Clark y don Luís Orozco Nué.

Es digno de destacar que en este plural cuerpo edilicio le acompañaron cuatro padres de familia de miembros de nuestra promoción, *“Perico”* Baca Pagador, el *“Bebe”* Becerra García, el *“Pichi”* Becerra Benites, el *“Cholo”* Orosco Quiñónez, y Arturo Rocha Felices.

En el libro de reinscripciones del Colegio de Abogados de Lambayeque de fecha 30 de octubre de 1943 se le asignó el N° 005 de matrícula, siendo en este momento secretario de la Junta Directiva del Colegio que presidió como Decano el Dr. don Carlos Doig Lora.

Se desempeñó en varias oportunidades como Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, como Juez Instructor Suplente de Chiclayo, como Fiscal Superior Suplente y como jefe interino del Registro de la Propiedad Inmueble de Chiclayo. Fue un miembro distinguido del Colegio de Abogados, con matrícula N° 005, y su Decano en varios períodos, 1953, 1954 y 1963.

Fue socio activo del Club de la Unión, de la Sociedad de Beneficencia Pública, del Circulo Departamental de Empleados, del Rotary Club y de las más prestigiosas instituciones del departamento.



Participó durante el gobierno de Fernando Belaunde Terry en la discusión de la Ley de la Reforma Agraria y a finales de la década de 1960, por razones profesionales trasladó su residencia a la capital de la República, y a raíz de la dación de la Ley de Reforma Agraria N° 17716 del 24 de junio de 1969, expedida por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, asumió la defensa de los agricultores lambayecanos y de una serie de empresas agroindustriales de todo el Perú afectadas por tan injusta ley que determinó el colapso de nuestra agricultura y la crisis de la economía nacional.

Fue destacado miembro del Club Lambayeque en Lima donde formó parte activa de varias juntas directivas y su Presidente en los años 1980-1982, donde realizó una brillante labor institucional. Fue asimismo socio activo de los más importantes clubs sociales de la capital.

En Lima, desarrolló activa participación en las filas del Partido Popular Cristiano, accediendo a la invitación de sus amigos y colegas los doctores Ernesto Alayza Grundy, Roberto Ramírez del Villar y Luís Bedoya Reyes con quienes se guardaban una entrañable amistad y una identificación doctrinaria inspirada en los principios fundamentales del Social-Cristianismo.

En 1978 participó en las elecciones de la Asamblea Constituyente, en representación del Departamento de Lambayeque, convocada por la Segunda Fase del Proceso Revolucionario. Retornada la democracia con el régimen de Fernando Belaunde Terry, se desempeñó como asesor del Ministerio de Justicia, durante el ejercicio de un brillante jurista: el Dr. Felipe Osterling Parodi, durante el cual se promulgó la Ley Orgánica del Ministerio Público cuyo texto y cuya Exposición de Motivos fue obra suya, para cuya investigación y estudio se levantaba con el alba todas las mañanas para sumergirse en los textos de la legislación comparada y en las reflexiones que le suscitaban los estudios de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, de Francesco Carnelutti, de Carlos Viada, Miguel Fenech y Aldo Moro quienes fueron sus inspiradores en la doctrina del Ministerio Público y los forjadores de su “ratio legis”; luego continuó asesorando al sucesor de Osterling en el despacho del Ministerio de Justicia que fue otro notable jurista y un gran profesor de “Sociedades” en la Universidad Católica: el Dr. Enrique Elías. La reforma de la Constitución, del Proceso Civil y del Código Civil constituyó en esta época para nosotros la obsesión y la discusión de todos los días. Con tal motivo viajó a la República Argentina y a España, en busca de experiencias jurídicas constitucionales, que logró recomendar para que sean incluidas en la elaboración de la Constitución de 1979.

Fue uno de los más destacados impulsores de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, siendo elegido como uno de sus miembros, designado por el Poder Judicial, en el primer tribunal que se instaló en Arequipa el 19 de noviembre de 1982, bajo el gobierno del Arquitecto Fernando Belaunde Terry, junto a distinguidos juristas como los doctores Alberto Eguren Bressani, Alfredo Corso Masias, Manuel Aguirre Roca y Javier Vargas Vargas.



El 30 de setiembre de 1983 dictó una conferencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos intitulada "La Función del Tribunal de Garantías Constitucionales". En dicha oportunidad dijo lo siguiente: "¿Cuál es la función del Tribunal? Esta pregunta encuentra su respuesta en el artículo 296 de la Constitución según el cual el Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución" o según algunos autores de la defensa de la Constitución o según otros autores de la jurisdicción constitucional. Pero todo esto está relacionado con el fin de defender la vigencia plena de la Constitución. ¿Como se origina este control de la Constitución?. Conviene recordar que en 1803 en la Corte Suprema de los Estados Unidos se conoció un caso que se ha hecho famoso: el caso de *Marbury vs. Madison*. Entonces uno de los jueces de la Corte Suprema Norteamericana, el Juez John Marshall, al fundamentar su voto expresó lo que puede ser el fundamento del control constitucional. Dijo John Marshall: "La Constitución es la ley suprema de un Estado. El acto legislativo que contraría o viola la Constitución no es una ley. Luego los jueces cuando se encuentran en el caso concreto, en el dilema de aplicar una norma constitucional y una norma legislativa que infrinja la Constitución, están en el deber de aplicar la norma constitucional y poner de lado la norma legal infractora. Si los jueces no actúan de esa manera, entonces ha perdido su sentido la Constitución como ley fundamental". En ese voto está enunciada lo que se llama la doctrina del control constitucional. Este sistema que se llama el sistema norteamericano o de jurisdicción dispersa o difusa, porque son los jueces los que en cada caso discierne justicia aplicando o prefiriendo la norma constitucional a la norma legal que se aparta de ella o que la infrinje. Ese decidir, ese sistema es el sistema norteamericano y ha dado lugar a que en los Estados Unidos se hable del gobierno de los jueces, que se diga que los nueve jueces de la Corte Suprema norteamericana tienen en jaque a la Cámara de representantes y a la Cámara de Senadores; y se ha hablado incluso, por ello, del gobierno de los jueces".



"El sistema norteamericano que se ha difundido en América es el sistema que se aplica en la mayor parte de los Estados americanos: México, Argentina, etc. En el Perú, la Constitución de 1856, la cual después de la Constitución de 1867 ha sido la más liberal que ha tenido el Perú; y la Constitución de 1856 dispuso en su artículo 10 que una ley es nula en cuanto se oponga a la Constitución. La Constitución de 1860 no repitió esa norma; la Constitución de 1920 tampoco lo hizo. A la caída de Leguía en 1930 se constituyó una Constitución que fue realizada por los más distinguidos juristas de la época bajo la Presidencia de un eminente profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de San Marcos: don Manuel Vicente Villarán. Esta es la llamada, simplemente, "Comisión Villarán", a quien se le encargó la elaboración de un ante-proyecto de Constitución que sirviera de base para los debates de la constituyente que se debería convocar y que se convocó para sustituir con una nueva carta a la de 1933. La Comisión Villarán a propósito de esa norma dijo que era nuestro único precedente constitucional en el Perú: "la proposición de que toda ley opuesta a la Constitución que se dicta ofrece el grave peligro por su forma abstracta

de incitar a una forma anárquica de control sobre el legislador que excluye el imperio de la ley. La solución que ha dado a este problema la práctica constitucional en los Estados Unidos consiste en reservar al Poder Judicial la potestad de no aplicar las leyes anticonstitucionales en los casos sometidos a su jurisdicción. En esa forma nuestro proyecto incorpora el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales.

Pero este proyecto de constitución, tan sabiamente, en mi opinión, elaborado por la Comisión Villarán no prosperó. Las circunstancias políticas, los avatares que padeció la República determinaron que se diera una Constitución distinta, que fue la Constitución de 1933. Ante este vacío de la Constitución del 33, los juristas que integraron la Comisión reformadora del Código Civil de 1852, se plantearon el problema de la inconstitucionalidad de una ley. Entonces el doctor don Alfredo Solf y Muro, lambayecano de nacimiento y Rector de la Universidad de San Marcos, propuso una fórmula que fue recogida en el artículo 22 del Título Preliminar del Código Civil de 1936, que decía: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

En esta brillante conferencia el doctor Silva Salgado expuso las vicisitudes del control difuso en la Jurisprudencia de la Corte Suprema y en el Derecho Comparado para, luego, exponer el llamado control concentrado de la legalidad a partir de los planteamientos de Hans Kelsen y de la Constitución Austriaca de 1920 la cual creó para tales efectos la alta Corte de Justicia (“*Verfassungsgerichtshof*”) y sus variables en Francia y, de otro lado, en Italia y en España, para, luego, entrar a analizar el problema de la legitimidad de los titulares de la acción: ¿Quiénes son los titulares?. El problema de la legitimidad activa ha tenido en nuestra historia una serie de variables producto de los avatares políticos. Hoy la Corte Suprema ya no tiene legitimidad activa por obra y gracia de los dictadores que siempre han visto en la Corte Suprema un peligro para sus devaneos y sus desbordamientos del poder. Hoy al evocar esta conferencia brillante del maestro planteo la reivindicación de esta facultad cercenada por los políticos y por los demagogos que siempre han querido tener subyugado al Poder Judicial por los llamados grupos de poder.

Por sus méritos y sus altas dotes de jurista el doctor Silva Salgado fue elegido Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, cargo que lo desempeñó de 1984 a 1986, planteando siempre en sus discursos, en sus sentencias y en sus luminosos votos singulares los más profundos temas del Derecho Constitucional.

Posteriormente se retiró a la vida privada, consagrándose por entero a la investigación jurídica. Fue expositor en numerosas conferencias jurídicas y publicó numerosos trabajos y obras de su especialidad, tales como: “Los recursos y los remedios procesales en nuestro proceso civil”, en el libro homenaje al Doctor Rómulo Lanatta Guilhelm, (1986); “La crisis de la administración de justicia y la casación” en el libro homenaje al Doctor Mario Alzamora Valdez (1988); “Un proyecto de ley reguladora de la Casación Civil” en el libro homenaje al Doctor Ulises Montoya Manfredi, (1989) editados por la editorial Cultural Cuzco S.A., de Lima.

Amó su profesión de abogado, en cuyo ejercicio se esforzó por servir a sus clientes con lealtad y con devoción a la verdad y a la justicia, que son los valores filosóficos y sociales que inspiran a todos los jueces y abogados. En la “Revista del Foro”, órgano del Colegio de Abogados de Lambayeque, publicó una serie de estudios en evocación de grandes juristas y abogados. Recordemos así “El Sistema de Derecho Procesal Civil de Francesco Carnelutti y nosotros los abogados”, escrito en 1953; “Evocación de un gran Juez: el doctor Mario N. Saldaña”,



escrito en la revista “El Foro” Órgano del Colegio de Abogados de Lambayeque, año IV, tomo IV, N° 16 - 17, Chiclayo 30 de junio de 1944; “Uso y abuso de las diligencias preparatorias”, escrito en la revista “El Foro”, Chiclayo, 30 de junio de 1953; “Homenaje a don Rómulo Paredes”, discurso pronunciado en el Club de la Unión con motivo del onomástico de un viejo abogado; “En torno a la Encíclica Rerum Novarum”, “Reflexiones sobre los personajes de Fuente Ovejuna”, “Las grandes partidas de ajedrez de José Raúl Capablanca”, “Evocación de doña Inés Huaylas Ñusta, la pistita”; etc.

Hablando de la Abogacía y evocando a Carnelutti dijo en un gran discurso:

*“Dice Carnelutti que el patrocinio, tan estrechamente ligado a la acción en el proceso, sirve un interés público; y afirma que, cuando reviste la forma de la defensa activa, el patrocinio adquiere los caracteres de la función pública. De donde podemos nosotros concluir que la profesión de abogado no constituye un oficio o un hacer cualquiera, movido solo por la remuneración o el atractivo de una personal ventaja, sino una función social que alcanza la jerarquía de una función pública, en cuanto el abogado defensor es inexcusable auxiliar de la justicia”.*

*“Ha escrito el ilustre abogado y eminente procesalista italiano Piero Calamandrei que “esta es la hora en que toda clase que no quiera ser barrida del porvenir inminente, debe realizar, sin hipocresías, su examen de conciencia y preguntarse sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que ésta”.*

*“A nosotros los abogados nos toca responder que por nuestro saber especializado y por nuestra conducta, que debe sujetarse a severas reglas éticas, seremos necesarios en cualquier sociedad futura, y responder también enarbolando la divisa de Appleton: “Por el cliente, por la ley, por la República, siempre”, teniendo muy en cuenta que “República” es, según su vieja acepción romana, “cosa de todos”, República, bien común de la Nación”.*

*“Empero, una desfigurada y grotesca imagen del abogado, por desgracia difundida en el vulgo de los ignorantes y los semicultos, lo presenta como el profesional de la viveza y de la cundería, capaz de defender las tesis más contradictorias con igual entusiasmo y con la misma elocuencia y cuyo aguzado ingenio persigue el éxito del interés actual de su cliente, sin importarle el resplandecimiento de la verdad ni el triunfo de la justicia”.*

*“Y abundan quienes llegan aún a proyectar esa visión denigrante del abogado sobre la ley misma, considerándola como un conjunto de disposiciones en que se puede apoyar las más opuestas pretensiones y los más divergentes dictámenes si se la sabe leer con astucia y aplicar con maña”.*

*“Hasta en la literatura se encuentra esta concepción vulgar del hombre de leyes y de la ley misma, como en esos versos de contrapunto entre el cantor moreno y Martín Fierro, teniendo como trasfondo el bordoneo de la guitarra, según el recitar del famoso poema argentino” :*

*Es la ley como la lluvia;  
nunca puede ser pareja.  
El que la aguanta se queja,  
pero el asunto es sencillo;  
la ley es como el cuchillo;  
No ofiende a quien la maneja.*



*La suelen llamar espada,  
y el nombre le viene bien;  
Las que la gobiernan ven  
adonde han de dar el tajo;  
le cae al que se halla abajo  
y corta sin ver a quien.  
Hay muchos que son doctores,  
y de su ciencia no dudo;  
más yo soy un negro rudo,  
y aunque de esto poco entiendo,  
estoy diariamente viendo  
que aplican la del embudo.*

“Mas para suerte de la humana convivencia, ni esto es la ley, por más que algunos hombres le tuerzan su sentido, ni aquella es la imagen del abogado, por más que algunos abogados traicionen su profesión. Sin desconocer los ejemplos históricos de draconianas y abusivas leyes, propias de estados sociales felizmente superados; sin ignorar el problema filosófico de la relación de la ley con el valor de justicia, es lo cierto que el sentimiento de igualdad humana, dulcemente enunciado por Jesús en tierras palestinas y enérgicamente proclamadas por la Revolución Francesa como fundamento jurídico de la sociedad, se ha incorporado a la conciencia universal que busca a través del Derecho escrito la realización del ideal de justicia”.

“No, ni la ley es celestina que ampara dobleces, ni el abogado es ese profesional inescrupuloso que pinta la opinión vejatoria del vulgo”.

“Es abogado el profesional que después de largos estudios, no los ha de dar por concluidos en toda su vida, porque su destino es la altísima función de hacer o pedir justicia. “Hacer justicia o pedirla ha dicho ese paradigma de abogado que fue don Ángel Osorio y Gallardo constituye la obra más íntima, más espiritual, más inefable del hombre”.

“Juez o defensor - comentamos nosotros - es ser leal a la profesión voluntariamente escogida, porque el jurista ha de ser bueno, firme, prudente, ilustrado y experto, según el orden aconsejado por el autor de “El alma de la toga”.

“Y en este afán de pedir justicia jamás ha de olvidar que es un servidor de la ley y que al mismo tiempo solo ella es su arma y su escudo. Como Don Quijote voceaba que Dulcinea era su única señora y que no había otra más hermosa, los abogados proclamamos que solo servimos a la ley como retrato visible de la Justicia. De aquí que en la diaria pugna social de los intereses nuestra misión consiste en ponerlos bajo la viva luz de la letra y el espíritu de la ley y en las inevitables contiendas judiciales el abogado debe contener los apetitos y las pasiones, dentro del amplio campo del significado y los alcances del Derecho”. (1)

Tal la evocación del abogado y del jurista en el pensamiento de Nicanor Silva Salgado. Pero es preciso completar este perfil con su concepto que tenía del juez y de la función judicial. Para ello debo rememorar su discurso en homenaje al doctor don MARIO N. SALDAÑA quien

---

(1).- Discurso del Sr. Decano del colegio de Abogados de Lambayeque, Dr. Nicanor Silva Salgado en celebración del “Día del Abogado”, en la revista “El Foro”, Órgano del Colegio de Abogados de Lambayeque, Año XII, N.º 49, Chiclayo 2º de Junio de 1993.

fué un extraordinario juez en el Chiclayo de los años cuarenta y que luego fue ascendido a Vocal de la Corte Superior de Piura en la que llegó a ser su Presidente. En el discurso de despedida al doctor Saldaña dijo don Nicanor:

“Decía San Isidoro que el Juez, que etimológicamente es el vindicador o restaurador del Derecho, es el encargado de juzgar, examinando y decidiendo el Derecho conforme a la Justicia. El Derecho y la Justicia, esto es, la ley escrita y la eterna aspiración espiritual, son pues, dos exigencias para el juzgador según el santo etimologista. El juez, por tanto, debe considerar y resolver en cada caso concreto, el viejo problema de la ley y la justicia, que tanto ha preocupado a jurisconsultos y filósofos de todos los tiempos. La ley es cuestión de conocimiento, de análisis, de facultad intelectual, pero la justicia a mi entender, requiere fina sensibilidad, honda capacidad afectiva y un alma resonante como una gran caja musical. Porque digan lo que quieran las escuelas y los sistemas, me quedo con la expresiva frase de San Pablo: “La justicia está escrita en el corazón”.

“Los poetas, que en estas cosas aciertan mejor que los meditativos y absortos filósofos, lo han entendido siempre así. El fallo de Don Quijote, -en el juicio en que fueron partes el rico Haldudo de Quintanar y el pobre y joven pastor Andrés-, fue un impulso de su corazón y una intuición de su intelecto: no podía mentir en su presencia quien era débil y víctima, y su dicho, por tanto, no necesitaba prueba; y si bien Haldudo le había pagado dos pares de zapatos que el joven pastor había roto y una sangría que le hicieron estando enfermo, quédense los zapatos y las sangrías por los azotes que sin culpa le habéis dado, que si él rompió el cuero de los zapatos que pagásteis, vos le habéis roto el de su cuerpo; y si le sacó el barbero sangre estando enfermo, vos en sanidad se la habéis sacado: así que, por esta parte, no os debe nada”, resolvió en justísima compensación el ilustre Caballero”.

“Porcia, el justiciero juez del “El mercader de Venecia”, es la mujer enamorada de Basanio, el amigo por quien el mercader Antonio se convirtió en fiador y deudor directo del judío Shylock, quien demandaba el cumplimiento de la cláusula penal conforme a la cual el judío acreedor tenía derecho a cortar una libra de carne muy cerca del corazón del deudor veneciano. Pero por luminosa inspiración de mujer enamorada, Porcia llega, por el temible camino de la estricta y literal aplicación del contrato, a la sentencia justiciera que no habían podido encontrar los sapientes jueces de Venecia”:

*Derecho la escritura no te da, ni a partícula de sangre.  
Una libra de carne es lo que dice  
atento a tu escritura.  
Así, tu libra de carne toma,  
más, si acaso viertes cuando cortes  
de cristiana sangre  
tan siquiera una gota,  
confiscadas tus tierras  
y tus bienes confiscados quedarán  
al gobierno de Venecia,  
con arreglo a la ley”.*  
*Ni tampoco cortes  
ni más ni menos  
que una libra justa de carne;  
Pues, sí más o menos, te apropiares,*



*y le falte al peso o sobre la veinteava parte, tan siquiera  
un miserable escrúpulo, ¡que digo!  
ya vacile un pelo la balanza,  
pereces y tus bienes se confiscarán”.*

*“Shakespeare y Cervantes, en consecuencia, están de acuerdo con San Pablo; la justicia está escrita y brota del corazón”.*

*“Por eso el Rey Sabio decía en Las Partidas que son jueces “Los homes bonos que son puestos para mandar e fazer derecho”. ¡Los hombres buenos!”.*

*“Sencillas palabras, tan usuales como el pan de todos los días, que compendian y comprenden todas las virtudes morales. Porque los jueces han de ser, según eso, hombres que por ser buenos, tengan fe en la justicia, esperanza en Dios, caridad con sus semejantes, prudencia en sus juicios, fortaleza en el alma y templanza en el corazón. Viriles virtudes que las Partidas sintetizan en solo dos elocuentes y precisas palabras: “hombres buenos”.*

*“Si esas exigencias son satisfechas y tales jueces hallados, la sociedad puede estar tranquila, pues se ha asegurado la humana convivencia dentro de las normas del Derecho. Y cuando surja la inevitable fricción o el choque de los intereses, el agravio, el honor, el ataque a la propiedad o a la vida, ahí estará el juez, con el corazón vibrante y el cerebro lúcido, para restablecer el equilibrio o vindicar y restaurar el Derecho. Pilar de la sociedad, sostén del Estado, fiador del orden jurídico, garantía viva de la ley, el Juez tiene en sus manos la facultad de decidir sobre la honra de todos, que no solo sobre el patrimonio y los derechos de familia. Por eso ha dicho cierto inglés que no recuerdo, con sobrada razón y muy legítimo orgullo, que el Imperio Británico reposa sobre dos columnas incommovibles: la escuadra británica y sus grandes Jueces”.*

*“Y todo ello explica por qué, cuando un auténtico Juez se aleja definitivamente de su Juzgado, de su jurisdicción, del distrito en que ha ejercido, largo tiempo, su altísima función; los abogados que tenemos la responsabilidad de defender con éxito los intereses y los derechos de los miembros del grupo social en que vivimos, no podemos menos que sentir el alejamiento y lamentar la pérdida. Aunque nos consuele, después de todo, considerar que ese alejamiento es determinado por merecidísimo ascenso, por acto de justicia que celebramos y aplaudimos”.*

*“Y lo que estoy tratando de decir, señores, es que el Juez Saldaña es un hombre bueno, según el concepto alfonsino, que ha sabido juzgar durante once años de acuerdo con la enseñanza de San Isidoro; examinando y diciendo el Derecho, conforme a justicia y para esto, para decirlo así, públicamente, nos hemos reunido los abogados del distrito en esta acción extraordinaria. Que también sabemos los abogados, llegada la ocasión, hacer justicia a los jueces”.(?)*

Evocamos a don Nicanor Silva Salgado (1907 - 1989), por todas las cualidades que hicieron de su existencia, ejemplar en la conducta y luminosa en su profesión, un alturado ejemplo que nos deparaba su talento. Fué un gran abogado, un notable jurista, un hombre bondadoso, un “hombre de principios” como él solía auto-definirse, por ser la encarnación de un gran maestro, como lo fueron, los grandes maestros espirituales de Oriente y Occidente. Era, como lo enseñaba GANDHI (1869 - 1948), un apóstol de la “no violencia”; enseñó y ejerció la abogacía

(?)- Discurso del Dr. NICANOR SILVA SALGADO en homenaje al Dr. Mario N. Saldaña, en la revista “El Foro” Órgano del Colegio de Abogados de Lambayeque, año IV, tomo IV, N° 16 - 17, págs. 16 y ss. Chiclayo 30 de junio de 1944.



en Chiclayo y ello me hace recordar a **SRI AUROBINDO** (1872 - 1950), el gran maestro, que enseñó en Chandernagor y en Pondichery. Su evocación me hace recordar también a un “samadhi”, como **YOGANANDA**, cuya visión lo abarcaba todo, inundado por el espíritu luminoso que no es otra cosa sino una felicidad inagotable.

He evocado a algunos de los grandes maestros de Oriente de los que conversaba antaño con mi padre allá en mi juventud, allá en Chiclayo. Pero quien siempre estuvo presente con su infinita espiritualidad en nuestras vidas -y por eso lo evoco en mis recuerdos- era el gran maestro de todos, el gran “rabbi” de Nazareth, leído y comentado por don Nicanor en un hermoso texto: “El sermón de la montaña”. Y lo interpretaba a la vista del capítulo 5 de San Mateo; pero, también en un libro de cabecera que siempre me lo leía: “El Cristo de la fe y los cristos literarios” de **VICTOR ANDRES BELAUNDE** editado por la editorial Lumen, Lima, 1936, un libro hermoso que debería reeditarse, como acaba de editarse, con gran publicidad, “Jesús de Nazareth” por Joseph Ratzinger, Benedicto XVI, editorial Planeta, Madrid, 2007.

No fue don Nicanor discípulo de don Víctor Andrés Belaunde, pero su nombre y su espíritu estaba siempre presente entre nosotros, como la evocación que nos hacía de la “patria”, en su “Peruanidad”, en sus “Meditaciones Peruanas”, en “La Realidad Nacional”, en “Mercurio Peruano”, su gran revista y en todos los grandes libros del gran patricio arequipeño.

No fue don Nicanor discípulo de don Víctor Andrés Belaunde, pero su nombre y su espíritu estaba siempre presente entre nosotros, como la evocación que nos hacía de la “patria”, en su “Peruanidad”, en sus “Meditaciones Peruanas”, en “La Realidad Nacional”, en “Mercurio Peruano”, su gran revista y en todos los grandes libros del gran patricio arequipeño.

Por eso creo que viajó a Arequipa cuando la diáspora subsiguiente al receso de San Marcos. Lo escuché siempre evocar con profunda emoción y convicción a don **JOSE LUIS BUSTAMANTE Y RIVERO** quien fuera su profesor en la Universidad de San Agustín en Arequipa y su eterno ideal. Pero, sobre todo, recuerdo por intermedio suyo la evocación de las clases de un gran maestro que no pude escuchar: don **MANUEL AUGUSTO OLAECHEA**, insigne profesor de Obligaciones y Contratos, con quien estaba vinculado no sólo por la tradición sanmarquina y por los lazos que se estrechan en toda escuela de juristas entre maestros y discípulos, sino porque al doctor Olaechea se le encargó que informara ante la Corte Suprema en el caso de mi tía-abuela doña Victoria Silva viuda de Dall’Orso con la Compañía del Ferrocarril y Muelle de Pimentel.

La cuestión jurídica, materia del debate, era el valor de la promesa de contrahendo que hoy, bajo la influencia norteamericana llamamos “carta de intención” y en el cual el pensamiento jurídico desarrollaba el tema de la consensualidad. El doctor Olaechea al tratar de la consensualidad de los contratos la comparaba con *el idilio de las voluntades*. El idilio surge cuando el comprador y el vendedor están de acuerdo en cuanto al precio y a la cosa objeto del contrato, aunque el precio no se hubiere pagado y la cosa no se hubiere entregado. En su alegato ante la Corte Suprema en el caso aludido, el doctor Olaechea, enseñaba que: “El consentimiento es el alma y la vida de los contratos y sólo en el consentimiento reside la fuerza obligatoria de las convenciones humanas”. “El consentimiento de las partes, es decir, el acuerdo de sus voluntades - enseña Planiol - es el elemento esencial del contrato”. Y agregaba: “este acuerdo debe ser completo, esto es, debe referirse a todo lo que forma el objeto del contrato; si alguno de los contratantes - dice Planiol - formula objeciones respecto de alguna cláusula particular, el contrato no se forma hasta que se decida a aceptar la cláusula impugnada. El acuerdo de vo-

luntades, debe ser unánime, es decir, que todos los interesados deben estar de acuerdo en el contrato. (*Droit Civil*, Tomo II, pág. 316)".

Paralelamente surge como una evocación plutarquiiana su paralelo con Cornejo. Don Ángel Gustavo había sido gran amigo de su padre en Chiclayo, allá por los años quince y veinte. Era un dilecto amigo de la casa y estoy seguro que fue él quien indujo al joven Nicanor a seguir los estudios de Derecho. Mi padre recordaba con gran precisión una exposición que hiciera don Ángel Gustavo sobre la condición suspensiva y sobre la condición resolutoria, sobre la "condictio indebiti" y sobre la doctrina del pago. No me cabe la menor duda que fue el doctor Cornejo quien indujo a mi padre a seguir los estudios de Derecho. Debió tener un gran espíritu de persuasión y un gran "eros pedagógico" el doctor Cornejo quien no sólo fue después un gran maestro de Derecho Civil en la Universidad de San Marcos sino que antes ya había sido un gran maestro de Historia Universal en el Colegio Nacional de San José de Chiclayo. Fue él también quien indujo a seguir los estudios de Derecho a otro joven brillante nacido en Lambayeque el 8 de diciembre de 1899 y que fue hijo de don Augusto F. León y de doña Margarita Barandiarán de León. Don Augusto León era administrador de la Compañía del Ferrocarril y Muelle de Eten y había sido, también, muy amigo de don Ángel Gustavo Cornejo y de don Nicanor Silva Villarreal quien era un empresario en cuya tienda de la Calle Elías Aguirre: llamada "Nicanor & Eliseo Silva" se daban cita a las seis de la tarde los viejos de aquella época para iniciar sus tertulias vespertinas.

Con José León Barandiarán hubo una gran afinidad espiritual e intelectual, no obstante que se llevaban casi ocho años de diferencia. Pero yo los recuerdo siempre juntos conversando de literatura y jugando al ajedrez. Una de las tantas veces que llegó a Chiclayo León Barandiarán dió una hermosa conferencia en el Colegio de Abogados intitulada "La Verdad y la No-Verdad" y se inspiró en Hedda Gabler y en los dramas de Ibsen. Mi padre era por entonces Decano del Colegio de Abogados y luego nos fuimos a comer al Club de la Unión con el doctor Santisteban entre otros viejos abogados de la época. Y siguió una conversación amena en donde se habló también de "Trilce", de "Poemas Humanos" y de "Los Heraldos Negros". Y surgió la inevitable comparación entre dos inmortales: el autor de "La Niña de la Lámpara Azul" y de "Los Reyes Rojos" y de aquél que decía que "se habría de morir en París con agüacero, un día jueves del cual tenía ya el recuerdo".....

Esta evocación me lleva a recordar a "don Nicanor" en sus defensas y en sus grandes clases de Historia de la Cultura y de todas las Humanidades, allá en el colegio Nacional de San José y, luego, en la Universidad Nacional de Lambayeque, un "maestro", un investigador integral de la mente y del espíritu; quien después de muchos años de su ejercicio profesional y de sus grandes clases, vino a Lima y llegó a ser Presidente del Tribunal Constitucional (1982 - 1986). En sus grandes conferencias, como Presidente del Club Lambayeque, hacía la evocación de su paisaje y de su tierra, como lo hiciera aquel maestro, el Bhagaván de Arunachala (1880 - 1950) quien, inspirándose en sus evocaciones y transportándose en el espíritu, nos daba "Un discurso desde Arunachala".

Pensaba que la juventud sanjosefina estaba muy bien simbolizada en las vibrantes notas de nuestro himno que exaltan a un "santuario del saber", "que alumbra a Lambayeque" y que "dá gloria al Perú". En sus notas el himno exaltaba a una juventud gallarda y así decíamos: "marchemos altivos y solemnes, pensamiento en alto, nobleza y acción". Es bueno recordar esto, pensando en los jóvenes actuales tan faltos de ideales e ilusiones. La juventud debe llevarse en el alma, cualquiera sea la edad que ostentemos, para superar lo pasado y arribar



hacia el triunfo, superando las vicisitudes del presente. Don Nicanor pensaba que el alumno sanjosefino tiene todas las cualidades que caracterizan al adolescente, con sus inquietudes, sus rebeldías y su agudo sentido de la justicia. Estas apretadas líneas no permiten, ciertamente, registrar todos los detalles de su brillante y limpia trayectoria. La promoción de 1952, en reconocimiento a su brillante actividad profesional y calidad humana se ha honrado en inspirarse en su nombre y apellido para bautizar a nuestra promoción con motivo de nuestras “Bodas de Oro”.

El Doctor Nicanor Silva Salgado, después de 19 años de servicios a la Educación Nacional en el año 1952, se retiró acogiéndose a los beneficios de la jubilación, después de destacar por la brillantez de sus exposiciones, su amplia cultura, su capacidad profesional y su cariño ejemplar a los numerosos alumnos que egresaron del centenario colegio de la evocación y del recuerdo. Son muchas las anécdotas que se cuentan en la historia de San José, en las que se demuestran su nobleza, y el respeto que supo granjearse con sus alumnos, profesores, personal administrativo y directivo del colegio, donde siempre ocupó un lugar preferencial en la estima personal de ese otro gran maestro que tuvimos: el Dr. Carlos Weiss.

Cuando el doctor Weiss tuvo que retirarse de la Dirección de nuestro colegio por la jubilación obligatoria tuvo que leer su memoria en el proscenio del auditorio empezó a hablar y no pudo continuar, anudada la garganta y presa de las lágrimas, por la intensa emoción que le deparaba el ausentarse para siempre de sus hijos que éramos nosotros los muchachos estudiantes y de sus profesores, que eran también como sus hijos, porque a todos nos había formado en largos años de ruda disciplina. Al advertir esta situación emocionante, don Nicanor se paró y tomando el micro dijo que en una ocasión semejante, cuando Luís Pasteur, el antiguo maestro de Bacteriología de la escuela francesa, hubo de jubilarse, no pudo hablar ante el auditorio que colmaba los estrados y entonces uno de sus hijos se paró y leyó por su padre el discurso. Entonces como ahora, dijo don Nicanor, que él también se paraba para leer el discurso del viejo maestro que ya se iba, porque, también él se sentía como un hijo suyo, un hijo del espíritu, del viejo maestro que ya se iba.

Aquejado de delicada enfermedad, nuestro guía y maestro, falleció en Lima, el 14 de Abril de 1989. Hasta los últimos instantes conversó con sus amigos sobre los grandes temas y problemas de la realidad nacional. El doctor Luís Bedoya Reyes, gran estadista, gran lucidez de espíritu, ¡que tal Presidente nos perdimos!, nos ha contado que habló con don Nicanor por más de una hora en torno al problema de la Casación Civil, entre otros temas, y sintió “la fuerza que venía de su profunda y motivada fé religiosa y del sereno orgullo que le originaba el balance de su vida”.... Y yo os doy cuenta que sus últimas palabras me las dirigió en tono admonitorio para ponerme en guardia ante una serie de peligros que él veía con profética clarividencia. Para quienes lo amamos, en nuestro corazón, y en nuestro intelecto, quisiera parafrasear lo que Tácito escribió al cerrar la vida de Agrícola: “et si natura suppedidet similitudinem colemus”: ... Y si volviera a nacer quisiera volverlo a encontrar para caminar junto a él abrazados como antaño, conversando de la vida, de la justicia y de la muerte....



Don **DOMINGO GARCÍA RADA**, nació en Lima el 20 de diciembre de 1912 y murió el 9 de junio de 1994. Es una figura emblemática en el Poder Judicial cuyo nombre lleva el nuevo local de la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia inaugurada el 6 de agosto del 2007. El doctor García Rada fué una de las glorias de la magistratura peruana, pero además fue también un brillante profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en la cual llegó a ser su Decano; dictando, con brillantez, el curso de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica y en la Universidad de San Marcos dictó el curso de Historia del Derecho. Ha publicado los siguientes libros: *“El Poder Judicial”* (tesis doctoral 1944); *“Instituciones de Derecho Procesal Penal”*, 1965; *“La Instrucción”* tomos I y II; *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, *“Sociedad Anónima y Delito”*, *“El delito tributario”*, *“Memorias de un Juez”*, *“Visión del Perú en el siglo XX”*, etc. Su trayectoria como magistrado de carrera es una incitación para quienes cultivan la acendrada mística de los valores del espíritu y la incorruptible línea de carrera que lo llevó hasta la Presidencia de la Corte Suprema y años más tarde a la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones.

**DON EMILIO F. VALVERDE** quien fuera brillante catedrático de Derecho de Sucesiones y Derecho de Familia en la Universidad de San Marcos es otra figura cimera en la historia de los grandes magistrados del Perú. Nacido en Tacna el 5 de julio de 1880, empezó su carrera como Secretario de la Corte Superior de Lima hasta llegar a ser Vocal de la Corte Suprema, habiendo escrito los libros *“El Derecho de Sucesión en el Colegio Civil”* y *“Derecho de Familia”*. Falleció el 15 de noviembre de 1961.

---



# ÍNDICE

Prefacio a la Segunda Edición	
Capítulo I	
Multivocidad del concepto de Historia .....	17
Capítulo II	
Historiología, Historiografía e Historicismo .....	29
Capítulo III	
El Concepto de Historiología.....	39
Capítulo IV	
La Historiología de Hegel .....	43
Capítulo V	
El Materialismo Histórico .....	49
Capítulo VI	
La Doctrina Social de la Iglesia.....	65
Capítulo VII	
La Encíclica “Rerum Novarum” .....	73
Capítulo VIII	
La Encíclica “Quadragesimo Anno” de Pio XI.....	79
Capítulo IX	
La Encíclica “Divini Redemptoris” .....	83
Capítulo X	
La Encíclica “Non Abbiamo Bisogno”.....	87
Capítulo XI	
La Encíclica “Mit Brennender Sorge” .....	91
Capítulo XII	
El Radiomensaje del Papa Pio XII en el día de Pentecostés (1º de Junio de 1941).....	97
Capítulo XIII	
La Encíclica “Mater et Magistra” del Papa Juan XXIII .....	103
Capítulo XIV	
La Encíclica “Pacem in Terris” del Papa Juan XXIII.....	111



Capítulo XV	
El Concilio Vaticano II .....	119
Capítulo XVI	
El Pensamiento y las Encíclicas de Juan Pablo II .....	125
Capítulo XVII	
La Encíclica “Dominum et Vivificantem” .....	139
Capítulo XVIII	
El Catecismo de la Iglesia Católica .....	143
Capítulo XIX	
La Encíclica “Redemptor Hominis” .....	149
Capítulo XX	
El Código de Derecho Canónico.....	155
Capítulo XXI	
La Constitución Ex Corde Ecclesiae promulgada el 15 de Agosto de 1990 por Juan Pablo II .....	159
Capítulo XXII	
La Encíclica “Laborem Exercens” .....	163
Capítulo XXIII	
La Encíclica “Sollicitudo Rei Socialis” .....	169
Capítulo XXIV	
La Encíclica “Centesimus Annus” .....	177
Capítulo XXV	
El mensaje de Juan Pablo II a los Gobernantes, Parlamentarios y Políticos de todo el mundo .....	183
Capítulo XXVI	
Los once doctorados de Juan Pablo II y su compromiso con la persona humana a la que el derecho debe servir .....	187
Capítulo XXVII	
“Mane Nobiscum Domine” : “Quédate con nosotros Señor” .....	191
Capítulo XXVIII	
La Muerte de Juan Pablo II, santo y sabio de nuestra Época .....	195
Capítulo XXIX	
La Historiología de Spengler .....	201

Capítulo XXX	
La Historiología de Toynbee.....	209
Capítulo XXXI	
La Historiología de Jacques Maritain.....	225
Capítulo XXXII	
La Historiología de Johan Huizinga .....	235
Capítulo XXXIII	
La Historiología de Raymond Aron.....	241
Capítulo XXXIV	
La Historiología de Collingwood.....	247
Capítulo XXXV	
El Historicismo	
La otra gran dimension de la Historia, conjuntamente con la Historiología y la istoriografía es el Historicismo .....	261
Capítulo XXXVI	
El Historicismo de Dilthey .....	265
Capítulo XXXVII	
El Historicismo de Croce.....	271
Capítulo XXXVIII	
El Historicismo de Mariano Iberico.....	275
Capítulo XXXIX	
La Nueva Historia.....	309
Capítulo XL	
El Pensamiento sobre el tiempo .....	313
Capítulo XLI	
El Código de Hammurabbi .....	325
Capítulo XLII	
El Derecho Romano.....	329
Capítulo XLIII	
El concepto del Derecho en el Derecho Romano .....	335
Capítulo XLIV	
El genio romano y los grandes juristas	
a)El Genio Romano; b) ¿Quiénes son Juristas?.- c) El Derecho de Juristas y el Derecho de Profesores; d) Los grandes romanistas y el Derecho Romano “Strictu Sensu”; e) La tradición Romanista .....	339

Capítulo XLV	
La periodicización del Derecho Romano.....	373
Capítulo XLVI	
Período del Derecho Quiritario.....	377
Capítulo XLVII	
El Derecho pre-clásico.....	385
Capítulo XLVIII	
Período del Derecho Clásico.....	389
Capítulo XLIX	
El Derecho post-clásico.....	397
Capítulo L	
La codificación pre-justiniana.....	403
Capítulo LI	
El Derecho Justiniano.....	407
Capítulo LII	
Las Interpolaciones.....	415
Capítulo LIII	
La teoría pluridimensional del Derecho Romano.....	437
Capítulo LIV	
La Tradición Romanista.....	443
Capítulo LV	
La escuela de Beirut.....	447
Capítulo LVI	
La escuela de Constantinopla o Bizantina.....	451
Capítulo LVII	
El Derecho en la edad media.....	455
Capítulo LVIII	
Períodos del Derecho en la edad media.....	477
Capítulo LIX	
El proceso germánico.....	487
Capítulo LX	
El proceso bárbaro, vulgar o romano-germánico.....	497



Capítulo LXI El Derecho Romano-Visigótico, Romano-Ostrogodo y Romano-Burgundio .....	503
Capítulo LXII El Derecho en la Ley Sállica .....	517
Capítulo LXIII El Proceso en la legislación longobarda .....	525
Capítulo LXIV Los Fundamentos del Derecho Procesal Longobardo, la Prueba y la Sentencia .....	535
Capítulo LXV El Derecho pre-irmeriano y las escuelas precursoras de Bolonia.....	539
Capítulo LXVI Período del Derecho Científico El renacimiento medieval y la Universidad de Bolonia .....	545
Capítulo LXVII El origen de la Universidad de Bolonia .....	549
Capítulo LXVIII ¿Quién fue Pepone? .....	557
Capítulo LXIX El Brachylogus iuris civilis.....	565
Capítulo LXX Las Quaestiones de iuris subtilitatibus .....	569
Capítulo LXXI Imerio y la iniciación de la Ciencia Medieval del Derecho .....	575
Capítulo LXXII La leyenda de Irnerio .....	579
Capítulo LXXIII La metodología de Irnerio.....	583
Capítulo LXXIV Las Glosas.....	599
Capítulo LXXV Las Summas .....	605

Capítulo LXXVI	
El Exordio .....	611
Capítulo LXXVII	
Las distinciones y analogías .....	615
Capítulo LXXVIII	
La Brocardica .....	619
Capítulo LXXIX	
Las Quaestiones.....	625
Capítulo LXXX	
Los grandes maestros de la escuela de Bolonia .....	631
Capítulo LXXXI	
Los discípulos de los “Cuatro Doctores” .....	641
Capítulo LXXXII	
Accursio y su influencia en el Derecho Indiano.....	657
Capítulo LXXXIII	
Los juristas post-accursianos .....	665
Capítulo LXXXIV	
Los post-glosadores o comentaristas .....	673
Capítulo LXXXV	
Otros grandes comentaristas o post-glosadores.....	689
Capítulo LXXXVI	
El Derecho Canónico .....	693
Capítulo LXXXVII	
El Derecho Común .....	699
Capítulo LXXXVIII	
La escuela humanista, culta o elegante y el mos gallicus iura Docendi.....	707
Capítulo LXXXIX	
El surgimiento del Derecho Comercial .....	715
Capítulo XC	
La edad de la razón El pensamiento de la ilustración .....	723
Capítulo XCI	
El racionalismo jurídico y la escuela prusiana.....	729

Capítulo XCII	
Los grandes juristas franceses precursores de la codificación .....	735
Capítulo XCIII	
El Código Civil Francés.- La razón de ser del legalismo surgió de la admiración al “Code Napoléon”.- Su influencia en el Derecho Comparado .....	743
Capítulo XCIV	
El Legalismo ultranza y la Escuela Francesa de la Exégesis.....	753
Capítulo XCV	
La escuela de la “Rechtswissenschaft” y sus grandes maestros .....	773
Capítulo XCVI	
Crítica de los pandectistas alemanes.....	787
Capítulo XCVII	
La escuela de Tubinga o de la Interessen-jurisprudenz .....	791
Capítulo XCVIII	
El Freirecht (Derecho Libre) o Freirechtsschule (Escuela del Derecho Libre) o Freirechtsschule (Movimiento del Derecho Libre) o Freirechtslehre (Teoría del Derecho Libre) .....	797
Capítulo XCIX	
La intuición sentimental del Derecho .....	803
Capítulo C	
La escuela de Kiel .....	807
Capítulo CI	
Crítica de la escuela de Kiel .....	813
Capítulo CII	
La concepción teleológica del Derecho .....	821
Capítulo CIII	
La “Scuola Italiana del Diritto” y sus grandes maestros .....	837
Capítulo CIV	
La escuela Holandesa y el Código Civil Holandés de 1992 .....	859
Capítulo CV	
El Código Civil Brasileño .....	863
Capítulo CVI	
La escuela civilista peruana .....	867



Angel Gustavo Cornejo.....	870
Manuel Augusto Olaechea .....	876
Alfredo Solf y Muro .....	880
Jose León Barandiarán .....	880
Romulo E. Lanatta Guilhem .....	889
Ulises Montoya Manfredi.....	894

#### Capítulo CVII

La vida y el pensamiento de Mario Alzamora Valdez.....	913
--	-----

#### Capítulo CVIII

El pensamiento jurídico peruano y la Academia Peruana de Derecho.....	939
---	-----

Alberto Ulloa Sotomayor .....	939
José Luís Bustamante y Rivero .....	940
Carlos Rodriguez Pastor.....	941
Javier Vargas.....	943
El Pensamiento de Francisco Miró Quesada Cantuarias.....	947
Luis Bramont Arias .....	954
El Pensamiento Jurídico de Max Arias Schreiber Pezet .....	956
Carlos Fernandez Sessarego .....	964
Felipe Osterling Parodi .....	972
Jorge Avendaño.....	990
Fernando Vidal Ramírez .....	992
Augusto Ferrero Costa .....	998
Fernando de Trazegnies Granda .....	1003
Mario Pasco Cosmópolis .....	1009
Raúl Ferrero Costa .....	1015
Jorge Basadre Ayulo.....	1024
Domingo García Belaúnde.....	1027
Juan Vicente Ugarte del Pino.....	1041
Gabriela Aranibar Fernandez-Dávila .....	1042
Lorenzo Zolezzi Ibarcena .....	1044
José Antonio Silva Vallejo.....	1045
Marcial Rubio Correa.....	1049
Guillermo Lohmann Luca de Tena .....	1053
Valentín Paniagua Corazao .....	1055
Cesar Fernandez Arce.....	1056
Juan Chávez Molina.....	1056
Carlos Cardenas Quiroz .....	1056
Jorge Santistevan De Noriega .....	1056
Cesar Delgado Barreto .....	1057
Oswaldo Hundskopf Exebio.....	1057
Humberto Medrano Cornejo .....	1059
Luis Aparicio Valdez.....	1063
Javier de Belaúnde Lopez de Romaña .....	1064
Carlos Ramos Nuñez.....	1068
Luis Bedoya Reyes .....	1069

Héctor Ballon Lozada .....	1073
Mario Castillo Freyre.....	1073
Eduardo Ferrero Costa .....	1074
Nicanor Silva Salgado .....	1076
Domingo García Rada.....	1089
Don Emilio F. Valverde.....	1089
Índice.....	1091





Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos  
de la Universidad Alas Peruanas  
Los Gorriones 264, Chorrillos  
Lima- Perú  
2013







La historia irradia claridad, luminosidad y espiritualidad profunda pero, también oscuridad y proyección de sombras, prejuicios e ignorancias que embargan ciertas épocas, espacios y momentos de la humanidad, que integran, no solo los “momentos estelares de la humanidad” de los que nos hablaba en un hermoso libro STEFAN ZWEIG sino, también, de aquellos otros momentos que giran caleidoscópicamente, cual agujeros negros, como en “El Aleph” de JORGE LUIS BORGES o cual los círculos del infierno que cantaba DANTE en su inmortal poema.

Este contraste de luces y de sombras evidencia la crisis de nuestra sociedad contemporánea pero, a diferencia de la tesis programática de SPENGLER que expone “la decadencia de Occidente” y de otras grandes obras que sostienen la inminencia del desplome de la civilización cristiana clásica a partir de las “Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit”, de HERDER, y de la “Geschichte der Philosophie” de HEGEL, fueron todas, intentos de abordar la crisis de la cultura, ocasionada por este desplome. Nuestra tesis es la de que ni hay “un final de la historia”, ni una “Untergang des Abendlandes” (Decadencia de Occidente), como diría SPENGLER; ni, tampoco, una “Untergang und Ubergang” (Decadencia y Transición), como diría ERICH KAHLER(1).

Lo que hay es una “tensión”, una “vibración” o una “trepidación social”, todo un “trémolo” o un “vibrato” (musicalmente hablando), producido por el contraste dialéctico del “reto” y la “respuesta”, del “yin” y del “yang”, del que nos hablaba TOYNBEE en su clásico e inmortal “Estudio de la Historia”, ese “ritmo alterno de la Historia” causado por la fe y el sufrimiento, por el pecado y la redención, por el valor, el coraje y la pujanza de unos, pero también, por la debilidad y la cobardía de otros, quienes temen enfrentarse a las hordas del mal, de la corrupción e impreparación de unos y de la mentalidad obsecuente con el mal que los hace siervos o, al menos, tontos útiles del mal, quienes no advierten tras la esclerosis de las ideologías en colapso, la sombra diabólica del mal. Frente al crepúsculo de los espíritus esperando que caiga la noche, tenemos el deber de enfrentarnos con valentía ante quienes pretenden provocar el desastre, llevados por su ignorancia, por su provocación, por su maldad, por su debilidad, por su aventurerismo o por su oportunismo y hasta por su relativismo, como lo hacen no solo los “tira-piedras” y los “quemallantas” sino, también, por los que reniegan de los valores del espíritu, encubriendo o camouflando sus blasfemias y sus apropiaciones de títulos- que ya no les corresponden -, tras una polisemia diacrónica en la que se arguye que los conceptos clásicos de “católica” y de “pontificia” “ya han perdido su sentido”.