

---

# Historia del Derecho

Por Carlos Aparicio

---

---

---

# Temas de Evolución de las Instituciones Jurídicas

---

El autor agradecerá comentarios o sugerencias sobre esta obra en esta dirección:  
E-mail: [aparicio@chasque.net](mailto:aparicio@chasque.net)

Edición Electrónica a cargo de  
EDITORIAL TÉCNICA S.R.L.

Montevideo

2004

ISBN N° 9974-7629-4-4

---

# Tabla General de Contenido

<b>Tabla General de Contenido</b> . . . . .	5
<b>Introducción</b> . . . . .	11
<b>Instituciones Jurídicas Arcaicas</b> . . . . .	13
Sociedad y Derecho antes de los Romanos . . . . .	13
Derecho Primitivo . . . . .	13
La Lenta Evolución del Hombre Primitivo . . . . .	16
Las últimas etapas de la prehistoria . . . . .	23
Las Instituciones Agrarias . . . . .	25
La naturaleza humana . . . . .	43
El Legado de la Prehistoria . . . . .	44
Bibliografía . . . . .	46
<b>Derecho Romano</b> . . . . .	49
Introducción al Derecho Romano . . . . .	49
Importancia y etapas del Derecho Romano . . . . .	51
Derecho Romano Primitivo . . . . .	54
La República Romana . . . . .	58
<i>Características del Derecho Romano primitivo</i> . . . . .	60
Derecho Romano Clásico . . . . .	61
<i>El nuevo derecho clásico</i> . . . . .	65
<i>Las Fuentes del Derecho en el Derecho Clásico</i> . . . . .	67
<i>El Nuevo Estado Romano</i> . . . . .	69
<i>Moral y Derecho</i> . . . . .	70
<i>La Esclavitud.</i> . . . . .	74
<i>Revueltas de esclavos mas conocidas</i> . . . . .	74
<i>Corrupción General y Baja Calidad de Vida.</i> . . . . .	75
<i>La Revolución Moral</i> . . . . .	78
Derecho Romano Post clásico . . . . .	81
<i>Constantino y el Triunfo del Cristianismo</i> . . . . .	84
<i>El Símbolo de la Cruz</i> . . . . .	86
<i>Crecimiento del Estado</i> . . . . .	88
<i>Características del Derecho Post clásico o Justineáneo.</i> . . . . .	90
Proyecciones sociales del Hiperreglamentarismo Jurídico . . . . .	94
<i>La Jaula Romana</i> . . . . .	94
El Derecho Romano después de los Romanos . . . . .	94
<i>Imperio Bizantino</i> . . . . .	95
Bibliografía . . . . .	97
<b>Derecho Medioeval y Fuero Juzgo</b> . . . . .	99
Notas sobre Derecho Medioeval . . . . .	99
Prefacio a la Traducción al Inglés del Fuero Juzgo . . . . .	103
La herejía arriana . . . . .	108
Concilios Eclesiásticos . . . . .	110
Conversión al Catolicismo . . . . .	112
El Espíritu Original de la Conquista Visigoda. . . . .	117
Adopción del Catolicismo . . . . .	120

---

Decadencia del Estado Visigótico . . . . .	122
El Fuero Juzgo y sus circunstancias . . . . .	124
Fuentes del Fuero Juzgo . . . . .	130
Compurgadores y Jurados . . . . .	138
Influencia del Fuero Juzgo después de su aprobación. . . . .	141
Dificultades de Traducción . . . . .	144
<b>Bases Históricas del Derecho Moderno . . . . .</b>	<b>145</b>
Algunos Caracteres del Derecho Medioeval . . . . .	147
Cambios Jurídicos a fines del Medioevo Europeo . . . . .	149
<i>Otras Instituciones Medioevales de Participación</i> . . . . .	151
<i>Encuesta por Turba.</i> . . . . .	151
Dinámica del Derecho Europeo Luego de la Edad Media . . . . .	153
Primera dirección de evolución: el Common Law . . . . .	154
Segunda dirección: Ius Commune. . . . .	157
<i>Algunas Instituciones del Ius Commune</i> . . . . .	160
Tercera Dirección: Derecho Romano . . . . .	161
<i>Resistencias al Derecho Romano</i> . . . . .	163
<i>Utilización del Derecho Romano</i> . . . . .	164
<i>Legislación de Partidas</i> . . . . .	166
Algunas Instituciones Romanas y sus dificultades. . . . .	167
<i>El Derecho de Propiedad</i> . . . . .	167
<i>Bases sociales de los cambios en el concepto de propiedad</i> . . . . .	170
<i>Otras Consideraciones</i> . . . . .	171
<i>Cessio Bonorum y Cessio Vituperosa</i> . . . . .	172
Tabla Comparativa de Derecho Europeo entre el Renacimiento y la Codificación . . . . .	174
La Codificación . . . . .	177
Romanismo y Germanismo. . . . .	177
El Derecho Privado en una Europa Unificada . . . . .	179
Conclusiones . . . . .	181
Bibliografía . . . . .	183
<b>Vertientes del Derecho Americano . . . . .</b>	<b>185</b>
Un Nuevo Continente . . . . .	185
Constitucionalismo Democrático . . . . .	192
Common Law y Codificación . . . . .	196
Codificación Americana . . . . .	199
Indigenismo . . . . .	200
Un caso en América Latina . . . . .	200
<i>Sirvinacuy</i> . . . . .	200
<i>El reciente reconocimiento del derecho indígena y la costumbre como fuente jurídica.</i> . . . . .	206
Bibliografía . . . . .	213
<b>Derecho y Desarrollo Económico . . . . .</b>	<b>215</b>
Orden Jurídico y Guerra Fría. . . . .	218
El Desarrollo Económico . . . . .	225
<i>Teoría de la Dependencia</i> . . . . .	227
<i>Concepto de Derecho</i> . . . . .	231
<i>Administración Constitucional</i> . . . . .	237
<i>Ingeniería Social</i> . . . . .	245
Institutos Particulares de Aplicación Jurídica . . . . .	251
A modo de Conclusión . . . . .	254
<b>Métodos e Instituciones . . . . .</b>	<b>257</b>
<i>Historicismo Jurídico</i> . . . . .	257
Instituciones Jurídicas . . . . .	260
<i>Concepto y Evolución</i> . . . . .	261
Bibliografía . . . . .	264
<b>CONSTITUCIÓN . . . . .</b>	<b>265</b>

---

DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY .....	265
DEL AÑO 1830 .....	265
Las pobres realidades del caudillismo: .....	282
FACUNDO IMPERIAL .....	282
LA JUSTICIA EN CHINA .....	297
* * * .....	301

---

---



# Introducción

Carlos Aparicio

---

Los historiadores de los siglos aristocráticos y particularmente los de la Antigüedad, parecen dar a entender que el hombre puede hacerse dueño de su suerte y gobernar a sus semejantes, con solo aprender a dominarse a sí mismo; mientras que, recorriendo las historias escritas en nuestros días se diría que el hombre no puede nada sobre él, ni sobre lo que le rodea. Los historiadores de la Antigüedad enseñaban a mandar, los de nuestro tiempo no enseñan mas que a obedecer. En sus escritos el autor parece frecuentemente grande, pero la humanidad es siempre pequeña.

Si esta doctrina de la fatalidad, que tiene tantos atractivos para los que escriben la historia en los siglos democráticos, pasando de los escritores a sus lectores, penetrase así en la masa de los ciudadanos y se apoderase del espíritu público, se podría prever que paralizaría muy pronto el movimiento de las nuevas sociedades y convertiría a los cristianos en turcos.

Diré, además, que una doctrina semejante es en particular peligrosa en la época en que nos hallamos: nuestros contemporáneos se inclinan mucho a dudar del libre albedrío, porque cada uno de ellos se siente limitado de todos lados por su debilidad; pero conceden; sin embargo, la fuerza y la independencia a los hombres reunidos en un cuerpo social.

Es preciso tratar de no oscurecer esta idea, pues se trata de reanimar las almas, y no de acabar de abatirlas.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tocqueville, Alexis; La Democracia en América. Edic. J. P. Mayer. Fondo de Cultura Económica. México (1963) Pag. 453 y ss.

---

# Introducción

Carlos Aparicio

---

# Introducción

Carlos Aparicio

---

## Introducción

El derecho configura un fenómeno cultural de importancia central en la vida de cualquier pueblo al punto que un acercamiento al derecho de un pueblo nos dirá mas sobre esa nación que un estudio sobre la mayoría de sus instituciones.

El trabajo que se pone a consideración del público, no es seguramente un compendio de historia universal, pero sí un conjunto de temas de historia del derecho y evolución institucional suficientemente completo como para descubrir ciertas reglas relativamente estables.

Se han incluido temas que apuntan al futuro, y en cierto sentido, toda esta reflexión sobre el pasado está construida por una metodología de ingeniería inversa, que parte de la situación presente y los peligros y promesas que nos depara el futuro inmediato y mediato.

Las enseñanzas del pasado debieran iluminar las promesas y los peligros del futuro, y ambos son abundantes en este principio de milenio.

Por lo tanto es mas que justificada la inclusión del tema de desarrollo económico y sus vinculaciones con el derecho, en este trabajo, dedicado a los estudiantes de los cursos del año 2004 de los cursos de Evolución de las Instituciones Jurídicas, y en un entorno mas amplio, a las nuevas generaciones que tienen la dura tarea de enfrentar problemas que distan de estar resueltos o en camino, en la sociedad latinoamericana presente.

---

# Introducción

Carlos Aparicio

---

## Instituciones Jurídicas Arcaicas

### Sociedad y Derecho antes de los Romanos

#### Derecho Primitivo

La primera cuestión que plantea el derecho prehistórico, es saber hasta qué punto el hombre primitivo tenía instituciones que pudiesen calificarse de jurídicas.

Existe un prejuicio común en cuanto a considerar al hombre primitivo brutal, de instintos animales, carente de refinación espiritual, y por lo tanto poco digno de interés por el historiador del derecho.

Sin embargo, una mirada más atenta sobre la historia remota del ser humano, conduce a conclusiones bien diferentes.

Una de ellas, es que no se conoce ninguna sociedad por primitiva que esta sea, donde no exista una idea del derecho, a través de ideas elementales de lo correcto o la aplicación de las costumbres mas notorias.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

Es posible que exista una etapa prejurídica de la humanidad, que no tenga ningún contenido jurídico de interés, pero la verdad es que si esa etapa existió, no se tiene conocimiento de ella.<sup>2 3</sup>

En el mismo sentido se había expresado ya Spencer, *The data of Ethics* (Sexta Edición, London 1890) especialmente capítulo 6o pag. 164: *"Si bien el hombre primitivo no tiene palabras sea para felicidad o justicia, aún entre ellos, hay trazas de un enfoque al concepto de justicia"*.

Algunos enfoques muy emparentados con el materialismo histórico, admiten la preexistencia de un orden económico de la sociedad en relación con el orden jurídico.

Así por ejemplo se dice que las relaciones de producción y la propiedad entre estas relaciones de producción sería un fenómeno económico, (infraestructura social) y que después vendría toda una justificación jurídica (superestructura), que tendría menor importancia, y que a la larga, estaría condicionada por la primera.

Pero esto no es así, al menos en nuestra opinión: los conceptos económicos son también conceptos jurídicos, y es un error decir la propiedad o la esclavitud son conceptos económicos, sino que mas bien la verdad parece ser precisamente lo contrario.

---

<sup>2</sup> Conf. Del Vecchio, Giorgio. *Los principios Generales del Derecho*. Ps. 35 y 36. "Una base absolutamente prejurídica de la humanidad, es decir, desprovista de todo valor desde el punto de vista del derecho, no ha podido jamás ser hallada, a pesar de que las investigaciones etnográficas han alcanzado casi los confines de la prehistoria"

<sup>3</sup> Cf. por ejemplo Westermarck, *The origin and development of the moral ideas*, especialmente Vol I (London, 1906) pag. 124: "We have no knowledge of a savage people without customs.... Various data prove that the lower races have some feeling of justice." (En inglés en el original). No tenemos conocimiento de un pueblo salvaje sin costumbres. Varias informaciones prueban que los pueblos mas inferiores tienen algún sentimiento de justicia.

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

Compartimos la opinión de Del Vecchio, en cuanto dice que:

"Las investigaciones objetivas demuestran que esa preexistencia del orden económico sobre el jurídico no tiene lugar en ningún caso, ni podría ocurrir, puesto que uno y otro orden suponen iguales condiciones de carácter psicológico que las hacen nacer necesario al mismo tiempo."<sup>4</sup>

Por muy lejos, la prehistoria es la etapa mas extensa en la trayectoria del ser humano en el planeta. El período que conocemos como civilización, ocupa mucho menos del 1% de la presencia del hombre en la tierra: el resto es prehistoria.

Tan extenso periodo, otorga a la prehistoria un especial interés al estudioso de las instituciones jurídicas, y plantea interrogantes, algunas de las cuales se proyectan hacia el futuro, en las que se está aún lejos de una contestación unánime.

En algún momento, y en estudios que se verán en el curso de esta disertación se vio con claridad, que el hombre primitivo ha demostrado una cierta superioridad al civilizado en la comparación de sus particularidades psicológicas, e instituciones jurídicas.<sup>5</sup>

Las instituciones de la prehistoria, establecen una base común arcaica, pero elemental que subyace sobre figuras mas modernas y

---

<sup>4</sup> Del Vecchio, Giorgio. *Los principios Generales del Derecho*. Ps. 35 y 36.

<sup>5</sup> Un trabajo del antropólogo inglés-polaco Bronislaw Malinowski, (1884 - 1942) sobre el Complejo de Edipo en la Sociedad Primitiva, arrojó resultados sorprendentes: Lo que los occidentales conocen como complejo de Edipo no existía en la sociedad primitiva, ni nada parecido a ello.

Una mirada mas atenta sobre esta observación arrojó que las sociedades que ofrecían estos datos no habían entrado todavía al estadio agrario, y no habían sido aún víctimas de las instituciones jurídicas de la civilización.

Estas instituciones, para bien y para mal, todavía conforman la mentalidad del ser humano contemporáneo, y su conocimiento y comprensión tiene un sentido de mayor importancia para el hombre supercivilizado del tercer milenio.

Malinowski expresa que los psicoanalistas trabajan en un contexto sociocultural demasiado estrecho, y que las teorías debieran ser mantenidas por campos de observación mas amplios

Bronislaw Malinowski, *Sex and Repression in Savage Society* (U. of Chicago Press, 1927 1985)

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

eficientes, pero que si quieren en definitiva tener un éxito duradero, tienen que considerar ese pasado remoto y arcaico.



# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## La Lenta Evolución del Hombre Primitivo

La aparición del ser humano en la tierra, es relativamente reciente en la historia del planeta.

Su historia total puede tener una antigüedad de unos tres millones de años, aunque gran parte de este período está ocupado por seres que tienen muy poco que ver con el ser humano tal como lo conocemos e imaginamos en el día de hoy.<sup>6</sup>

En realidad para encontrar al ser humano con características similares a los actuales, no en cuanto a civilización, sino en cuanto a características físicas y genéticas, debiéramos limitarnos al último un millón de años.

Es muy poco tiempo, si pensamos que algunos de los animales con los cuales estamos estrechamente relacionados por lazos de simbiosis, como las abejas, tienen una historia comprobable de 80 millones de años.<sup>7</sup>

Los autores suelen preguntarse si existe una etapa prejurídica de la humanidad, pero antes daremos una muy somera y resumida descripción de la evolución humana desde el punto de vista de las normas y usos sociales.

Esta sociedad primitiva es a su vez producto de una evolución que tiene caracteres humanoídes que viene desarrollándose desde un millón de años antes.

Si escribiéramos la historia de la humanidad, no de acuerdo a los criterios convencionales, sino en 100 volúmenes cada uno de los cuales

---

<sup>6</sup> El hombre de Taung en Sud África, fue descubierto en 1924, y señala un humanoíde de una antigüedad de unos 2:000.000 de años. Probó la afirmación muy controvertida que el humano tiene su origen en el continente Africano.

<sup>7</sup> Se estima que la vida en sus formas mas primitivas en el planeta podría tener 600 millones de años.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

insumiera un período de 10000 años (diez milenios), tendríamos más o menos los siguientes resultados:

Durante los primeros volúmenes, el hombre abandona África, su continente originario, comenzando la colonización de Europa y Asia.

El hombre de esta época, no usa el fuego, aunque posiblemente se comunica con fluidez por la palabra oral y utiliza instrumentos. Camina erguido en dos pies, y tiene una caja craneana francamente superior a sus antepasados simios.

En el volumen 30 podríamos encontrar ejemplares netamente humanos como el hombre de Java.

Posiblemente hay que ir al tomo 41 para encontrar un ejemplar humano que controlaba el fuego.

En el volumen 50 se encuentra el denominado hombre de Heidelberg, un fósil hallado cerca de esta ciudad alemana.

En el volumen 70 encontramos lo que llamamos el hombre de Pekín, o sea humanos cuyos fósiles fueron hallados cerca de la capital China y corresponden a sujetos que posiblemente existieron hace aproximada 300000 años.

Recién en el tomo 95 encontraríamos al hombre de Cromagnon, que corresponde en su evolución antropométrico a muchas culturas contemporáneas. No conoce la agricultura, pero es un eficiente cazador. Si se le vistiese adecuadamente se confundiría en la población civil común de una ciudad actual. Su cultura sin embargo es similar a la que tenían los esquimales o los charrúas cuando trabaron contacto con la raza blanca.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

Recién en el volumen 96, comienza la expansión del hombre hacia el continente Americano, seguramente a través del estrecho de Behering entre Alaska y el Extremo Oriente.<sup>8</sup> De esta fecha (hace unos 40000 años) data el descubrimiento de América. Los humanos llegaron al extremo Sur del continente americano para el año 6000 AC, es decir en el volumen 100, según informan restos humanos encontrados cerca del estrecho de Magallanes.<sup>9 10</sup>

Las técnicas agrarias en Europa se introducen unos 12000 años antes de Cristo, es decir en el volumen 99. No fue un proceso sorpresivo sino que posiblemente fue un lento desarrollo que puede haber llevado algunos siglos, quizás milenios.

Todo el proceso que nosotros llamamos civilización, que comprende toda la historia escrita de la humanidad, está comprendida en un solo volumen que es el volumen 100 en el cual comienza el período histórico, con la posibilidad de crear grandes organizaciones políticas y la aparición de las primeras leyes y códigos.

En este volumen tenemos desde el auge del Imperio Egipcio, hasta el nacimiento de los pueblos Griegos, su auge y su caída, la fundación de Roma, su consolidación como poder mundial, su caída, la difusión mundial de la filosofía cristiana, el surgimiento de la burguesía, la expansión europea por el mundo, la revolución industrial, las grandes revoluciones democráticas, la

---

<sup>8</sup> El ser humano no es originario de América. La colonización del continente americano comenzó en un período de hace 20000 a 40000 años.

La agricultura fue descubierta en América mas o menos unos 6000 años antes de Cristo, es decir es una técnica que los primeros pobladores americanos no traían. (Barsa, Tomo 12 pag. 190).

<sup>9</sup> En 30000 años, se colonizaron ambas Américas. Puede ser mucho tiempo, si se considera que la abeja africana, traída para un experimento a San Paulo (Brasil) en la década de 1960, colonizó toda el área tropical, y 20 años después llegaba al estado de Florida.

<sup>10</sup> Las culturas americanas precolombinas, se estima que tuvieron su apogeo, por el siglo V después de Cristo. Después entraron en una lenta decadencia, que marca el estado en que fueron encontradas por los españoles por el siglo XV, y que justifica la facilidad de la conquista a pesar de la enorme superioridad numérica.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

revolución de la informática y finalmente las últimas páginas que corresponden al día de hoy.

¿Podremos imaginar que pasará en el volumen 101?

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

Cronograma de la historia Humana. Cada volumen comprende 10000 años (diez milenios), con un total de un millón de años. Para salir del estadio puramente animal quizás fueron necesarios 2 millones de años o sea dos bibliotecas similares. Todo el período llamado civilización se comprende en el último volumen.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

Salida de Africa										
									Java	
Control del Fuego										Heidelberg
										Pekin
				Cromagnon	Descubrimiento y Colonización de América					Civilización

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## Las últimas etapas de la prehistoria

A continuación damos un ejemplo de funcionamiento del derecho, en un pueblo que se encuentra en un estadio cultural que correspondería aproximadamente a la edad glacial, que tiene la ventaja de haber sido estudiado con muchos detenimiento:

### Los Esquimales.

*Existen varias normas religiosas. Se supone que la foca se originó en los dedos de Sedna, por lo que por cada una que se mata hay que ofrecer una expiación. Mientras se descuartiza a la foca, todo trabajo debe cesar, y por cada morsa atrapada el período de descanso es de tres días. Hay normas reguladoras que atañen a las mujeres durante determinados períodos. No pueden entonces comer carne cruda, deben cocinar en determinados cacharros y no han de tomar parte en los festivales. Si se violan estos tabúes se supone que una señal negra, visible para los animales de caza, se fija por sí misma en la culpable. Al verla, los animales escapan y queda amenazada la obtención de alimentos. Para evitar el hambre se hace entonces necesaria una confesión pública, después de la cual se expía la culpa. En esta etapa de la cultura existen pues regulaciones, leyes y un sistema de castigos.*

*También hay un código de conducta moral entre los esquimales, aunque es bastante diferente del nuestro. La hospitalidad con un viajero solitario incluye siempre alimento y morada y, en algunos casos, también una compañera de lecho. Tal costumbre se sigue sólo si hay consentimiento de ambas partes, es decir, del marido y la mujer. Si se ofrece tal muestra de hospitalidad, el no aceptarlo está considerado como un insulto a la mujer y al anfitrión. El hombre es el jefe de la casa y las irregularidades sexuales cometidas sin su consentimiento se castigan severamente. Así, pues, hay reglas de comportamiento en materia sexual y en ningún*

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

*sentido se puede hablar de promiscuidad. El esquimal viejo, que no puede ya cazar ni ser útil, suele marcharse para morir en la soledad o pide que lo abandonen cuando la familia se traslada, sobre todo si hay escaso alimento y el dar de comer a una boca más puede poner en peligro a todo el grupo. Si no hay ofrecimiento voluntario, el grupo puede decidir abandonar al anciano para que muera solo.*

*Los esquimales rara vez luchan. No sabemos si el hombre de Cromagnon era o no muy belicoso, pero los esquimales, pueblo de la edad glacial, son amantes de la paz. Desde luego, existe una gran cantidad de falsedades en nuestras ideas corrientes, sobre la ferocidad de los hombres salvajes y la imaginación del artista que diseñó a Tarzán no fue muy realista. Los esquimales tienen querellas de sangre entre las familias y los grupos locales, como casi todos los pueblos primitivos. La familia toma venganza de una injuria hecha a alguno de sus miembros. En lugar de luchar, los esquimales someten cualquier disputa a un combate en el que juegan el ridículo y la agudeza. El asunto se solventa en presencia de todo el grupo por medio de respuestas satíricas en forma de canción, y las letras de las canciones se improvisan de acuerdo con los reglamentos del duelo. El auditorio contrasta los méritos de la exposición y reconoce a uno de los dos contendientes como vencedor indudable.* <sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Ogburn/Ninkoff. Sociología. Aguilar. 1979. (pag 67 y 68).



---

## Las Instituciones Agrarias

### La abundancia económica

La revolución agraria que tiene lugar a la salida de la prehistoria tiene como objeto directo obtener la abundancia económica y permitir sociedades mas numerosas y con mayor concentración de población.

Desde luego que la agricultura multiplica muchas veces la cantidad de personas que pueden vivir en un kilómetro cuadrado, pero ello tiene igualmente un límite.

El crecimiento de población hace que la población fácilmente se recueste sobre ese límite que en la sociedad europea a la época del descubrimiento de América, no llegaba nunca a los 40 habitantes por kilómetro cuadrado.<sup>12 13</sup>

Ese límite no es fijo, ya que depende del lugar, los cultivos, y el estado de la tecnología.

Pero el desarrollo de la tecnología agraria es muy lento hasta que en tiempos recientes se introduce la máquina de motor y la genética.

Actualmente la técnica agraria es portentosa y ha alejado definitivamente el fantasma maltusiano.<sup>14</sup> Hoy una familia puede ser

---

<sup>12</sup> La introducción del cultivo de papa originaria de América, en base a su gran productividad y baratura logra ultrapasar (después del descubrimiento de América) ese límite de 40 habitantes por kilómetro cuadrado.

<sup>13</sup> *Las recientes investigaciones sugieren fuertemente que una densidad por kilómetro cuadrado del orden de 40 (estableciendo el promedio entre las buenas tierras de trigo o de viñedos y los suelos áridos- es el máximo que puede soportar la economía tradicional de los campesinados de Europa Occidental. Francia, quizás porque tenía las tierras mas fácilmente cultivables, mas naturalmente fértiles, había alcanzado mucho antes que los otros ese número límite. ...* Peyrefitte. El Mal latino. pag. 146.

<sup>14</sup> Malthus, Thomas Robert (1766 - 1834), economista inglés. Sostenía que no era posible una mejora en el nivel de vida de la población ya que las mejoras de la economía se traducían en aumento de población, que siempre tendía a superar a esas mejoras. La población entonces viviría recostada sobre su límite de subsistencia y al borde del hambre.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

alimentada con el producto de un terreno de 500 metros cuadrados incluso bastante menos utilizando técnicas hidropónicas.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## La propiedad privada

Quizás ninguno de los cambios que introduce la agricultura es tan obvio y tan directamente influenciado desde la técnica al derecho como la propiedad privada, y particularmente la propiedad privada de la tierra.

La sociedad recolectora cazadora, si bien tiene un ámbito territorial de influencia, este es muy extenso, la influencia sobre ese territorio es muy débil y el control sobre el mismo ninguno.

Así es que es posible que un grupo humano agote la capacidad generadora de alimentos del hábitat que ocupa. Cuando esto sucede el grupo no tiene otra solución que cambiar a otro hábitat. Si es un grupo recolector, cuando no hay mas frutas, o raíces, habrá que ir a otro lado, y lo mismo pasa con un grupo cazador.

A veces se entra en conflicto con otros grupos en la búsqueda de esos recursos, y a veces hay guerra.

La sociedad agraria en cambio, se basa en la cultura y mejora de la tierra, y parte de la base de asentamientos humanos regulares y permanentes en el tiempo.

El trabajo humano demora un tiempo entre la siembra y la cosecha, al menos un año. Pero hay un trabajo mucho mas lento sobre la tierra. Esta al ser trabajada mejora en calidad, y composición física. La presencia de ganado, acelera los ciclos , y junto a los ciclos estacionales se da un ciclo de mucho mayor duración de mejora general de la tierra que es mucho mas lento.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

Así una tierra puede estar convertida en una explotación rentable, aún en nuestros días, luego de un período extenso, digamos 10 años, quizás mas, quizás menos.

Es lógico entonces, que se requiera una cierta permanencia y garantías que la persona tendrá el resultado de su esfuerzo, y eso se logra a través de la propiedad privada.

Si estas líneas hubieran sido escritas hace 10 años, quizás debieran ser mas explícitas sobre este tema, ya que el mismo derecho de la propiedad privada era fuertemente controvertido por sistemas sociales modernos representados por estados muy poderosos como la URSS y China Continental.

Hoy en día esto ha cambiado, y el hecho en sí de la propiedad privada y el derecho que emana de ella, no son controvertidos seriamente en el mundo.

Desde luego que las controversias seguirán sobre el alcance, fines y usos de la propiedad, pero no sobre el derecho en sí.

En todos los tiempos la propiedad tuvo distintos significados.

Como otras instituciones nacidas de la civilización, fue en los principios de la civilización que tuvo la propiedad un mayor alcance, llegando a tener un valor sagrado.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

Hoy vemos a la propiedad como un instituto protegido constitucionalmente y apto para asegurar un razonable asentamiento de las personas y garantizar el resultado de sus esfuerzos de largo plazo.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## La esclavitud

El hombre prehistórico no conoce la esclavitud, y la misma no tiene significado económico en la sociedad prehistórica.

Una sociedad cazadora-recolectora, no puede tener esclavos por razones obvias.

Cazar una presa puede significar excursiones de caza de varios días. Si se encargara la tarea a un esclavo, este no regresaría voluntariamente. Algo parecido pasa con la recolección.

Muy distintas son las tareas agrarias de la agricultura y la crianza de animales. Siendo el hombre sedentario, y tareas de la agricultura repetitivas y que no implican traslado físico del trabajador a grandes distancias, la esclavitud aparece como un fenómeno posible.

Quizás se introduce en las costumbres como el perdonar la vida de soldados vencidos a cambio de trabajos de contenido económico, pero luego se institucionaliza, y toda la vida económica de la cultura antigua gira en torno a la esclavitud.

En el auge de la democracia ateniense, Atenas tenía 100000 habitantes, de los cuales casi el 80% de la población eran esclavos.

Números similares se dan en la República Romana.

La historia económica de ciudad antigua está pautada por el tema de la esclavitud, institución que aún los mas avanzados filósofos consideraban un mal necesario. Séneca el filósofo romano contemporáneo de Cristo fue una notable excepción.

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

La misma filosofía judeo-cristiana ve con disfavor la esclavitud.

Los Israelitas antiguos experimentaron esclavitud en el Egipto durante la segunda mitad del 2º milenio antes de Cristo. El Éxodo, segundo libro del Viejo Testamento, informa que los Egipcios hicieron las vidas de los esclavos Hebreos "amargas con el duro cautiverio, en el mortero, y en el ladrillo, y en toda la manera de servicio en el campo; todo su servicio, en donde ellos los hicieron siervos, estuvo con el rigor."

El Viejo Testamento no contiene una declaración de carácter general contra la esclavitud.

Sin embargo existen fragmentos totalmente incompatibles con la esclavitud, e incluso, parecen mas bien declaraciones de derechos sociales de finales del siglo XX.

Uno de los mas importantes profetas de Israel, Isaías<sup>15</sup>, dijo en el Siglo Sexto antes de Cristo, describiendo la sociedad del futuro:

La gente construirá casas y vivirá en ellas.

Sembrará viñedos y comerá sus uvas

No sucederá que uno construya y otro viva allí

O que uno siembre y otro se aproveche

Mi pueblo tendrá una vida larga,

Como la de un árbol;

Mis elegidos disfrutarán del trabajo de sus manos.<sup>16</sup>

El Viejo Testamento también estipuló un límite de 7 años al período de servidumbre, aunque que ese límite, aparentemente, no se haya cumplido siempre.

---

<sup>15</sup> Primero de los cuatro profetas mayores. Profetizó en Jerusalén de 734 a 668 A.C..

<sup>16</sup> Isaías, 65 21-22

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

El gran número de esclavos que tuvo el Imperio Romano en la época de su apogeo, superó en mucho la cantidad de trabajadores libres, lo cual estimuló los levantamientos masivos contra el poder imperial. Uno de ellos, liderado por Espartaco, llegó a reunir un ejército con 40000 integrantes.

La creciente centralización del poder en Roma, y la subsecuente debilitación económica, dificultaron la atención militar interna frente a tamaños alzamientos. En definitiva, la esclavitud desaparece en Europa para el fin de período romano.

Se atribuye el mérito de su desaparición a la filosofía cristiana, y a la escuela romana del derecho natural.

Luego va a reimplantarse, limitada al Nuevo Mundo, y a personas de raza negra.

Hoy se discute hasta que punto puede tener interés el estudio del tema de la esclavitud en los programas de estudio modernos, y parece imponerse una opinión positiva.

Si bien la institución ha perdido interés en la época moderna, el sentido del aprovechamiento de mano de obra muy barata, y explotación de la libertad ajena (existen máquinas muy eficientes).- No obstante, ha aumentado el interés en la virtual desaparición de grupos muy grandes de población.

Los crímenes de guerra nazis, constituyen el ejemplo mas claro en tiempos modernos del intento de reducir a esclavitud a grandes porciones de población, y desde luego que el exterminio masivo es una forma de esclavitud cuando el esclavo ha dejado de ser necesario.-



# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

La propuesta nazi de la cuestión judía, fue aceptada por los pueblos mas avanzados del planeta y hace tan poco como sesenta años.-

Hay también ejemplos claros mas recientes como el caso de Camboya.

Hay también algunos casos aislados de esclavitud institucionalizada en el sentido convencional del término en zonas de mundo subdesarrollado, pero que no configuran un fenómeno masivo que pueda amenazar convertirse en una amenaza a los derechos individuales en el corto o mediano plazo.

## El paternalismo Familiar

El surgimiento de la civilización, y el dominio de la agricultura, traen aparejada la comprensión del proceso reproductivo.

En la prehistoria no se comprende claramente el papel del varón en la reproducción, y la reproducción es un fenómeno exclusivamente femenino.

El parto y el alumbramiento, es algo que le pasa a la mujer. El esposo es un extraño,.

En la familia prehistórica, cuando es necesaria la figura masculina en la educación de la prole, esta figura es el padre o el hermano de la mujer, el esposo es un compañero que aporta compañía y eventualmente cariño.

Todo esto cambia cuando se comienza a comprender que el proceso reproductivo es algo que atañe al hombre.

Las instituciones familiares pasan a estar centradas en la paternidad y la certeza de la paternidad.

Se presenta en los albores del período histórico un triunfo del poder del macho ante las fuerzas reproductivas de la mujer. y en esta época, ese triunfo alcanza su apogeo con la familia clánica, y el enorme poder que el pater familias tiene en el grupo familiar, donde la mujer a veces puede equipararse a un esclavo o a un animal doméstico.

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

La mitología griega, explica este proceso a través de la leyenda de Orestes.-

Este viene a descubrir que la muerte de su padre es provocada por el asesinato de su madre Clitemnestra. Orestes venga la muerte de su padre matándola a su vez.

Con arreglo al derecho prehistórico-arcaico no existe mayor crimen: Orestes mata al ser hacia quien tenía los supremos deberes, y ello para vengar la muerte de quien en derecho era para él un extraño.

En la tragedia griega Orestes es acusado y defendido por Febo, el dios solar, encarnación del principio varonil. En definitiva, es absuelto.

El coro finalmente exclama "¡Ay, dioses nuevos, habéis pisoteado las antiguas leyes!"

Un nuevo derecho se impone a la humanidad.

## **Proyecciones modernas**

En 1927, se publica por primera vez la obra principal de Bronislaw Malinowski, sobre una investigación en las islas Trobriand del Océano Pacífico, sobre una población primitiva equivalente a la de los tiempos prehistóricos.<sup>17</sup>

Descubre la investigación que el complejo de Edipo, tan afín a la salud mental de la sociedad occidental no fue detectado en la investigación.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Bronislaw Malinowski, *Sex and Repression in Savage Society* (U of Chicago Press, 1927 1985)

<sup>18</sup> El complejo de Edipo en sí es algo en lo cual no hay acuerdo, aunque si lo hay en algunos de sus síntomas. Parecen imponerse las interpretaciones culturalistas, en las cuales el complejo de Edipo consiste básicamente en la transmisión inconciente de la madre hacia el niño de hostilidad hacia el padre. El niño se encuentra así enfrentado a una fuerza muy superior, lo que hace que desarrolle conductas simbólicas de agresión. En la base de todo, estaría la situación de represión cultural y sexual de la madre que le impide actuar con libertad y naturalidad, sin involucrar, consciente o inconscientemente a su o sus hijos.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

En general se concluye, en la necesidad de adoptar bases mas amplias en la investigación de fenómenos culturales o sicológicos, que la de investigar solamente sobre la sociedad contemporánea.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## Los Grandes Imperios

El surgimiento de grandes imperios es algo absolutamente fuera del alcance del hombre prehistórico.

Puede entonces, vincularse el surgimiento de las grandes organizaciones políticas de la antigüedad a los avances en la agricultura y en la escritura.

La sociedad prehistórica no tiene la posibilidad de formar grandes organizaciones políticas, quizás esté allí, la razón principal de su debilidad relativa.

Al carecer de escritura, y de posibilidad de formar agrupamientos humanos relativamente densos, la sociedad prehistórica tiene limitadas probabilidades de conformar organizaciones políticas complejas.

En este sentido, el modelo político en las sociedades pre-cristianas parece, similar.

Comenzado el período agrario, se forman agrupaciones más densas de población, y se organiza la sociedad en familias amplias llamadas clanes o gens.

La etapa clánica es sustituida por la etapa estatal, donde ya los clanes son agrupados y/o sustituidos por una organización especializada en el gobierno. En esta etapa encontramos distintos grados de centralización. Pero generalmente predomina la idea republicana, es decir la idea que el estado, sea este monárquico, aristocrático o democrático está al servicio de la gente.

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

El estado republicano, es a su vez sustituido por la figura del emperador y cobra fuerza la burocracia que lo sostiene.

El estado deja de estar al servicio de la gente, y la idea que se impone es que la nación está al servicio de una burocracia frecuentemente despótica que a su vez está al servicio de una o muy pocas personas.

Finalmente, el poder tiende a concentrarse en forma absoluta en la persona de un emperador o basileus o faraón (el título cambia en las distintas sociedades) que es el jefe de una inmensa burocracia, y que logra poner a toda la nación a su servicio exclusivo.

Si bien este tipo de comunidades suelen tener grandes ejércitos, son en realidad muy débiles porque suelen no tener con que pagarles, la gente se rehusa a pagar impuestos, e incluso a trabajar.

La enorme concentración de autoridad es muy visible incluso pasados muchos milenios.

Las pirámides de Egipto, son inmensas obras públicas que hicieron amplio uso de trabajo esclavo, para obras funerarias del faraón de turno.

Llegaron a esta etapa, la civilización egipcia, los romanos de la decadencia, las civilizaciones americanas precolombinas, etc.

Finalmente, estos imperios, verdaderos gigantes de pies de barro, se desploman a veces ante enemigos muy inferiores, a veces sin que exista una verdadera guerra, y son sustituidos por una atomización de autoridad, con mucha anarquía y violencia, entorno del cual surgirá un nuevo ciclo.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## El Paraíso Perdido

Es muy difícil evaluar en general la calidad de vida del hombre prehistórico, para su comparación con las instituciones posteriores de las primeras civilizaciones.

La gran dificultad estriba, que no todas las etapas de prehistoria fueron iguales, ni todas las etapas de la civilización agraria fueron tampoco iguales entre sí.

Existieron además grandes diferencias particulares derivadas de coyunturas históricas y económicas.

El hombre primitivo, tenía el riesgo del hambre, y conocía la guerra cuando entraba en conflicto con similares.

El hombre de la civilización agraria no solucionó el problema del hambre con carácter general, inventó la esclavitud, generó grandes imperios centralizados en una forma no vista antes, cambió la forma de organización de la familia, sojuzgó a la mujer en beneficio del varón, e hizo de la guerra y el pillaje un estilo de vida.

A la luz de estos hechos, no resulta difícil opinar que el progreso agrario pudo resultar en algunos lados un verdadero cataclismo, y que la innovaciones condujeron a la humanidad a una etapa muy dolorosa.

Imagine el lector, lo que puede ser la vida de un constructor de pirámides, cargando bajo la esclavitud inmensas piedras, sin que se hubiese inventado la rueda, para la tumba de un señor que ni siquiera conocen y

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

compare con la descripción que se hace líneas arriba de una tribu de esquimales.

Esto no podía dejar de ser observado en sus momentos precisamente más visibles, donde las instituciones se hacen más claras y exageradas que es en el propio comienzo de los tiempos históricos.

No solo estas instituciones nuevas tienen una alta definición, sino que hay además abundante documentación para estudiar las mismas, ya que es el comienzo de la historia y la escritura se comienza usar para los grandes libros, algunos de los cuales llegaron casi intactos a nuestros días.

En general las religiones y los profetas ven con claridad el fenómeno.

Partiendo de la base que los mitos son intentos metafóricos para entender y explicar realidades percibidas de los orígenes y el mundo, puede usarse la narrativa para explorar los modelos de deseos, temores y conflictos que hicieron el argumento de partes importantes de la historia sagrada y mitología.<sup>19</sup>

---

## El mito de Pandora en la cultura grecorromana

Pandora fue, según el mito, la primera mujer en la tierra, cuyo nombre significaba, toda virtud. Fue creada por Zeus, del barro, y adornada de las virtudes de todos los dioses: Afrodita le dio su belleza, Hermes persuasión y Atenea, habilidades femeninas. Además de sus virtudes de belleza y gracia, le dio una gran curiosidad.

---

<sup>19</sup> La idea de una interpretación analítica del mito o la alegoría, pertenece originariamente a Claude Levi-Strauss, aunque desde luego, está presente en todas las culturas en la medida que inspiran sus propios mitos y leyendas, y sobre todo adquieren resonancia popular, y trascendencia temporal.



# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

En la tierra, Pandora se casa con Epimeteo, quien la acepta como esposa a pesar de la advertencia de su hermano Prometeo, de no aceptar regalos de Zeus. Pandora trae con ella una misteriosa ánfora, y su esposo Epimeteo prohíbe a Pandora abrirla. Pandora no puede con su curiosidad, y abre el ánfora que tiene en custodia, de donde salen y rápidamente se esparcen por el mundo todas las virtudes y defectos humanos sin la menor posibilidad que puedan retornar .

Pandora cierra rápidamente el recipiente, en donde queda en definitiva guardada , con un profundo significado, la esperanza.<sup>20</sup>

**También la mitología judeo cristiana, es consciente del cambio que experimenta en algún momento la humanidad.**

El antiguo testamento (Génesis. 2 a 4), dice que Dios hizo al hombre, y le instaló en un jardín del Edén, donde se hizo brotar toda clase de árboles de hermoso aspecto y (de frutos) buenos para comer.

En medio de ese jardín, estaba el árbol de la vida, y un misterioso árbol cuyos frutos estaba totalmente prohibido comer: el árbol del conocimiento del bien y del mal.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Hay por lo menos dos versiones de la fábula, la de Hesíodo, donde la propia creación de Pandora resulta un castigo que Zeus efectúa por la aceptación que la humanidad hizo del robo del fuego por Prometeo, y la de Esquilo donde Prometeo tiene en realidad otro castigo que es ser encadenado a una montaña donde un águila comerá su hígado que crecerá todos los días. Finalmente logra liberarse de las cadenas e ingresar al Olimpo con los dioses que en algún momento enfrentó.

<sup>21</sup> Tomó pues, Yahve Dios, al hombre y lo llevó al jardín de Edén, para lo labrara y lo cuidase. Y mandó Yahvé Dios al hombre y , diciendo: "De cualquier árbol del jardín puedes comer, mas del árbol del conocimiento del bien y del mal, no comerás; porque el día en que comieres de él, morirás sin remedio."

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

En contravención a la prohibición divina, Eva, quien como Pandora, era la primera mujer de la creación, prueba el misterioso fruto, y dio también a comer a su marido que estaba con ella.<sup>22</sup>

Como en el caso de Pandora, el mundo ya no es el mismo después que se perdió la inocencia, y la humanidad enfrentará un largo período de sacrificios y dolores. Dios echa al hombre fuera del jardín del Edén para que labrase la tierra "de donde había sido tomado".<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Y como viese la mujer que el árbol era bueno para ser comido y una delicia para los ojos, y que el árbol era apetecible para alcanzar sabiduría, tomó de su fruto y comió, y dio también a su marido (que estaba) con ella, y él comió también.

<sup>23</sup> Después Yahvé Dios lo expulsó del jardín de Edén, para que labrase la tierra de donde había sido tomado. Y habiendo expulsado a Adán puso delante del jardín de Edén querubines y la fulgurante espada que se agitaba, a fin de guardar el camino del Árbol de la Vida.

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## La naturaleza humana

La propia naturaleza humana, depende en alguna forma de las opiniones básicas que tomemos sobre el tema de la prehistoria.

Desde luego que la naturaleza humana, es lo que es, fuera de las consideraciones filosóficas. Generalizando, el hombre es bueno y es malo, y virtudes y defectos coexisten en el mundo en proporciones variables de acuerdo a las instituciones. Un vaso a medio llenar, para muchos es un vaso medio vacío, y para otros es un vaso medio lleno, y la discusión en principio y en una primera aproximación no cambiará la descripción que se haga del vaso.

No obstante, en el ser humano el problema puede ser diferente.

Una opinión optimista de la naturaleza humana, está mas predispuesta a conceder márgenes de libertad a las personas, cuando una opinión mas pesimista, tenderá a restringirlos.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## El Legado de la Prehistoria

El estudio del derecho primitivo, deja profundas enseñanzas, que debieran resumirse.

**La primera** de ellas, es que el desarrollo social y tecnológico, no siempre se traduce en una mejora en calidad de vida de la gente.

**La Segunda**, es que ese desarrollo, se impone con cierta objetividad, y no siempre, sus desventajas o ventajas son evitables.

Por ejemplo, la esclavitud, quizás pudo evitarse en su momento, pero las naciones esclavistas sacaron una ventaja económica y/ o militar sobre sus similares no esclavistas y las vencieron. No obstante en la edad media y con la filosofía cristiana, pudieron vencer a la esclavitud y no ser sojuzgados por otros pueblos.

**La Tercera**, que gran parte de nuestras formas de pensamiento, estilo y carácter fueron formadas por la prehistoria. Existe un legado genético que rechaza el mecanicismo, el trabajo ultra especializado y las jornadas agotadoras repetidas durante un número ilimitado de años.

La sociedad-colmena, es antinatural.

**La Cuarta**, es que nos encontramos precisamente en este momento ante un cambio tecnológico de dimensiones difícilmente imaginables.

Este cambio afectará todas las relaciones de la economía, la familia, el estado y la política, igual o más aún de lo que lo hizo la agricultura.

---

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

No obstante, el mundo de los valores y el derecho, tienen un protagonismo especial, si no se desea que el cambio conduzca a la humanidad a un mundo de desgracia, donde puede no haber un rápido retorno.

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---

## Bibliografía

- 📖 Datan,. Nancy; *The Oedipus Cycle: Developmental Mythology, Greek Tragedy, and the Sociology of Knowledge*, 27 *International Journal of Aging & Human Development*. 1-10 (1988)
  - 📖 Del Vechio,. G.; *Los Principios Generales del Derecho* ( 1950)
  - 📖 Durkheim,. Emile; *The Elementary Forms of the Religious Life* ( 1915)
  - 📖 Esquilo;. *La Orestíada; Elite* (1959)
  - 📖 Jacques Lacan,. *The Family Complexes, Critical Text*. 12-29 (1988)
  - 📖 Claude Levi-Strauss,. *Tristes Tropiques; Plon* (1955)
  - 📖 Alphonso Lingis,. *Oedipus Rex: The Oedipus Rule and Its Subversion, Human Studies*. 91-100 (1984)
  - 📖 Bronislaw Malinowski,. *Sex and Repression in Savage Society; U of Chicago Press* (1985)
  - 📖 Lewis Mumford,. *La Condición del Hombre; Compañía General Fabril Editora*. (1960)
  - 📖 Ogburn/Ninkoff;. *Sociología; Aguilar; (1979)*
  - 📖 Peyrefitte,. A.; *El Mal Latino; Plaza & Janés S.A. Editores* (1978)
-

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio



Alvin Toffler; **La Tercera Ola** ; Plaza & Janes S.A. Editores (1981)

# Instituciones Jurídicas Arcaicas

Carlos Aparicio

---



## Derecho Romano

### Introducción al Derecho Romano

Pocos temas existen en la Academia moderna, que susciten un interés tan particular como el Derecho Romano.

No se trata en sí que el Derecho Romano tenga mas interés que otros temas académicos, sino que en torno al mismo se genera una actitud muy poco científica de aceptación o rechazo.

En los hechos casi todas las grandes obras de Derecho Romano, están imbuidas por una actitud de elogio y defensa, mas que por una actitud de reflexión histórica pragmática.

Muchas épocas de la humanidad, desarrollan criterios similares, por ejemplo las grandes revoluciones, la norteamericana, la francesa y la soviética, mas cuando se entra en estos temas, se les enfrenta directamente con un espíritu histórico y sociológico, aunque no siempre científicamente honesto, ya que muchas veces los deseos y las aspiraciones se ponen frente a los hechos, a los que ocultan o deforman.

En el Derecho Romano pasa algo parecido. Como veremos oportunamente, hay poco interés en el derecho público romano, o aún en el derecho penal romano. Los esfuerzos de los romanistas se dirigen al derecho

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

privado romano, a veces mas con espíritu exegético y comparativo, que con un espíritu sociológico político e histórico.

Muchas veces el estudio comparativo, lo único que hace es estudiar algunas instituciones reglamentadas en el Corpus Iuris de Justiniano, las que luego serán estudiadas en el Código Civil en el momento de estudiar derecho privado.

Como el Código Civil está de alguna forma inspirado en la legislación de partidas, que a su vez está inspiradas en el Corpus Iuris, muchas veces el estudio es reiterativo y parece estar destinado a imbuir en los juristas una pasión reglamentarista, que no existe en nuestro derecho privado pero sí existía con mucha energía en el Corpus Iuris.

En la época romana, se pensaba que todo conflicto debía estar previsto en las leyes, y las soluciones encontradas en las mismas, ya que estas representaban al Emperador que a su vez representaba directamente a Dios.

En el derecho moderno, estos principios no existen, y no solamente no existen sino que son considerados como una mala política jurídica.

Hace 10 años que venimos enseñando algunos principios básicos de Derecho Romano, tema en el cual, no somos especialistas ni eruditos, pero sí estudiosos e interesados. Luego de este período nos vimos en la necesidad de reunir algunos apuntes y esquemas, para que quedase en forma clara el método seguido y las conclusiones a que arribamos.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Importancia y etapas del Derecho Romano

Cuando Roma fue fundada, mas de setecientos años antes de Cristo, en plena península Itálica, había pocos motivos para imaginar que su destino iba a ser diferente de las pequeñas aldeas típicas de la cultura mediterránea del momento.

El entorno geográfico y climático del mar Mediterráneo, característicos de un clima templado frío, presentaba particulares ventajas comparativas para el surgimiento de la civilización agraria, comenzando por el mas obvio de ellos, que es un clima muy adecuado a la agricultura, y muy propicio además al habitat humano, donde aparecen particulares ventajas precisamente para la instalación exitosa de las primeras civilizaciones.

Estas circunstancias hacen que los grupos humanos que rodean el Mediterráneo hayan tenido un protagonismo muy particular en el surgimiento de la cultura y economía de la antigüedad, liderazgo que luego iban a conservar en cuanto a riqueza y cultura, hasta el siglo 13 o 14 de la era Cristiana, y que en cierto sentido hicieron decir a algún observador que el Mediterráneo era el ombligo del mundo, entendiendo como tal el origen de la cultura humana.

Toda sociedad que llega a este etapa de comienzos en la escritura y en la agricultura, sufre un cambio particularmente doloroso que coincide con la introducción de instituciones jurídicas particulares como la esclavitud, el machismo en la organización familiar, la aparición de grandes organizaciones políticas, procesos paulatinos de violencia y progresiva centralización, burocratización decadencia y desaparición.

Estos procesos circulares, son procesos sociales particularmente visibles desde el mundo del derecho y las instituciones jurídicas. No encontramos

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

grandes diferencias cuando los estudiamos en la sociedad babilónica, en la egipcia, entre los griegos o los fenicios.

Roma, sin embargo, devino el modelo típico de la sociedad antigua, por varios motivos.

El primero de ellos, es que el ciclo romano fue de los más extensos que se han conocido: Roma fue fundada en el año 753 antes de Cristo, y tuvo vigencia hasta la caída del Imperio en el siglo V después de Cristo. Aún, después de esta época el Derecho Romano, despojado ya de todos sus atributos occidentales rigió el imperio bizantino hasta año 1453 de nuestra era.-

En segundo término, Roma, tuvo una extensión nunca conocida en el mundo. En su momento de auge, Roma fue el poder político hegemónico en el mundo conocido, y ningún poder similar competía con ella. Esta situación no se había dado antes, ni tampoco se dió después.

En tercer término, Roma se convirtió, en la etapa del imperio en un modelo mundial de centralización y autocracia, de la cual el derecho fue un instrumento indispensable e influyente.

Un estudio de un proceso tan extenso en el tiempo como diversos en sus métodos y circunstancias, requiere algún tipo de clasificación marcando las etapas principales de su evolución.

Existen varios criterios que distinguen las etapas del proceso jurídico romano, aunque nosotros vamos a seguir con Iglesias<sup>1</sup>, aquellas que marcan la existencia de tres etapas básicas:

---

<sup>1</sup> Iglesias, Juan. DERECHO ROMANO. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel Barcelona 1958 752 pp.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

**PRIMERA:** Derecho Quiritario, o del Jus Civile, o derecho romano primitivo, que va desde la fundación de Roma, hasta el final de la segunda guerra Púnica (146 A.C.). Se trata de la época de la ciudad estado, de un derecho rígido muy influido por la religión, y básicamente consuetudinario, rígido, formalista y simple. Sobre estas normas se elabora en plenas luchas entre patricios y plebeyos la ley de las XII Tablas, que si bien es una legislación escrita no llega a alterar el principio consuetudinario típico del derecho primitivo y su aplicación por parte de los pontífices.<sup>2</sup>

**SEGUNDA:** La segunda fase, del ius gentium o derecho pretoriano comienza al final de la segunda guerra Púnica (146 A.C.) Hasta la muerte de Alejandro Severo en el 235 Después de Cristo, época que marca a su vez el cese de predominio mundial de Roma.

El derecho pretoriano, que corresponde a la época en que un flujo enorme de riquezas y esclavos pasa a control de Roma, producto de sus éxitos militares y comerciales.

**TERCERA:** La fase del derecho romano helénico, o mas propiamente bizantina, se extiende desde la muerte de Alejandro Severo (235 D.C.) Hasta Justiniano (siglo VI después de Cristo). En este período sobreviene la crisis que determina que se quiebren las fronteras del Estado ante la presión avasalladora de los bárbaros que invaden las provincias e incluso Italia. En esta etapa se produce la separación del imperio con dos bases una en Roma y otra en Constantinopla, y el progresivo pasaje del centro de gravedad política desde Roma a Constantinopla.

---

<sup>2</sup> La actividad jurisprudencial llega a tal punto, que los mismos romanos identifican el ius civile con la interpretación: " ius civile... In sola prudentium interpretatione consistit."

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Derecho Romano Primitivo

Corresponde a la época de la ciudad-estado, un entorno fértil al surgimiento de la organización social alrededor de un Estado que establece un control relativamente estrecho sobre un territorio rural definido donde ejerce su influencia.

El derecho de esta comunidad, como de otras similares mediterráneas se basa en lo que se ha dado en llamar en Roma el derecho Quiritario, o *ius civile*, o *ius quiritium*, también se habla indistintamente de *mores maiorum* o "costumbres de los antepasados". El llamado derecho Quiritario es el derecho romano primitivo, dado que *quirites*, son los ciudadanos romanos de la primera época.

Se trata de un conjunto de normas consuetudinarios, que se aplican a través de un procedimiento rígido formalista y simple.

Los romanos de esta época, como toda la sociedad antigua no distinguen derecho de moralidad, y el *Jus Civile* descansa en preceptos de moralidad, que se hace tradición. Los *mores* o *mores maiorum*, dan vida al primitivo ordenamiento que la interpretación jurisprudencial, a cargo de los pontífices primero y luego los laicos van desarrollando.

En sus comienzos el derecho Romano era enteramente consuetudinario y su aplicación estaba confiada a conjunto de religiosos llamados Pontífices.

Eran los pontífices quienes autorizaban a ciudadanos privados o familias, sea a reclamar una indemnización o cobrar una compensación la cual incluían tanto daños actuales como punitivos. Desde que los pontífices eran religiosos, sus opiniones no podían ser cuestionadas pero estaban ciertamente

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

basadas no solamente en principios religiosos y morales, pero también en la experiencia pasada, y en casos reales ocurridos previamente.

Las luchas, tanto de clases como de etnias entre Patricios y Plebeyos llevó, a escribir las reglas jurídicas básicas en las Doce Tablas, allá por el año 453 antes de Cristo; subsecuentes costumbres requirieron que los pontífices y otros magistrados (como el Tribuni Plebis) manifestar sus opiniones y decisiones en público, así que la doctrina jurídica, independiente de la práctica legal, pudieran ser notorias en el siglo 4 antes de Cristo.

El primer procedimiento romano conocido consiste en las llamadas "acciones de la ley" o "legis acciones".

Dice Iglesias sobre esto: "En consonancia con los caracteres que informan el derecho primitivo, las legis actio representa el imperio de la forma, una forma angosta y embarazosa, imbuida de rito de solemnidad. Las partes, presentes in iure, esto es, ante el magistrado, han de hacer sus peticiones y declaraciones de acuerdo con fórmulas rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley".<sup>3</sup>

Los litigantes tenían necesidad de ser asesorados, y esa función la cumplían los sacerdotes, primeros juristas de la Roma Antigua, únicos conocedores y guardadores de las mismas, para recibir asesoramiento a la hora de entablar un pleito.

Las acciones de la ley eran cinco:

---

<sup>3</sup> Cf. Iglesias, op. cit. pag. 194.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

**Acciones per sacramentum.** El sacramento era la acción general: en todos los negocios para los cuales la ley no había establecido otro modo de litigar, correspondía el sacramento. El perdedor debía pagar una multa en beneficio del tesoro público.

**Per iudices postulationem** Reclamación de lo debido, divisiones de herencia y de cosa común

**Per condictionem** Corresponde para las cuentas de dinero cierto y la entrega de cosa cierta. No tenía carácter abstracto y no precisaba mención de la causa por la que se reclamaba.

**Per manus iniectioem.** Corresponde esta acción cuando se pretende hacer valer una acción personal, que puede llegar a afectar la responsabilidad personal física del deudor.

**Per pignoris capionem.** Corresponde esta acción, en casos de toma de prenda o embargo sobre un bien concreto del deudor. <sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Véase: Bonilla, Evangelio. Historia del Derecho Romano. Apéndice, pag. XVIII (Las acciones de la ley, según las Institutas de Gayo - Comentario IV)



# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## La República Romana <sup>5</sup>

En el año 510 A. C., una revolución triunfa en Roma llevando el poder de la clase patricia tradicional, al conjunto de la población.

Este período, es quizás el más interesante desde el punto de vista del Derecho Público Romano<sup>6</sup>, y se extiende desde la fecha indicada hasta instauración del principado por Augusto en el 27 A.C.. Si bien la fórmula del principado puede considerarse el acta de defunción de la república romana, el proceso de decadencia proviene de mucho antes, quizás un siglo de conflictos y luchas, y golpes de Estado de breve duración.

Es durante la etapa republicana que se produce la gran expansión romana, el triunfo en las guerras púnicas<sup>7</sup> que le concede la hegemonía mediterránea, las primeras leyes escritas y el primer intento de codificación representado en la ley del las XII Tablas (451-450 A.C.).

Las primeras leyes tienen un claro sentido igualitario y republicano, y pueden señalarse en este sentido:

Autorización de matrimonios entre patricios y plebeyos: ley Canuleia (445)

Moratorias de Deudas: ley Licinia (367 A.C.)

Prohibición de Intereses Usurarios: Ley Genucia (342 A.C.)

Abolición de la ejecución sobre las personas (manus injectio) por razón de deudas: ley Poetelia Papiria (326 A.C.)

---

<sup>5</sup> En el mundo moderno, después de las revoluciones democráticas, el modelo de Derecho Romano fue el de mediados de la República Romana. No obstante, no se corresponde a las realidades científicas, ya que el estudio real del derecho romano es de la época del Corpus Iuris, e incluso cuando este Código cita autores antiguos, muy frecuentemente adecua sus citas a las realidades del Imperio mediante las interpolaciones de las que se usó y abusó.

<sup>6</sup> El Derecho Público Romano, para la etapa del derecho clásico degenera en un mecanismo totalitario de justificación de autoritarismos y burocracias imperiales, que en definitiva van a ocasionar la decadencia y el final de Roma.

<sup>7</sup> Guerras entre Roma y Cartago. La segunda guerra púnica termina en el año 146 antes de Cristo.

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

Acceso al sacerdocio para plebeyos (Augures y Pontífices): ley Ogulnia (300 A.C.)

La Ley de las 12 Tablas fue promulgada entre los años 451-450 A C para reunir y hacer conocer reglas y procedimientos que habían sido reservados a los pontífices (miembros de clase patricia gobernante). Erigidas en el foro romano en tablas de madera o bronce, el derecho público y sagrado, privado y penal, estaba ahora a disposición del público y podía ser invocado por cualquier ciudadano.

La importancia de la ley de las 12 Tablas fue tal que sus principales disposiciones no fueron modificadas hasta la época de Justiniano en el siglo VI después de Cristo.

No se trata de un derecho nuevo, sino de la compilación del derecho antiguo en sentencias breves e imperiosas como esta relativa al deudor insolvente:

"Si no paga, cítesele a juicio. Si la enfermedad o la vejez le impide, désele un caballo, pero no litera. Tenga treinta días de plazo. Si no paga, que el acreedor le sujete con correas o cadenas que pesen quince libras, no más. Al cabo de sesenta días, véndasele al otro lado del Tíber. Si hay varios acreedores, que le corten en pedazos. Si cortan mas o menos, no se les atribuya carácter de Delito." <sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Enc. Omeba pag. 216 voz Derecho Romano

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

A pesar de la severidad de sus disposiciones, el derecho romano primitivo fue el instrumento sobre el cual Roma construye su grandeza, y llega a formar un imperio. Si hubiéramos de resumir sus caracteres diríamos:

Características del Derecho Romano primitivo	
Fuentes del Derecho	La principal fuente de derecho es la consuetudinaria.
Interpretación de las leyes	Los Jueces Religiosos Pontífices tienen autoridad de interpretación.
Fuentes Alternativas	Aparecen las primeras leyes, e incluso las XII Tablas como primer código.
Reglamentarismo	El derecho primitivo no es en absoluto reglamentarista aunque es muy formal.
Moral y Derecho	No se conoce la separación entre moral y derecho.
Normas Procesales	Los juicios son públicos y orales tanto en lo penal como en lo civil

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

## Derecho Romano Clásico

La segunda Guerra Púnica (146 AC) marca el triunfo de Roma en el Mediterráneo, y el comienzo de la expansión romana en el mundo hasta llegar como ya se ha señalado a ser la primera potencia del mundo conocido del momento.

El derecho y la moral sencillos y claros de la sociedad romana primitiva, que de alguna forma influyeron para que Roma tuviese el lugar que le correspondió en el mundo, comienza a dar lugar a un proceso de progresiva centralización política y jurídica.

Roma entra en una política agresiva de extensión de su poder imperial, que lleva a la máxima gloria en el exterior, pero que lleva a la ruina de sus instituciones políticas.

La clase media se pierde en los campos de batalla, y quien no quedó muerto, pasó a clases superiores o inferiores.

En efecto, las guerras de expansión, y las guerras civiles se convierten en este período en la industria principal de los romanos, y en un ambiente de

"A la nobleza de los patricios sucedió una aristocracia rapaz y opresora, que con los títulos de pretor, cuestor o publicano estrujaba las provincias; al antiguo pueblo, muerto en los campos de batalla, se substituyó un vil populacho compuesto de libertos, que aportaron al seno de la ciudad la bajeza de sus sentimientos y en vez de colonos y pequeños propietarios, esclavos trabajaban los campos, cuidaban de las casa y con frecuencia de la educación de los niños a la par que ejercían la industria y el comercio.

No fue eso solo: Roma, victoriosa, abrió su seno a las riquezas, lujo y creencias de los vencidos, que le arrebataron sus preciosas virtudes... Catón intentó combatir el mal; pero sus esfuerzos fueron estériles y la República siguió caminando a su ruina."<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano. Vol. XX

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

esta naturaleza, cae la república para dar lugar a una burocracia de generales que anteponen a los intereses nacionales los suyos propios.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

EL CAMINO HACIA EL FIN DE LA REPÚBLICA ROMANA		
Año	Nombre	
131-129	Aristónico de Pérgamo	Formación de la provincias de Asia
129	Lucha contra los dálmatas	
125	Nueva Intervención en la Galia	Derrota de los ligures transalpinos
123	Lucha contra las Baleares	
122 -121		Derrota de los salyos y alvernios
114	Luchas contra los escórdicos	
112 - 101	Guerras contra los cimbrios y teutones	
118 - 106	Guerra de Yugurta	Se vence Numidia. Se robustece partido popular.
90 - 88	Guerras Sociales	Victorias de Sila
90 - 84	Primer Guerra contra Mitríades	
87	Primera Guerra Civil	
87 - 86	Vuelta a Roma de Mario y Cinna	Establecimiento de proscripciones
83 - 79	Dictadura de Sila	Restablecimiento de la primera constitución aristocráticas y tablas de proscripción.
82 - 71	Guerra de Sertorio	
74 - 67	Segunda Guerra de Mitríades	
73	Guerra contra los esclavos dirigidos por Espartaco	
66 - 64	Tercera Guerra de Mitríades	Reduce a una sola provincia romana la Siria y Fenicia
65	Primera conspiración de Catilina	
63 - 62	Segunda Conspiración de Catilina	
61	Vuelta de Pompeyo y su triunfo	
58 - 50	Conquista de las Galias	
58	Revueltas en Roma	Destierro de Cicerón
58 - 52	Luchas entre Clodio y Milón	Anarquía
53	Guerra contra los partos	Muerte de Craso
48	Segunda Guerra Civil	Derrota de Pompeyo en Farsalia
48 - 47	Cesar vence a los Egipcios en Alejandría	Sumisión del mundo mediterráneo
47	Cesar vence a Farnaces en Asia Menor	
46	Vence a los Pompeyanos en Tapso y en Munda	
45	Cesar, dictador vitalicio y cónsul por diez años	
44 - 41	Asesinato de Cesar y la tercera guerra civil	
42	Derrota en Filipos de los asesinos de César	
42 - 31	Rivalidad de Antonio y Octavio	
37	Guerras en la Partia y Armenia	Renovación del Triunvirato
35	Primeras guerras de Agripa contra los germanos	
31	Batalla de Actium,	Muere Antonio y Cleopatra Fin de la República
30	Octavio cierra el templo de Jano toma el título de Augusto e Imperator	Comienza el Imperio

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---



# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## El nuevo derecho clásico

El derecho estudiado, practicado y aplicado en la Roma primitiva era extremadamente rígido y pesado: el demandante podía solamente elegir entre solo cinco típicas acciones legales las cuales requerían que él claramente y sin defectos recitara una fórmula estableciendo su reclamación. Aún la mala pronunciación de una palabra implicaba la pérdida del caso sin remedio. Peor, las reglas jurídicas tradicionales estaban hechas para una sociedad de campesinos y pastores que gobernaban solo una parte de Italia, no para el Estado de comerciantes y propietarios de esclavos que vino a gobernar el mar Mediterráneo después de la derrota de Cartago.

La flexibilidad necesaria se comenzó a introducir por los pretores y otros magistrados investidos con "imperium", o sea la comisión de aplicación del derecho a su propia discreción. Ellos comenzaron denegando acción a reclamantes quienes, aunque eran perfectos cumplidores del derecho, para ganar debía hacerse una injusticia o perdían por lo mismo. Por ejemplo, si alguien accionaba por vides cortadas, empleando la palabra viñas en su acción, perdía el pleito, porque habría debido emplear la palabra árboles, dado que la ley de las XII Tablas, concedía acción de vides cortadas pero hablaba en forma general de árboles cortados.

La negación de un juicio era solamente un instrumento; uno mas artificioso era el desarrollo de la "formular suit": las partes del juicio tenían que explicar su reclamación al juez, que escuchaba sus excepciones (una invención de los magistrados) y sumarizaban los pedidos, réplicas y demás, en una fórmula a ser sometida a un árbitro para el juicio final. No era mas

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

necesario pronunciar correctamente cada palabra, y este procedimiento adquirió mayor efectividad con la sanción de tres leyes que abolieron las viejas y típicas acciones de la ley, reemplazándolas por el nuevo procedimiento.<sup>10</sup>

El término de los magistrados duraba solamente un año, y cada nominado comenzaba su trabajo publicando "el edicto", que era una lista de soluciones que pondría a disposición de la población durante su mandato; en general los nominados reafirmaban los términos del edicto de su predecesor efectuando pequeñas correcciones. Con el tiempo esta práctica creaba el "Edictum Traslaticium", un cuerpo de reglas que se mantenían de magistrado saliente al entrante, las cuales se convirtieron en un cuerpo muy estructurado y no menos rígido que el Jus civile.

---

<sup>10</sup> Lex Aebutia, siglo II A.C.; Lex Julia Judiciorum Privatorum y Lex Julia Judiciorum Publicorum, año 17 antes de Cristo.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Las Fuentes del Derecho en el Derecho Clásico

Este proceso implica que en el terreno de las fuentes jurídicas, fuesen ganando terreno aquellas políticas, frente a las consuetudinarias.

Alrededor del año 130 D C, el emperador Adriano <sup>11</sup> con su jurista (Salvius Julianus) escribió un edicto maestro, que todos los magistrados estaban obligados a aplicar en su forma original.

Este edicto perpetuo establece en forma mas o menos definitiva, la codificación del derecho, y la preeminencia de la ley como fuente jurídica, el eje de la producción jurídica pasa a situarse así en las Constituciones Imperiales.

Además, el procedimiento formulario, comenzó a perder lugar en favor de la *Cognitio extra ordinem*, un tipo de juicio establecido por Augusto en el cual el Juez era un ejecutivo imperial cuya tarea no estaba limitada a ayudar las partes a clarificar sus afirmaciones y presentar a uno o mas árbitros, sino a decidir el juicio.

Es particularmente significativa la evolución en el período histórico Romano. Como en todas las sociedades primitivas y modernas, en Roma, la ley fue una importante fuente de derecho.

Es en Roma, donde la ley comienza a desplazar totalmente al derecho, bajo la ficción de que el derecho no existe sino está legislado, y por tanto la legislación es la única fuente del derecho.

Adriano representa una etapa importante en la evolución comenzada desde el Imperio, en la cual se centraliza en el Emperador todas las funciones

---

<sup>11</sup> Emperador desde 117 a 138. Tuvo fama de gobernante capaz. En lo político se caracterizó por representar el punto álgido en las relaciones con el pueblo judío, a quien persiguió tenazmente, provocando incluso la rebelión judía de los años 132-135.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

del Estado Romano, el que comienza su rápido ascenso para convertirse en la potencia más despótica y centralizada que existió en todos los tiempos de la historia occidental.

El Consejo Imperial (*Consilium Principis*), que bajo Augusto era una simple reunión de amigos, se convierte en un organismo burocrático estable y altamente tecnificado, integrado por expertos en derecho y encargado de funciones bien determinadas, como las respuestas (*rescriptos*) a las consultas dirigidas al emperador sobre la interpretación del derecho vigente. A partir de Adriano, entre cuyos asesores hay juristas ilustres como Publio Juvencio Celso (de la escuela *proculeyana*) y Salvio Juliano (de la escuela *sabiniana*), los juristas más importantes son funcionarios imperiales.- Adriano no solo tecnifica la administración imperial sino concentra en el emperador la producción del derecho. Es el primer emperador en emitir *rescriptos*, forma principal de la labor imperial de creación jurídica hasta que Constantino asume directamente la facultad legislativa. A partir de Adriano, los acuerdos del senado (*senadoconsultos*) se convierten en simple forma cuya sustancia es la proposición (*oratio*) del emperador, aprobada automáticamente por el cuerpo. Y, como hemos dicho, Adriano burocratiza a su servicio la jurisprudencia y seca además una fuente importante del derecho al ordenar a Salvio Juliano la redacción definitiva de los edictos pretorios y edilicio (*Edicto Perpetuo*).

El resultado de esta evolución es la invasión por la ley a las demás fuentes del derecho, y la expectativa de una solución estatal legislativa a cada conflicto de intereses.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

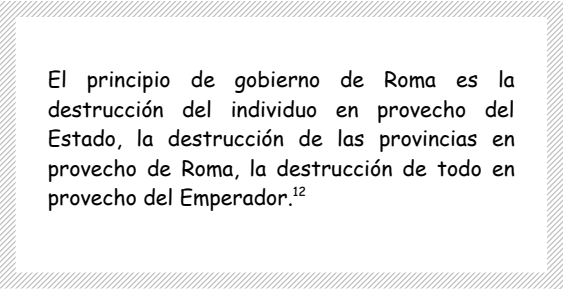
## El Nuevo Estado Romano

La misma figura del emperador pasa a ocupar un lugar de relevancia en la producción jurídica.

Esta figura, en un primer momento, representante de los derechos del pueblo romano, pasa a ocupar un lugar de mayor preponderancia, en el perjuicio de otros órganos como el senado que tenían mayor representatividad.

Posiblemente este proceso de progresiva centralización ha sucedido en todas las sociedades antiguas, y ha tenido una cierta preponderancia en el ciclo de nacimiento madurez y decadencia de las civilizaciones.

Si en la comunidad global, la posición del Estado empieza a ser inmensa y desequilibrada, dentro del propio Estado se dan movimientos que hacen crecer en forma constante la figura del Emperador, el cual de ser un caudillo militar, pasa a ser un representante de Dios en la tierra.



El principio de gobierno de Roma es la destrucción del individuo en provecho del Estado, la destrucción de las provincias en provecho de Roma, la destrucción de todo en provecho del Emperador.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> J. De Lasteyrie. Histoire de la Liberté Politique en France; citado por Peyrefitte, Alain. El Mal Latino. Plaza & Janés Editores S.A. Barcelona 1978

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Moral y Derecho

Este estado de cosas influyó en forma decisiva en el exceso de centralización que en definitiva provocó la decadencia del Imperio Romano de occidente y su posterior desaparición y sustitución por otro derecho radicalmente distinto.

El crecimiento del Estado, y dentro del Estado Romano la figura del propio emperador como elemento de producción jurídica, lleva también a una consecuencia ulterior que es una fuerte separación entre la moral y el derecho, que no era conocida en el Derecho Romano Primitivo.

Al ser el derecho un producto del emperador y su corte, no necesariamente es un producto moral.

En los hechos, los peligros que representa la cercanía a la corte y al emperador surgen solos, al mencionar los grandes juristas clásicos del siglo III:

Papiniano

Ulpiano

Paulo

Modestino

Papiniano, Emilio: (140 - 212). Uno de los grandes maestros del Derecho Romano, y maestro de Ulpiano y Paulo. Autor de *Quaestiones y Responso*, donde expresa opiniones que tuvieron especial prestigio, y de mucha influencia en la codificación posterior.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

Fue muerto por orden del emperador Caracalla, al negarse a justificar el fratricidio cometido por éste en su hermano Geta.

Ulpiano, Domicio (170 - 228). Gran compilador de derecho, todavía hoy son citadas ampliamente sus opiniones, particularmente su definición de derecho natural, En realidad escribió unos 287 libros de los cuales se conservaron muy pocos.

Fue asesinado por los pretorianos, al descubrirse una conspiración.

Paulo, Julio (siglos II - III): Escribió numerosas obras de derecho; casi la sexta parte de las Pandectas está tomada de sus escritos, muy alterados por los autores del Corpus Iuris.

Todavía hoy se citan sus definiciones, algunas famosas como la de norma jurídica.

Fue condenado al exilio.

Modestino, Herennio Discípulo de Ulpiano; fue el último de los grandes juristas de la época clásica.

En general puede afirmarse, que si se desea actitudes éticamente correctas, el último lugar donde buscar, es en las cortes romanas.

La moral, definitivamente ausente de las cortes de Nerón, Caracalla, y Calígula, es en general un artículo muy escaso en cualquier corte romana. Incluso emperadores, considerados inteligentes y buenos gobernantes, eran éticamente despreciables.

Trajano, (53-117), emperador entre 98-117, dirigió las guerras Dacias con mucho éxito, en el año 113, se le dedica a este emperador una columna de

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

triunfo, en su homenaje que contiene escenas de las guerras en Europa Central. Las figuras ejemplifican escenas de asesinatos colectivos a civiles, incendio de poblaciones civiles desarmadas y en general hechos, que cometidos en el día de hoy llevarían a la formación inmediata de una corte marcial por crímenes de guerra.

El mismo Constantino, primer emperador Cristiano, manda matar a su esposa y a su propio hijo ante una infundada sospecha de adulterio y posiblemente para obtener ventajas políticas.

La depravada costumbre del circo, y las torturas públicas, normalmente asociadas a diversiones populares, se mantienen a pesar de las críticas del triunfante cristianismo, y recién pueden ser derogadas bajo la responsabilidad de los invasores germánicos.

El documento básico del Derecho Romano es el Corpus Iuris Civilis, compilación ordenada por el emperador Justiniano en una época de fuerte autoritarismo y abuso de poder.

El mismísimo redactor del corpus iuris, Triboniano, es famoso por su grado de corrupción al punto que los habitantes de Nicea se rebelaron por su gran rapacidad. Estuvo alejado de su cargo durante algunos meses, luego de los cuales retornó al poder que ejerció hasta su muerte.

Luego de su muerte fue privado de dejar bienes en sucesión, en base al origen espúreo de su fortuna.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Jurisconsulto romano. N en Sida (Panfilia) hacia 475: M. en 545. De familia obscura originaria de Macedonia, se dedicó al estudio de las letras griegas y romanas para ejercer la Jurisprudencia. Después de haberla practicado algún tiempo en Constantinopla fue llamado por el emperador Justiniano, á cuyo lado permaneció hasta su muerte.



# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## La Esclavitud.

La esclavitud ha sido considerada como el cáncer de la sociedad antigua, y la principal causa de estancamiento, retroceso y decadencia.

En realidad cuando la esclavitud existe, de alguna forma todas las instituciones jurídicas y políticas giran en torno a ella.

El triunfo Romano frente a Cartago, hace ingresar cientos de miles de esclavos al mercado de trabajo, y convierte a esta institución en la verdadera máquina económica del imperio.

En general los pensadores antiguos no critican a la institución, aunque sí lo hacen Séneca, y en forma definitiva el naciente cristianismo.

Tan grande cantidad de esclavos tiene incluso problemas prácticos de administración, lo que hace que haya existido en la época del imperio varios levantamientos de importancia, algunos de los cuales pusieron en peligro al propio imperio.

Revueeltas de esclavos mas conocidas				
Año	Líderes	Lugar	Implicados	Duración
493 A.C.	Gerón y otros Dionisio el Antiguo	Siracussa  (Sicilia)Entonces dominio Griego.		38 años
Fines siglo II A.C.132 A.C.	Eunous	Sicilia	200.000	8 años
105 A.C.	Salvio	Sicilia	20.000	4 años
73 A.C.	Espartaco	Italia	60.000	5 años

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Corrupción General y Baja Calidad de Vida.

No puede estudiarse el Derecho Romano Clásico, sin tener muy presente que se aplica a un sistema de corrupción generalizada a un grado que pocas veces vio la humanidad, y que este nivel de corrupción generó condiciones muy bajas en cuanto a calidad de vida.

Esta descripción de Mumford y una amplia cita de Séneca <sup>14</sup>, servirán de ejemplo de lo que se quiere expresar:

Pero en el circo había un espectáculo de diferente clase. Aquí se castigaba a los criminales; aquí se hacía luchar a los enemigos militares cautivos hasta que uno o ambos caían muertos; aquí se echaban a las bestias salvajes otros prisioneros para ser destrozados y devorados vivos. El castigo era en sus orígenes un espectáculo público, probablemente destinado a servir de advertencia al espectador: ahora servía a otro fin - promover directamente placer- El populacho romano, frustrado y humillado, en gran parte obligado a vivir en el hacinamiento, en casuchas tan descuidadamente construidas por sus propietarios especuladores que de vez en cuando se derrumbaban y sepultaban a sus moradores entre las ruinas, proyectaba sus propios terrores y humillaciones sobre sus indefensas víctimas. Sus opresores eran inalcanzables: el ejército sabía quien le pagaba. Así el populacho, se volvió sobre sus congéneres y se sació con sus sufrimientos. De una repugnante explotación surgió ésta igualmente repugnante venganza.

Terrorismo, violencia, lujuria, fueron organizados y sistematizados en una escala que sobrepasa lo creíble: la gente vivía todo el día en el goce vicario de las mas ingeniosas brutalidades que hayan jamás depravado el alma humana. Los romanos se convirtieron en estetas de la tortura. La demanda de víctimas llegó a sobrepasar el alcance y la esfera del crimen: como si los pecados no fueran suficientes, se inventaron fantásticas infracciones, como la de mostrar falta de respeto por la sagrada imagen del emperador llevando una moneda o un anillo con sus sacras facciones a un retrete o una casa de mala fama.

No es necesario acudir a los apologistas cristianos para encontrar una descripción condenatoria de esta pública degradación: Séneca, un romano entre romanos, servirá de testigo:

---

<sup>14</sup> Lucius Annaeus Séneca, (4 AC- 65) es llamado Séneca el Joven, porque su padre (60 BC -37 ) fue también una notoria figura en el mundo literario. Nació en Córdoba, España. Hizo carrera política de alto nivel en Roma donde llegó a ser tutor del joven emperador Nerón, Ejerció una influencia positiva durante los primeros años de su reinado. Se retiró en el año 62 y en el 65 fue acusado de conspirar contra el imperio y sentenciado a muerte. Finalmente se suicidó.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

"Nada es tan pernicioso a un buen carácter -señaló- como el hábito de holgazanear en los juegos... Vuelvo a casa mas codicioso, mas ambicioso, mas voluptuoso y hasta mas cruel e inhumano porque he estado entre otros seres humanos:

Por casualidad presencié una exhibición a mediodía, esperando alguna alegría, ingenio y descanso, una exhibición en la cual los ojos humanos pudieran descansar del asesinato de sus congéneres. Pero fue todo lo contrario. . . Es puro asesinato... Puedes replicar: Pero era un ladrón de caminos; mató a un hombre. ¿Qué hay con eso?

Admito que, como asesino, merecía el castigo ¿pero tú, pobre hombre, qué crimen has cometido, para merecer sentarte a ver ese espectáculo?

## Sigue Mumford:

¿Queréis conocer el carácter exacto de estos espectáculos? Requiere casi un estómago tan fuerte como para leer sobre las torturas de un campo de concentración nazi.

Contemplad la "Comitiva de espaldas y fuego y cadenas, y la multitud de bestias..., soltadas sobre las entrañas eventradas de los hombres. Imagina para ti la prisión, la cruz, el potro, el gancho, la estaca con que atraviesan un hombre hasta que sale por su garganta. Piensa en las extremidades humanas separadas por carros arrastrados en direcciones opuestas, de la terrible camisa adornada con un tejido inflamable, y todos los otros recursos aportados por la crueldad... No es sorprendente, pues, que nuestro mayor terror sea un destino tal.

¿Es sorprendente, acaso que el hombre que escribió estas líneas, perteneciente a las clases afortunadas, con una posesión de campo, un sitio en la Corte, riquezas y fama se suicidara para evitar la diaria anticipación de ser asesinado por orden del Emperador?

Aún ahora es Séneca digno de leerse, porque él es el eslabón de unión (de manera mas directa que Epicteto, Marco Aurelio o Plotino) entre Roma y la filosofía cristiana: un símbolo de que hasta la endurecida alma romana no podía soportar siempre estos ritos de crueldad y tortura, codicia y lujuria. Su ataque a la esclavitud fue indudablemente un momento decisivo en la moralidad pagana: sonó con una claridad que ni aun muchos de los apologistas cristianos tuvieron en mucho tiempo. *Son esclavos, declara la gente. No; antes bien, son hombres. ¡Esclavos! No; son nuestros amigos modestos. ¡Esclavos! no; son tan esclavos como nosotros, si reflexionamos en que la fortuna tiene iguales derechos sobre esclavos y libres*". Por mucho que se esforzara uno en adiestrarse para aceptar las inhumanidades de esta sociedad, finalmente ella proyecta una sombra dolorosa sobre el corazón.<sup>16</sup>

Los mismos juegos llegaron a ser un servicio público (175 días por año en Roma, en el siglo IV; 135 días bajo Marco Aurelio. <sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Ourliac. Op. Cit Vol y pp 53

<sup>16</sup> Lewis Mumford. La Condición del Hombre. pp.53 y 54. Compañía General Fabril Editora. 1960

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

Estos relatos pertenecen a la capital del imperio y al centro cultural, económico y militar del mundo antiguo.

Si alguien piensa la situación en las provincias sometidas era diferente muy posiblemente estará equivocado.

Por citar solo una historia fácilmente accesible:

La Biblia relata, con detalles, una historia de Herodes, gobernador judío de Galilea (designado por Roma).

Este sujeto tenía relaciones sexuales habituales con su cuñada, situación irregular, que un religioso de la época le reprochó (el profeta Juan el Bautista<sup>17</sup>).

La cuñada y amante de Herodes (Herodías), había tomado un gran odio contra Juan el Bautista.

El caso, es que este sujeto (Herodes) organiza una fiesta, en la cual se presenta a bailarines, y donde se destacó en forma notable una hija de su amante (y cuñada). Herodes, agradecido adelante de sus invitados prometió bajo juramento darle a la bailarina lo que pidiese.

La bailarina, preguntó a su madre, y a instancias de esta, le pide a Herodes: "Dame aquí, sobre un plato, la cabeza de Juan el Bautista".

Lo que sigue no configura precisamente un ejemplo de Estado de Derecho.

"A pesar de que se afligió el rey, en atención a su juramento y a los convidados, ordenó que se le diese. Envió pues a decapitar a Juan en la cárcel. Y la cabeza de éste fue traída sobre un plato, y dada a la muchacha, la

---

<sup>17</sup> De profesión apicultor, Juan Bautista había tomado fama como profeta y religioso. Era muy temido por el poder político, temor que en definitiva le costó la vida.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

cual la llevó a su madre. Sus discípulos vinieron, se llevaron el cuerpo y lo sepultaron; luego fueron a informar a Jesús.<sup>18</sup>

## La Revolución Moral

La corrupción generalizada del pueblo romano y el Estado degenerado que se elevaba sobre la misma, así como creó un derecho particular, también provocó una de las revoluciones espirituales mas grandes que vivió la humanidad.

En un ignoto lugar del Imperio, conocido como Judea, de una humilde familia de carpinteros surge un Maestro cuyas enseñanzas estarían destinadas a cambiar los fundamentos del mundo antiguo.

El mensaje moral cristiano, en un principio interpretado como una afirmación nacionalista en una región muy celosa de sus libertades, pronto mostró ser un mensaje con pretensión universal, y alcance mundial.<sup>19</sup>

El Cristianismo fue severamente combatido por el Imperio.

---

<sup>18</sup> Evangelio según San Mateo: 14 1 a 12

<sup>19</sup> En el episodio de la multiplicación de los panes y peces Jesús reúne una multitud de cinco mil hombres (sin contar mujeres y niños), que era un número muy suficiente para superar a la guarnición romana de la zona. Se retira a meditar, y al regreso despidió a la multitud. Posiblemente es en este momento que el mensaje Cristiano se reorienta y adquiere una vocación mundial. Los romanos demoraron mucho tiempo en darse cuenta de ésto.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

La misma condena a muerte de Cristo, que según los Evangelios fue dictada por una Asamblea judía ante la indiferencia del Gobernador Romano Pilatos, quien se lavó las manos en el sentido que no se hizo responsable, parecería no ajustarse a verdad histórica ya que la pena de muerte del ordenamiento legal judío era la lapidación, y la condena a muerte de Cristo se hizo por la crucifixión que era una pena característica del derecho penal Romano.

El mensaje moral del Cristianismo, mantiene hoy en día toda su vigencia, luego de dos milenios, y en sus términos básicos, trata de sustituir una sociedad de prepotencia y autoridad, por un mensaje de amor, la venganza por el perdón, la fuerza por el ejemplo, la jerarquía y la riqueza por la igualdad y la justicia.-

En los términos del siglo XX, se diría, que el mensaje Cristiano, a una sociedad corrupta y prepotente, presenta un enfoque dirigido a los derechos

Los cristianos aparecieron en la historia del Imperio mas o menos en la época en que Nerón ascendió al trono (año 60); hasta entonces los emperadores y los funcionarios no habían sabido distinguirlos de los judíos que, desde la conquista de Judea por Pompeyo, habían ganado el derecho de conservar sus prácticas religiosas.

La primera mención del naciente cristianismo en las obras laicas, es del 49 D. C. : Suetonio cuenta que ese año de 49, Claudio expulsó de Roma a "todos los judíos porque Cristo (Chrestus) los excitaba a la sedición" (Claudio 25).

En 64, nueva mención en Tácito (Anales, XV, 44); habiendo Nerón hecho incendiar Roma, achacó el crimen a hombres detestados por causas de sus delitos, hombres que el vulgo llamaba Christianos. De esta acusación nació una atroz persecución plácidamente relatada por Tácito. Fue esta persecución la que, según toda verosimilitud, acarreó la muerte a San Pedro y a San Pablo.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Ourliac, P.; Historia del Derecho, Vol y, pp. 43 y ss. Puebla, México; Editorial José M. Cajica Jr. (1952)

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

humanos. Del racionalismo desvitalizado y enfermo del Imperio naciente hacia los valores y los afectos y el respeto a los humildes.

Esto no se había enseñado, nunca, ni mucho menos, se había hecho de este cuerpo de enseñanzas una doctrina organizada y disciplinada destinada a cambiar el mundo.

Todo ello se presenta a una batalla ridículamente desigual que enfrenta a la única potencia mundial con un conjunto de reformadores sociales pobres de los confines del imperio. No van a pasar doscientos años, cuando las doctrinas cristianas triunfan en forma clara e incondicional, ponen de rodillas a generales y emperadores y cambian por completo la faz de la tierra.



# Derecho Romano

Carlos Aparicio

## Derecho Romano Post clásico

El año 235 de nuestra era, termina la Dinastía de los Severos, y suele señalarse esa fecha como comienzo de las tendencias post-clásicas del derecho romano.

Para esta época, hace mucho, ya el derecho había pasado a ser un fenómeno estatal mas que un fenómeno social, y por tanto respondía mas a las necesidades del Estado que de la comunidad que presuntamente se beneficiaba por su aplicación.

Este proceso se acentúa en el período post clasico, y la sociedad romana se convierte en una sociedad de castas donde la inmovilidad social y la búsqueda de la seguridad económica y jurídica pasa a ser la principal pasión comunitaria.

"Se debe señalar una multiplicación, cada día creciente, de las funciones y

de los funcionarios. Era como lo indica Chénon según Mommsen, "**índice de**

A la muerte de Alejandro Severo sobreviene la crisis que determina la caída del mundo romano y de la vieja civilización itálica. Se quiebran las fronteras del Estado ante la presión avasalladora de los bárbaros, que invaden las provincias e incluso la misma Italia. Solo mas tarde, con Claudio II, Diocleciano y Constantino, se supera la Crisis, restaurándose el Imperio. Pero el centro de gravedad política pasa de Roma a Constantinopla.

Ya la constitutio Antoniniana (212 D. C) había extendido el derecho Romano a todos los habitantes del Imperio. Transportado el Derecho romano a extrañas tierras, comenzó la lucha entre éste y los derechos locales, asumiendo un especial significado en el Oriente. Las costumbres y las prácticas orientales penetran en el viejo Derecho, sobre todo a partir de Constantino. El espíritu helénico, ágil y luminoso, pero menos equilibrado y práctico que el de los romanos, imprime un nuevo sello al sucesivo desarrollo del Derecho Romano.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Iglesias, Juan. Fases de Desarrollo del Derecho Romano, in DERECHO ROMANO. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Ariel Barcelona 1958 p.43

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

**una civilización vieja y de una centralización que se volvió opresiva, en la que cada uno trataba de tener un lugar para escapar a la opresión.”<sup>22</sup>**

El Estado aumentaba el número de sus atribuciones y aseguraba el cuidado de satisfacer un conjunto de necesidades económicas y sociales, de las cuales, hasta entonces se había ocupado la iniciativa privada. Los artesanos y los industriales eran funcionarios públicos: “obnoxii corpori o collegio, serviente patrae.” Desde el reinado de Diocleciano, el príncipe aparecía como investido de una misión divina, y a la cabeza de un ejército de soldados y de burócratas, que emprendió la reglamentación de toda la vida política, económica y religiosa del imperio, donde las corporaciones de artesanos o collegia, tomaron claramente el carácter de órganos económicos, controlados por el Estado y controlando a sus propios miembros.

Al final todas las profesiones de interés público se volvieron profesiones obligatorias y hereditarias; los forjadores, los bomberos, los obreros que trabajaban en las fábricas de armas y en los talleres de monedas del Estado, los pescadores de púrpura, los tejedores imperiales, los mineros, los molineros, los panaderos, los carniceros.... Quedaron sujetos a su profesión, que no podían abandonar, y los hijos debían suceder a su padre. Cada uno era, en cierto modo, funcionario.

**Al acuerdo libre, o contractus, se substituyó el status, la condición inmutable, regida arbitrariamente por el Estado.<sup>23</sup>**

---

<sup>22</sup> Ourliac, op. Cit. Vol.I, pag. 21 y 22.

<sup>23</sup> Ourliac, op. Cit. Vol.I pag. 23

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

Se llegó hasta la tentativa de fijar legalmente, de una vez por todas, el precio de las mercancías, de los productos manufacturados y de los salarios: fue el edicto del máximo de Diocleciano (301).

En el entorno internacional la presión que ejercen los bárbaros desde el norte, pasa a ser un fenómeno visible en la política y el derecho de la época post-clásica.

Las diferencias entre el derecho bárbaro y el derecho romano post-clásico son abismales, y son en realidad dos sistemas de derecho opuestos que compiten por la supremacía.

Ambos sistemas no se mezclan, pero sí lo van a hacer las sociedades respectivas.

Al final del período clásico, en occidente, el triunfo de los bárbaros será definitivo y total y todo el sistema de derecho romano quedará sin efecto, ante un nuevo derecho mas vital y participativo.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Constantino <sup>24</sup> y el Triunfo del Cristianismo

Para fines del siglo III, el Imperio Romano se encontraba en una grave crisis económica, militar y moral.

A la muerte de Alejandro Severo (235) se inició una crisis gravísima, que casi anticipa la disolución del imperio. Fueron los años terribles o el período de los treinta tiranos.

El crecimiento incontrolado de la burocracia estatal, y el abandono virtual de la producción, hacían que el Estado Romano tuviera problemas prácticamente insolubles.

Por otra parte, el crecimiento de la filosofía Cristiana se hace inexorable, y es inminente el colapso general del otrora invulnerable imperio romano.

En un entorno muy difícil, asume como emperador Constantino, y durante su reinado, se produce la transacción entre el Cristianismo creciente en el Imperio y el Estado Romano que ya había perdido estabilidad y se encontraba en un estado de decadencia generalizada.

En los hechos, el mismo Constantino y su familia se convierten al cristianismo, y las autoridades cristianas son ampliamente indemnizadas con propiedades y tierras. Los enemigos seculares serán en el futuro ya sea aliados, ya sea entidades independientes que tratan de vivir y dejar vivir.

En el año 324, quedó Constantino como único emperador del mundo romano, y fue él quien trasladó la capital de Roma a Bizancio, a la que dio el

---

<sup>24</sup> 280 -337, primer emperador romano cristiano

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

nombre de Constantinopla. Dentro de los acuerdos con los cristianos, se incluyó la derogación de la crucifixión como pena distintiva del derecho romano.

Constantino convocó también a un concilio en Nicea, donde se enfrentó la ortodoxia cristiana de lo que será la Iglesia Católica con la doctrina también cristiana de Arrio<sup>25</sup>, monje de Alejandría que negaba ciertos dogmas de fe religiosa como la Santísima Trinidad, y por consiguiente la identificación de Cristo con Dios.

El Concilio terminó con una gran división en la teoría cristiana y en la Iglesia, división que tuvo una gran influencia práctica: los evangelizadores arrianos y sus enfoques tuvieron un gran éxito entre los bárbaros, quienes desconfiaban de los dogmas, y entendían con más facilidad el mensaje cristiano a través del arrianismo.

El mensaje cristiano triunfa en forma explosiva en el mundo bárbaro, a través de los arrianos.

Los arrianos rechazaban muchas fórmulas del dogma del incipiente catolicismo, y era más pasible de ser entendido por los bárbaros una tarea en la cual se destacó el Obispo Ulfilas también llamado Wulfila.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Arrio nació en Alejandría según unos, en Cirenaica, según otros, hacia el año 270 o 280 de nuestra era. Según San Epifanio, tenía un porte austero, vestía una túnica sin mangas y un pequeño manto, traje de los filósofos y de los monjes. Sus modales eran atractivos, su aspecto grave, su estatura elevada y su semblante revelaba la meditación y penitencia; su conversación era amena y poseía gran talento para seducir, habiendo robustecido su poderosa inteligencia, a la que unía una penetración extraordinaria con estudios incesantes. Murió en Constantinopla a causa de un cólico violento, aparentemente envenenado.

<sup>26</sup> Ulfilas o Wulfila nació entre los visigodos, más allá del Danubio en 311, murió en Constantinopla a comenzar el año 381. Enviado a Constantinopla, se hizo arriano y le emplearon en el servicio religioso de los godos que había en el Imperio. Inventó un alfabeto apropiado a la lengua gótica, y tradujo las Sagradas Escrituras para uso de sus compatriotas. En 341 fue consagrado obispo; volvió al Norte del Danubio y principió la conversión de los godos al arrianismo. Contribuyó sin duda a conseguir del emperador Valente el permiso para los visigodos, vencidos por los hunos, de guarecerse en el Sur del Danubio (376).

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## El Símbolo de la Cruz

La Cruz es una típica penalidad romana, aunque también había sido aplicada por otras comunidades del Mediterráneo como los sirios y los cartagineses.

El condenado era azotado, y obligado a transportar el travesáneo horizontal hasta el lugar donde ya estaba clavado el fundamento vertical, donde luego sería atado o clavado

Se dejaba morir al condenado por insatisfacción de sus necesidades básicas, en público, bajo la guardia de soldados que finalmente lo lanceaban para asegurarse de su muerte.

También solía agregarse alguna broma macabra, muy típica de los romanos. En el conocido caso de Cristo, por ejemplo, se le da tratamiento de Rey, a través de la famosa inscripción INRI (Jesús Nazareno Rey de los Judíos).

La pena, tenía un carácter infamante, y no era aplicada a ciudadanos romanos, sino a extranjeros, o esclavos.<sup>27</sup>

Es en la Germania que la cruz, ya derogada como pena oficial del imperio romano, comienza a adquirir su significado religioso.

Para el tambaleante imperio romano, decadente y estratificado, debió haber sido por lo menos inquietante y sobrecogedor verse rodeados de antiguos enemigos, aliados ocasionales y poco fiables cuyo símbolo religioso principal era precisamente el temido artefacto de tortura con el poco antes Roma había aterrorizado al mundo entero.

---

<sup>27</sup> La cruz fue aplicada a Romanos por los Gladiadores alzados bajo las órdenes de Espartaco.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

En un proceso rápido y sorprendente, la cruz deja de ser el símbolo secular del terrorismo de Estado, para representar la pasión y muerte del Maestro Cristo.

La cruz fue adoptada casi en seguida en forma universal, por los mismos romanos, y adquirió el sentido que tiene en la actualidad.<sup>28</sup>

Era el fin de una era, y el principio de un nuevo mundo.

---

<sup>28</sup> Incluso en Bizancio la cruz se convirtió en atributo esencial de los emperadores. No es sólo el símbolo que vivifica, sino también un trofeo de victoria. La cruz aparece sobre la diadema de los Basileus, así como sobre el globo que llevan en la mano derecha. Con una aparente falta de lógica, los emperadores iconoclastas que rechazaban los íconos, sentían en cambio, profunda veneración por la cruz.

---

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Crecimiento del Estado

La ley, que ya en el período clásico tenía su importancia, pasa a ser la única fuente de derecho admitida, y como además dentro del estado romano, también se da un proceso centralizador en la figura del emperador, la ley se confunde con la voluntad del emperador.

A su vez, la figura del emperador, es revestida de caracteres religiosos, y se ve como el representante de Dios en la tierra, lo cual motivó numerosos enfrentamiento con el naciente poder de la iglesia Católica, que negaba esta calidad.

En realidad el culto al emperador, proviene ya desde Augusto, en pleno desarrollo del derecho clásico.

“En la época de Augusto, los orientales, acostumbrados al culto de los soberanos helenísticos, erigieron

espontáneamente templos a la divinidad del emperador. A pesar de su repugnancia y del temor que le producía pensar que desagradaba a los romanos, Augusto se dejó adorar y permitió que se transformara en institución pública

Omnipotencia imperial:  
Un informe enviado hacia 375-378 por el comandante de la Tebaida a los emperadores Valente, Graciano y Valentiniano II, los califica de “señores de la tierra y del mar y de todo el género humano”, Agapeto, obispo de Rodas, llama a León I, en el 451: “Sacratísimo e invencible príncipe, auriga del mundo, príncipe de la Tierra situada bajo el Sol.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Brehier. Op cit. Pag 51 y 52.



# Derecho Romano

Carlos Aparicio

lo que, al principio, sólo era devoción privada. Así nació el culto del Emperador, al que Augusto asoció el de la diosa Roma, y que se impuso a los súbditos del Imperio como una manifestación de Lealtad." <sup>30</sup>

El centralismo legislativo conoció su época más intransigente en el Bajo Imperio Romano. Esta época, no es conocida como feliz para la humanidad, y alguna vez con mucha justicia se le llamó de "el estercolero de la civilización clásica" Para que cualquier norma pueda llegar a producir consecuencias jurídicas en esta época es necesario que tenga la aprobación del autócrata.

*"... En el bajo imperio absorbe tanto la fuente legislativa imperial que ni siquiera se admite eso que el derecho moderno impone al Juez, el que debe fallar aún cuando la ley no se pronuncie sobre el caso en cuestión. El juez del bajo Imperio en este caso tenía un recurso obligatorio, elaborado según ya sabemos desde mucho tiempo atrás: el rescripto, es decir, consultar al soberano, para que éste por medio de rescripto exprese la norma que en el caso hay que aplicar."* <sup>31</sup>

En la época de Justiniano, el Derecho Romano asume su faz definitiva por la cual será conocido a la posteridad. No se trata de un derecho democrático, porque no proviene de una época de tales características, y tiene elementos que lo definen claramente:

---

<sup>30</sup> Brehier. Las instituciones del Imperio Bizantino. Pag. 47.

<sup>31</sup> Evangelio Bonilla; Historia del Derecho Romano (pag. 123)

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

Características del Derecho Post clásico o Justineáneo.	
Fuentes del Derecho	Única fuente permitida es la ley, que representa la voluntad del emperador
Interpretación de las leyes	Está prohibida la integración del derecho por el Juez.
Fuentes Alternativas	Severamente prohibidas, incluso los comentarios de los abogados.
Reglamentarismo o	Todas las situaciones vitales deberían estar previstas en el sistema legal o la voluntad del emperador.
Autoritarismo	Al estar preestablecidas todas las soluciones se genera una situación de dependencia que facilita la autoridad del estado para nuevas situaciones
Moral y Derecho	Al estar el derecho identificado con la voluntad del emperador, se encuentra separado totalmente el derecho de la moral
Normas Procesales	Juicios escritos y secretos en lo penal y lo Civil
Proceso Penal	Inquisitivo y Secreto

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

En la etapa Bizantina, toda justicia emana del Emperador, fuente del Derecho: nadie puede administrar justicia sino en su nombre y de acuerdo con sus leyes. El es el juez supremo.

Ya Ulpiano teorizaba (D.14.1.1) repetida por Justiniano (Inst. 1.2.6): **"Quod principi placuit legis habet vigorem"**; "lo que agrada al príncipe tiene fuerza de ley".<sup>32</sup>

En cuanto al derecho penal, señala Bréhier, dos periodos. En el primero bajo la influencia de las doctrinas estoicas y también por la acción del cristianismo la legislación se modifica con un sentido más humano. En el segundo, el Derecho retrocede: la pena de muerte sólo se debe aplicar con la espada, pero con frecuencia, es substituida por la mutilación: de la nariz de las orejas de la lengua, de los ojos, de las manos (pag. 211). En el volumen anterior al presente, señalamos la frecuencia de los actos de crueldad, la barbarie de horadar los ojos. "Cabe preguntarse como esta atroz costumbre -dice Brehier-, pudo introducirse en la sociedad bizantina: la adopción de tales suplicios, le parece un caso de influencia dominante de Oriente sobre el helenismo.

En todo caso, los hechos dan razón a lo que es un lugar común entre los romanistas: la afirmación de que los romanos fueron gigantes en el derecho civil, y pigmeos en derecho penal.

---

<sup>32</sup> Citado por Ourliac, Paul op. Cit vol. II pp 24 véase también Jolowicz, Political Implications of Roman Law. Yale Law Review vol XII, pp.64. Se subraya el hecho que se cita la disposición al principio tanto de las Institutas como del Digesto.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

En suma, no corresponde buscar en el derecho romano post-clásico, característico de la decadencia, ningún elemento de valor en el derecho penal, ni en el derecho público general, totalmente controlado por una autocracia rapaz y descontrolada.

La principal obra del derecho romano post-clásico, es el Corpus Iuris de Justiniano, con soluciones inteligentes en el área del derecho privado, aún cuando se sigue estrictamente la teoría de la separación entre la moral y el derecho. El núcleo del corpus Iuris es el Digesto, que el resumen de dos mil libros de derecho condensados en 50 libros que a su vez están divididos en títulos, fragmentos y párrafos.

El estudio responde a necesidades jurídicas y políticas prácticas del momento en que el Digesto fue escrito, de allí, que cuando una solución no está acorde a lo que se necesita, sencillamente es cambiada a través de las llamadas interpolaciones.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

En las etapas finales del derecho romano, estaba totalmente prohibido, bajo severas sanciones los comentarios y las interpretaciones doctrinarias de los textos. .

Queda dicho, que ni siquiera se admite la aplicación de la analogía como instrumento de interpretación. Si alguna situación escapa al profuso reglamentarismo de los textos, debe ser motivo de nuevas normas dictadas por las cortes

Esta nueva recopilación que con la voluntad de Dios se compondrá por vosotros mandamos que 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 vana palabrería, en el compendio del mencionado Código, como se hizo en los antiguos tiempos, cuando por las contrarias opiniones de los intérpretes se perturbó todo el Derecho. Digesto Constitución Deo Auctore. Párrafo 12.

Dad cumplidísimas gracias a la divinidad suprema que ha reservado para vuestro tiempo obra tan provechosísima, pues aquello de que la antigüedad no fue considerada digna en el juicio divino se ha concedido a vuestro tiempo, y así veneradas y observadas estas leyes, quedan derogadas todas las antiguas, y nadie de vosotros se atreverá a compararlas con las anteriores, o a investigar si algo en disonancia hay entre unas y otras, y porque todo lo que aquí está puesto es lo único y solo que mandamos hacer, y ni en juicio ni en otra contienda en que son necesarias las leyes, intente nadie recitar o mostrar algo como no sea de las mismas Institutas, de nuestro Digesto y de nuestras Constituciones por nosotros compuestas o promulgadas, si no quiere sufrir como infractor, reo del crimen de falsedad, gravísimas penas, junto con el juez que consintiere la audiencia de aquellas citas. Constitución Tanta, párrafo 19.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Bonilla, Evangelio, Historia del Derecho Romano. Página 136.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Proyecciones sociales del Hiperreglamentarismo Jurídico

### La Jaula Romana

Esta expectativa va a ser una característica particular del derecho romano, que lo va a distinguir de otros derechos de la antigüedad: la hiperreglamentación de la conducta humana.

A través de este mecanismo, se logra generar la ilusión de una dependencia global del Estado, más que la pertenencia al grupo social.

Así por ejemplo se dice: Los padres deben alimentar a sus hijos, y estos deben obediencia y respeto a los primeros.

En realidad, la gente va a cumplir con este precepto diga lo que diga la ley, y muy posiblemente en caso de incumplimiento, serán sancionados.

Pero a lo que este precepto es incorporado a la legislación, se genera la ilusión que es la legislación la que crea la obligación, cuando en realidad la verdadera fuente es otra.

Todo culmina con el principio cardinal del derecho romano que figura enunciado tanto al principio de las Institutas como del Digesto<sup>34</sup>: *Quodquod principi placuit, legis habet vigorem*": "lo que agrada al príncipe tiene fuerza de Ley".<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> D., 1. 4. 1. pr.

<sup>35</sup> Cf. Ourliac Historia del Derecho Vol. II pp.24; Jolowicz, H.F. Political implications of Roman Law. Tulane Law Review. Vol XXII pp.64.

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## El Derecho Romano después de los Romanos Imperio Bizantino

En Oriente el derecho romano permanece con los caracteres

absolutistas de la época de su decadencia cuando fue redactado el *Corpus Iuris Civilis*.

En la etapa Bizantina se acentúan aún más los caracteres autocráticos y absolutistas de la etapa de Justiniano.

El *Basileus* (tal es el título que ostentaban los emperadores de Oriente), entra muchas veces en conflicto con la Iglesia, ya que ésta ve con disfavor el

En el siglo X dedica Constantino Porfirogénico a su hijo Romanos su libro sobre la Administración, exalta con verdadero lirismo, como si estuviera parafraseando los salmos anunciadores de la venida del Mesías, la omnipotencia que Dios le confiará sobre todos los pueblos: "Y las naciones quedarán conmovidas de asombro ante tu grandeza y huirán ante ti como delante del fuego. El Todopoderoso te cubrirá con un escudo. ... Tu trono será ante El como el Sol.... Pues El te eligió desde el seno de tu madre y te ha confiado como al mejor su reinado sobre todos los hombres y te elevó como una torre sobre una colina.... A fin de que los habitantes de la tierra se posternen ante ti. "Tu palabra es temible, *Basileus* autócrator, dueño y señor de la tierra y del mar, caudillo, soberano de la vida, que puedes a tu grado suprimir o salvar, ya que tu poderío se extiende sobre todos. Con estas expresiones ampulosas se dirigía Juan Mauropous, obispo de Eucaita, al fantoche que se llamaba Constantino Monómaco.<sup>36</sup>

carácter religioso que atribuía a su autoridad terrenal.

En la época de Justiniano, el Papa se encontraba bajo la tutela del estado bizantino (Justiniano hizo deponer al papa Virgilio y conducirlo a

---

<sup>36</sup> Brehier. Op. Cit pag. 52

# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

Constantinopla). En el año 700, ya el papa Sergio se negaba a recibir órdenes bizantinas.

El Imperio Romano de Oriente cae en manos de los Turcos a mediados del siglo XV, lo que provocó que muchos ciudadanos ilustrados de esta zona buscaran refugio en Occidente, y trajeron sus tradiciones, su cultura y su derecho. Este hecho facilitó el conocimiento y la introducción de instituciones de derecho romano en Occidente.



# Derecho Romano

Carlos Aparicio

---

## Bibliografía

- 📖 Bonilla, Evangelio; **Historia del Derecho Romano**, Montevideo, Editorial: La Casa del Estudiante - Biblioteca Jurídica (1941)
- 📖 Bréhier, L.; **Las Instituciones del Imperio Bizantino**, México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. (1956)
- 📖 Couture, Eduardo J.; **Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano**. De Palma. Buenos Aires (1999)
- 📖 Iglesias, J. **Derecho Romano**. Instituciones de Derecho Privado, Barcelona: Ediciones Ariel. (1972)
- 📖 Jolowicz, H. F.; **Political Implications of Roman Law** Tulane Law Review. Vol XXII (1947)
- 📖 Kunkel, W., **An Introduction to Roman Legal and Constitutional History** 2nd ed. trans. J.M. Kelly, Oxford, (1973).
- 📖 Lambiris, M., **The Historical Context of Roman Law**, North Ryde, NSW. (1997).
- 📖 Mumford, Lewis; **La Condición del Hombre**. Compañía General Fabril Editora. (1960)
- 📖 Ourliac, P. **Historia del Derecho** 2v, 1 edn. Puebla, Mexico: Editorial José M. Cajica Jr. (1952)
- 📖 Peyrefitte, Alain **El Mal Latino** Plaza & Janés Editores S.A. Barcelona (1978)
- 📖 Robinson, O.F., **The Sources of Roman Law: Problems and Methods for Ancient Historians**, London (1997).
-

# Derecho Romano

Carlos Aparicio



Watson, A., *The Spirit of Roman Law*, Athens, GA. (1995).

## Derecho Medioeval y Fuero Juzgo

### Notas sobre Derecho Medioeval

Por Carlos Aparicio

El Imperio Romano de Occidente no cae como consecuencia de una guerra de conquistas sistemáticas, sino por un lento proceso de decadencia cultural y por supuesto asociado a todos los elementos económicos, jurídicos y militares que tal estado lleva consigo.

Las vigorosas instituciones republicanas de la época de las guerras con Cartago, fueron sustituidas por una oligarquía corrupta y venal, que dio lugar, como además es común que suceda, a una sociedad autoritaria y estratificada en castas muy definidas e impuestas a cal y canto.

El hiperdimensionado Estado Romano, no podía hacer frente a sus obligaciones y apenas podía pagar a sus soldados, ya que la injusticia del sistema hacía que la gente se negara a trabajar en un entorno donde no había forma de poder progresar sin estar sujeto a la rapiña del mas fuerte.

El antes Super Estado Romano, no puede cumplir siquiera con mínimas obligaciones de mantener la seguridad pública, y las fronteras aseguradas.

---

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Estas dificultades están duramente planteadas antes de la época de Constantino, y son la base de la decisión política de trasladar el centro político del Imperio de Roma a Bizancio.

En Occidente no solo va cayendo un Imperio, sino que va cayendo un estilo de vida y una manera de hacer las cosas.

Este estilo de vida, convive con el creciente intervencionismo de los extranjeros pobres instalados en las fronteras del imperio. Un conjunto irregular de tribus y sociedades semi-civilizadas que son conocidas genéricamente como bárbaros<sup>1</sup> o germánicos, que tienen instituciones jurídicas muy diferentes, y aún opuestas a las romanas.

Las instituciones germánicas son básicamente basadas en el derecho consuetudinario en vez de la ley escrita; son menos burocráticas porque no hay tal burocracia; el proceso es oral y público en lugar de escrito y secreto; el proceso es acusatorio<sup>2</sup>, mientras que los romanos tienen un proceso inquisitivo<sup>3</sup> los germánicos no tienen nada del hiperreglamentarismo legislativo romano; por el contrario el derecho germánico es mas amplio y da amplias facultades a los magistrados, mientras que el proceso romano, prohíbe incluso la interpretación y la integración del derecho.

Los resultados son la penetración progresiva, y el triunfo claro del elemento germánico en la sociedad romana.

---

<sup>1</sup> Originariamente la palabra bárbaro tiene un significado etimológico de tartamudo. Hace referencia a las dificultades particulares para pronunciar el latín que tenían los extranjeros.

<sup>2</sup> El proceso acusatorio, consiste en poner a las partes en igualdad de condiciones, ante un Juez imparcial y pasivo, que dictará sentencia de acuerdo a las resultancias de ese mismo proceso.

<sup>3</sup> En el proceso inquisitivo, el estado designa un funcionario con el cometido de resolver los conflictos entre particulares, que usualmente está investido de grandes poderes en cuanto a la prueba.

---

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Esta integración no se hace en forma pacífica, sino que por el contrario el proceso en su conjunto produce una caída del super-estado romano, y los nuevos poderes que lo van a sustituir no están prontos esperando sino que se van a ir formando desde la base en lo que después se va a conocer como la sociedad feudal.

Mantener la integridad física personal en la Edad Media es algo muy difícil, y en los hechos, la gente se reúne a buscar protección en lo militar y económico.

La Edad Media que comienza, mereció la desconfianza de los historiadores. El mismo nombre de Edad Media quería decir algo así como un intermedio o lapsus entre la cultura clásica de la ciudad antigua, y la del Renacimiento. El mismo nombre de Renacimiento, que sucede allí por fines del siglo XIV, implica renacer de algo que estaba muerto. Hay otros nombres aún más gráficos, como la edad oscura, y similares.

Sin embargo, esto no es así. Ya hace algún tiempo se ve la Edad Media, todo lo contrario a esta interpretación.

Si bien ya se ha señalado la constante violencia de la sociedad feudal, es en la Edad Media que desaparece la esclavitud, que es el verdadero cáncer de la sociedad antigua; en la Edad Media, aparece una nueva clase social que irá a ocupar un lugar relevante en el mundo del futuro: la burguesía; es en la Edad Media que se forman las corporaciones y los sindicatos, y que surgen las primeras grandes huelgas de trabajadores libres. En la Edad Media se inventan los bancos y el derecho bancario y societario. Los romanos nunca llegaron a

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

conocer un cheque o una letra de cambio, que se empiezan a popularizar en la Edad Media.<sup>4</sup>

En definitiva, la Edad Media parece haber sido un puente indispensable para el surgimiento de la sociedad moderna, y cabe preguntarse que si esta etapa no hubiera existido, si el conjunto social no hubiere corrido la suerte de los chinos, los turcos, o las culturas americanas precolombinas, que luego de lograr una etapa de auge y prosperidad, se hundan como por su propio peso en una etapa de decadencia y retroceso.

---

<sup>4</sup> El tema, de porqué no hay Bancos en Roma, ni en Grecia es un misterio al menos hasta donde podemos saber. Quizás sea la misma causa por la cual no utilizaron la máquina de vapor. Los romanos ni siquiera lograron inventar el estribo para la caballería que es un artefacto introducido de oriente a principios de la Edad Media. En contra de lo que suele suponerse, el llamado "genio Romano", es de una falta de sentido común rayana en el absurdo y causada casi seguramente por la Institución de la Esclavitud. Cuando la esclavitud existe todo gira en torno a ella.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Prefacio a la Traducción al Inglés del Fuero Juzgo

Por S.P.Scott<sup>5</sup>

Ha sido bien dicho por Gibbon, que "El derecho forma la mas importante parte de la historia de una nación", porque de ello, mas imparcialmente que desde otra fuente cualquiera, derivamos información de las costumbres, virtudes, vicios, ética política, defectos, festividades y prejuicios religiosos de un pueblo. Esto es especialmente verdad en el Código Visigótico. En él están desarrolladas las tradiciones e historia de una raza que, originalmente nómada, con imprecendente rapidez se convirtió en sedentaria, y procediendo por eras sujetas a instituciones formadas en actos de asambleas tumultuosas, a menudo dictadas por capricho y enemistad, en menos que dos generaciones prestaron obediencia a un gobierno parcialmente imperial, parcialmente teocrático.

En los anales de ningún pueblo tan recientemente bárbaro, se encuentra progreso mas marcado y substancial de una vida predatoria y pastoril a los gustos, las leyes los refinamientos y los usos sociales de la civilización.

El análisis del Código Visigótico puede ser hecho bajo tres puntos de vista: Histórico, descriptivo y comparativo. Su historia es practicamente aquella de la monarquía Gótica en España. En la variedad y finalidad de sus provisiones; en la hábil adaptación de sus cánones a los propósitos de la supremacía eclesiástica, en el cuidado con el cual preserva las distinciones de casta; en la seguridad y concisión de sus máximas definiendo los principios de equidad; en el elaborado y simple arreglo de su sistema judicial, y en el espíritu

---

<sup>5</sup> Traducción del Inglés: Carlos Aparicio. Los subtítulos, las notas al pie, y cuadros de texto, a menos que se especifique otra cosa corresponden al traductor

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

filosófico que impregna una gran porción de sus páginas es radicalmente diferente de y en muchos aspectos superior a todas las otras colecciones de disposiciones legales de tiempos antiguos o medioevales.

Es mucho mas instructivo y sugestivo que una crónica. Si bien los propósitos del derecho han sido mas firmemente expresados que en su tersa y expresiva fraseología. Proclama los sentimientos de una moralidad altanera. Aprecia el verdadero objeto y fin de la legislación. En su adusta e inflexible desatención de las arrogantes afirmaciones de riqueza y estatutos superiores, asegura, para los mas modestos la administración de justicia imparcial.

Los godos, una rama de la raza indogermánica, de la cual descienden los caucasianos de los tiempos modernos, y cuyo hábitat alguna vez se extendió de Europa occidental a los grandes planos de Asia Central, parecen haber llegado mas allá, y haber cambiado mas materialmente, como se trasluce de su derecho, costumbres y creencias religiosas, que otras tribus de bárbaros migratorios.

Distintos de los Germanos o Teutones, han sido confundidos con ellos a veces; un hecho debido a sus tendencias nómadas, apariencia personal, y hábitos generales de vida.

Las similitudes que caracterizaron las vastas hordas, o multitudes vagabundas, las que describieron en tiempos antiguos desde la *Officina Gentium*, ha sido la causa de mucha confusión en los relatos de analistas e historiadores clásicos.

La coincidencia de numerosos términos del lenguaje gótico con aquellos del sánscrito y la identidad de muchos radicales de palabras en ambos



# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

lenguajes, han establecido el origen de los godos en la India, y no en Escandinavia, generalmente se suponía.<sup>6</sup> Se ha relatado por Herodoto, que Darío, mil años antes de Cristo rechazó de los confines de los dominios Persas, a través del Danubio, una gran migración de bárbaros, que se movían en caballos y carros. Este pueblo conocido como los Scynthios en la antigüedad, fueron los ancestros de los modernos eslavos, y parientes de los godos. Rechazados por los Persas, ellos, con otros que los siguieron, se distribuyeron ellos mismos sobre el norte de Europa, donde, a veces, descendían para superar con su número y su valor, al decadente y tambaleante Imperio Romano.<sup>7</sup>

Los godos originales eran típicamente salvajes. No tenían prácticamente ninguna organización política; vestidos con cueros, desdeñaban todo trabajo, no mostraban piedad para sus enemigos; mataban a sus padres cuando se ponían viejos y débiles; tenían pocas ideas religiosas; adoraban una espada dibujada como divinidad; eran sucios en su hábitos personales y reconocían solamente el derecho del mas fuerte.

De tales progenitores de dudoso origen, se formó una raza destinada a ser en gran medida, los legisladores de Europa.

Los visigodos en el curso de la conquista firmemente establecida en Galia y España, y dondequiera que resultaran victoriosos sobre los romanos por las armas, estaban a su vez, (como inevitablemente sucede bajo similares circunstancias), enervados y subyugados por las artes del lujo y la paz. A pesar

---

<sup>6</sup> En Suecia existe aún una isla que se llama Gothland (Tierra de los Godos).

<sup>7</sup> La palabra godo, sobrevivió ampliamente al propio estado visigótico, se usó en España casi hasta nuestros días para señalar a personas con antecedentes de nobleza o arraigo, también se usó ampliamente durante la época de la Colonia, y las revoluciones de la independencia como sinónimo de Español, o burócrata español, frecuentemente tenía una connotación peyorativa. Visigodo, quiere decir godo de Occidente por oposición a ostrogodo que es godo de Oriente.

El la segunda mitad del siglo XX apareció una subcultura juvenil que usa ampliamente el calificativo "gótico".

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

de su entorno, ellos, por un largo periodo preservaron sus viejos hábitos y tradiciones.

Por mas de un siglo ellos tenían el estilo de vida de la época en que vivían en las costas del Euxine y el Báltico, para la sorpresa y disgusto de los pulidos provincianos Romanos, que habían heredado los gustos, lujos, y maneras cortesanas, y concepciones artísticas de Grecia e Italia. Al final, ellos usaban pelo largo como una demostración de soberanía; una costumbre bárbara, la cual al principio se hizo conocer a los romanos, cuando la ciudad fue salvada por Marius de la invasión de los Cimbrios y Teutones.

En los días tempranos de su dominación en el Oeste, el derecho de los godos, como el de todas razas iletradas estaba basado en las costumbres y tradiciones orales. Llevaban con ellos en sus migraciones los mismos principios que los habían guiado en territorios lejanos, y bajo un ambiente muy diferente en lo climático y político. Muchas de sus reglas y costumbres nunca habían sido abrogadas, y eventualmente constituyeron una parte significativa de su Código. Bajo nuevas condiciones de gobierno y sociedad, los cambios se hicieron necesarios en su jurisprudencia. Las leyes romanas, generalmente sujetas a modificaciones, y raramente adoptadas in totum, estaban incorporadas en sus estatutos. Nunca, sin embargo, fue obediencia servil, ofrecida a una autoridad despótica. Su gobierno fue estrictamente de derecho. La corona, largamente electiva, e infructuosamente intentada en ser convertida en hereditaria, dentro de un cuarto de siglo de la invasión Sarracena. Si bien al principio elegida por los votos del pueblo entero, últimamente se convirtió en dependiente de la elección del clero. El trono y el

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

altar estuvieron entonces estrechamente conectados, y, hasta cierta medida se necesitaban mutuamente. Los obispos, teniendo el poder de elegir, y por consiguiente de destituir, ejercieron abundante influencia sobre el rey, quien estaba en deuda con ellos por su trono. Por otro lado, el soberano tenía muchas oportunidades para conceder favores y privilegios al orden eclesiástico, una prerrogativa que no dudaban en ejercer frecuentemente. La supremacía eclesiástica, sin embargo, raramente implicaba opresión en las etapas tempranas de la monarquía Gótica.

## La herejía arriana

Los visigodos, en común con otros de su raza, profesaban la herejía arriana, cuyos adherentes, a diferencia de sus sucesores los católicos, nunca fueron notables por persecuciones o intolerancia, y, como regla nunca aceptaban un punto de fe religiosa o disciplina sin deliberación y debate libres y cuidadosos. El omnipresente orden sacerdotal, basó sus afirmaciones en preceptos Divinos y ejemplo propio, desestimando con persistencia la tiranía de la Corona.

El juramento del rey en la coronación era largo y minucioso y abundaba en promesas de apoyar y defender los intereses de sus súbditos. Cuando investía con la insignia de la realeza, era advertido: "Rex

En las etapas tempranas del cristianismo, el dogma católico tuvo que luchar con la llamada herejía arriana.

Se trataba de una interpretación del cristianismo que enfatizaba el carácter humano de Cristo, cuyas enseñanzas se veneraban, y se rechazaba el dogma de la Santa Trinidad.

En general en enfoque arriano tuvo mucho éxito en la prédica a los pueblos bárbaros, y particularmente a los godos. Muchas veces los dogmas católicos no eran entendidos y no suscitaban autos de fe. Como surge de este trabajo, el enfoque católico solo pudo imponerse en una etapa tardía del estado visigótico, y tuvo además una duración efímera al ser prácticamente barrido por la invasión árabe. Recién en una etapa muy posterior, cuando los árabes son militarmente vencidos, surgen los reinos cristianos católicos en la Península Ibérica.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

ejus cris si recta facis; si autem, non facis, non cris." Tu serás rey, en tanto actúes bien; pero sino, dejarás de ser rey.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Concilios Eclesiásticos

Los eventos legales y políticos de la dominación visigótica, están escritos en los anales de sus concilios eclesiásticos, los cuales designan los principales eventos de cada reino.

Estos eran de tres tipos, nacionales, provinciales, y diocesanos. De los concilios nacionales hubieron 19 en total; uno de ellos fue celebrado en el siglo quinto, dos en el sexto y dieciséis en el séptimo; todos luego del sexto concilio que tuvieron lugar en Toledo, lo cual dio a esta venerable ciudad, vasto y permanente prestigio e influencia en los casos de la jerarquía y el reinado. Los concilios nacionales eran convocados por el rey, quien también los presidía y ésta prerrogativa, extraña digamos, fue asumida y ejercida sin limitaciones desde los prelados cristianos, hasta los emires de la España Morisca.

Estas convocatorias eclesiásticas, que han sido frecuentemente referidas como las primeras asambleas representativas populares de Europa, estaban muy lejos de merecer este título.

Mientras que originalmente los laicos estaban admitidos a las deliberaciones y participaban en cierto grado en la discusión de los temas seculares, la clerecía en todo tiempo, eran suprema en poderes, así como eran superiores en aprendizaje y elocuencia. Por grados, los legos eran excluidos; el elemento secular perdió su influencia; no había representación, aún teórica, sea de la nobleza o del pueblo; el soberano no era otra cosa que presidente de la asamblea; la legislación estaba totalmente inspirada por el obispado y la autoridad de los clérigos se convirtió en algo absoluto. El Estado se convirtió en sinónimo con el concilio; la teoría de la representación popular había desaparecido, y mientras que el monarca aún asumía el título y estado de

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

realeza, el gobierno de los godos, que alguna vez fueron independientes y amantes de la libertad, se convirtió en los hechos, en pura y esencialmente teocrático, y la clerecía, de ser los profesores, asesores, y píos mediadores, eran ahora los gobernantes absolutos de la Península.

Esta predominancia progresiva, desde el principio fue sentida y sabida en todo, sea de mayor o menor importancia, lo cual afectaba el bienestar del reino. Si bien los obispos algunas veces se imponían sobre la debilidad de sus reyes su gobierno era, en conjunto beneficioso; y el carácter teocrático que ellos impartían al gobierno facilitaba el respeto de la nobleza y la reverencia del pueblo.

Estos sabios y píos legisladores contribuyeron, por su tacto y piedad, a la total fusión de las razas victoriosas y subyugadas. Ellos confirmaron el poder real. Ellos apagaron la conspiración y suprimieron la rebelión. Ellos aplastaron las aspiraciones de muchos, a candidatarse al trono. Los truculentos impulsos de la muchedumbre bárbara, nunca se extinguieron enteramente, estaban tranquilos pero restringidos por el despliegue juicioso de gentileza, firmeza y devoción.

Por ungir al soberano con aceite sagrado en su coronación ellos confirmaban su título e instituían una ceremonia que vino a ser mirada como esencial para la accesión real. Como ellos poseían un monopolio del escaso conocimiento de la época, disfrutaban una inmensa ventaja sobre todas las otras clases, el cual ellos no dudaban de emplear por todos los medios disponibles para el mantenimiento y perpetuación de su autoridad.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Conversión al Catolicismo

Bajo el sistema arriano, el gobierno de la clerecía era , considerado en su conjunto altamente saludable.

Con la conversión de la nación a la comunión católica, la organización de la jerarquía fue escasamente alterada; pero un muy diferente espíritu animaba las asambleas legislativas: La herejía era castigada por las mas bárbaras penas. Los judíos cuya riqueza e inteligencia había sido conspicua en la Península fueron hechos sujetos de prohibiciones jurídicas especialmente destinadas a privarlos de su propiedad y libertad. Cada expediente era empleado para traerlos bajo la autoridad de la Iglesia. La autoridad sobre ellos fue establecida en el obispado y cuando un Judío era Juzgado por una ofensa criminal, estaba previsto que un eclesiástico debería siempre estar presente. Tales judíos si rechazaban profesar cristianismo, estaban sujetos a los reglamentos mas exigentes y molestos. Ellos estaban colocados bajo la constante supervisión de espías. Exorbitantes impuestos recaían en ellos, y además de los propios eran obligados a pagar aquellos de sus hermanos de apostasía. No se les permitía testificar en las cortes, hacer juicio, y defenderse de un acción de derecho, a menos que la parte contraria fuese uno de su propia secta. Bajo la pretensión de préstamos, enormes sumas fueron birladas de sus manos. Por medios de pretextos frívolos y falsas acusaciones ellos eran frecuentemente reducidos a la servidumbre. El derecho aún iba tan lejos como para prohibirles entretenerse en pensamientos relativos a las costumbres y prácticas de su secta.



# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Aún bajo todas estas restricciones opresivas los hebreos prosperaron. Ellos eran la clase mas rica del reino y sabían como emplear su riqueza para su propia preservación y provecho; mientras las pesadas penalidades prescritas por la corrupción de jueces y otros oficiales, indicaban cuan común y amplia era la influencia de tal corrupción.

La extraordinaria inteligencia e información de los judíos hacía que su asesoramiento y asistencia fueran siempre aceptables, y a menudo indispensables al ignorante y belicoso noble; servicios que a menudo eran requeridos con protección abierta. No era esta tolerancia parcialmente confinada a los laicos. No solamente eran los clérigos a menudo remisos en hacer cumplir las leyes contra los hebreos sino que el Código específicamente y significativamente prohíbe su intimidación con mujeres judías.

En ciertas ofensas donde se les aplicaba la pena capital, sufrían la penalidad bíblica de ser apedreados a muerte; y esto era infligido por sus propios correligionarios, quienes, parece, eran designados para tal propósito y estaban recompensados por su traición con la propiedad de sus víctimas.

La persecución de los hebreos bajo estas atroces leyes, ejerció indirectamente una gran influencia sobre los destinos de Europa.

Los judíos de la península Ibérica habían mantenido relaciones cercanas con sus correligionarios de la costa norte de África; la opresión bajo la cual ellos languidecían; la confiscación de sus propiedades; la educación de sus hijos; su proselitismo obligado, y el prospecto de la última aniquilación de su raza, estrecharon los lazos de unión existentes entre ellos y sus hermanos africanos; establecieron un entendimiento entre comerciantes itinerantes y los

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

conquistadores moriscos del Oeste, y por tanto invitaron y ayudaron la conquista Mahometana de España.

La mas drástica de estas regulaciones contra los judíos fue aprobada bajo el reino de Ervigijs, en la última parte de siglo séptimo; y menos de cuarenta años después, la invasión Sarracena, borró la monarquía visigótica de la faz de la Tierra.

La cruel y constante persecución de los judíos comandada por el Código Visigótico, fue el fundamento de la Inquisición Española y su procedimiento diabólico. De ella fueron derivados muchos de los dogmas, torturas y penalidades de estos horribles tribunales; con la excepción, que lo que una era dirigido contra una sola secta, fue destinado eventualmente para incluir los seguidores de cada herejía. Que los descendientes de una nación renombrada a través de toda la antigüedad como ardientes amantes de la libertad, fuera en unas pocas generaciones transformada en los mas implacables de sus perseguidores, es una de las mas notables anomalías políticas que se encuentran en la historia. Aún San Isidoro refiriéndose a llevar a los judíos al Bautismo, y obligarlos a comunión con la Iglesia, declaraba en forma indignante que era "non secundum scientiam;" una afirmación la que hecha bajo el reino de Sisibutus, en el comienzo del siglo siete, es una de significado remarcado, en cuanto emana de un padre de la Iglesia en una era de casi universal ignorancia y prejuicio religioso.

La Iglesia Hispano-Gótica era absolutamente independiente de Roma. La supremacía del papa no era reconocida, y, en todos los anales que adelantan la

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Reconquista, no hay mención de una apelación a la Santa Sede sobre temas de gobierno, ceremonial, o doctrina. El espíritu audaz y altivo de Vascos e Ibéricos, animó a los eclesiásticos de ambas Iglesias de España, la arriana y la católica. Antes de la conquista Sarracena no había arzobispos. Los metropolitanos, o los obispos de las iglesias principales, eran iguales en el rango en la jerarquía, hasta que los consejos nacionales comenzaron a tener lugar en el siglo sexto; cuando, gradualmente, por la aquiescencia común, Toledo llegó a ser el asiento del Primado, una distinción que desde siempre ha mantenido.

El predominio del sacerdocio en el gobierno, una vez establecido, avanzó con pasos prodigiosos. En el octavo Consejo de Toledo, se sentaron diecisiete nobles y cincuenta y dos obispos; en el decimosexto Consejo, catorce años después, había en la asistencia dieciséis palatines y conteos, y setenta y siete prelados, y; con esta relación mayoritaria de eclesiásticos, la autoridad y la importancia de los últimos naturalmente aumentó.

La moral del clero en esta época, si bien estaba lejos de ser inmaculada no estaba sujeta a la reprobación que tan justamente hicieron los profanos y poetas y novelistas de épocas subsiguientes. Su influencia sobre la gente era ilimitada, y su popularidad, en su mayor parte, bien merecida. Su intervención en el beneficio de los oprimidos contuvo efectivamente los instintos feroces del monarca y el noble. El criminal, perseguido a las puertas de la iglesia, o al pie del altar, no podría arrestarse desde sus recintos sagrados sin la aquiescencia de un sacerdote, o un obispo; y el mero hecho que hubiera buscado refugio en la Casa de Dios eximía de la pena de muerte, sin importar cuan grave el carácter de su ofensa pudiera ser. Al obispo se le otorgó el

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

derecho de supervisión sobre la conducta del juez, cuando se excedía en sus facultades, o tomaba decisiones en manifiesta violación de la justicia.

---

## El Espíritu Original de la Conquista Visigoda.

Los godos, los más plásticos y obedientes de los prosélitos, miraban sus consejeros espirituales con veneración y respecto peculiar. Ellos eran sus guías, sus protectores, sus bienhechores. No era la influencia potente del clero en el mantenimiento de justicia y el derecho, restringido a las ordenes más inferiores. Ellos pronunciaron anatemas contra la traición; excomulgaban pretendientes al trono; contenían la ambición y concupiscencia merodeadora de nobles; obligaban la reverencia de aspirantes a la oficina real; y extraían del rey (quien era frecuentemente su criatura) la deferencia y la sumisión que ellos consideraban debida a su autoridad y oficio sagrados.

La gente de la Península, mientras aparentemente seguidores de la herejía arriana, evidenciaba poco interés en la fe con el aspecto de Cristiandad ortodoxa.

Seguro en su poder, y consciente que ningún monarca aventuraría a promulgar un edicto que amenazara su supremacía, o, afectar de cualquier forma los privilegios de la Iglesia, el sacerdocio no requirió, como que una condición esencial de su validez, que cada edicto debería ser confirmado por la voz de un consejo. Consiguientemente muchas regulaciones eran establecidas por la única autoridad del rey; y este privilegio, al principio meramente una concesión, vino, a su debido tiempo, para ser considerado y aceptado como una prerrogativa real. La apelación al soberano en vez de al papado, fortaleció en forma adicional la autoridad del trono; pero nunca, a cualquier tiempo, se permitió al rey olvidar a quien él debía su elección y su título; y que el mismo poder que lo había levantado a su enaltecida posición podría, en cualquier

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

momento que infringiera su juramento de coronación, deponerlo, y reducirlo nuevamente a la posición subordinada y comparativamente obscura de la cual el favor eclesiástico, ayudado quizás por sus propias virtudes y habilidades lo habían elevado.

Esta sola circunstancia, muestra el estado primitivo de sociedad debajo de la dominación Visigótica; un estado en su mayor parte debido a la simplicidad de las maneras populares; el espíritu de tradiciones heredadas; el disfrute de preeminencia intelectual por una clase única, a la vez, favorable al crecimiento abrumador del poder sacerdotal.

Los Visigodos eran diferentes de otros bárbaros, en que, en la legislación y la gestión de sus asuntos civiles, manifestaron un sentido de humanidad, y una filosofía genuina, raramente encontrados aún entre naciones completamente civilizadas.

Ellos se mezclaban en matrimonio con la raza conquistada. Debajo su sistema todas las personas eran iguales ante el derecho. La distinción entre el ciudadano y el extranjero, como definido por el *Jus Civile* y el *Jus Gentium* de jurisprudencia Romana, se repudió. El castigo para el crimen se graduaba según la riqueza del injuriador, más bien que según el rango y la situación de la víctima. Los hijos de ambos sexos podrían heredar igualmente la propiedad de sus padres; una medida de justicia indudable, pero en la contravención directa de los derechos que gobiernan la herencia en la mayoría de los países de Europa de la época. Siendo el esclavo meramente una cosa, un daño a él se clasificaba según su valor comercial. Sus derechos eran, sin embargo, cuidadosamente protegidos contra el abuso y la crueldad de su dueño. Cuando

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

se le emancipaba su libertad era o absoluta, o limitada con ciertas restricciones por las cuales él y su familia para siempre debían obediencia y lealtad a su propietario anterior y estaba a su vez habilitado a pedir consejo y protección de este último y sus descendientes.

El amor a la libertad, como con todas las razas migratorias, era fuerte en los corazones de los Visigodos. Siempre obedientes a la Iglesia y a su rey, ellos, no obstante, resistían obstinadamente cada invasión de sus antiguas libertades y derechos .

El trono, originalmente electivo, no era llevado tan lejos del común del pueblo como estuvo en otras naciones; toda persona de la sangre pura Goda, que no había entrado nunca en el claustro, o sentenciado para algún crimen por una Corte, y quien era eminente por sus grandes calidades o distinguido por sus servicios, podría aspirar al poder supremo.

En el momento de la accesión del monarca, justicia, honor, verdad, piedad, la fe, y el perdón, se inculcaron diligentemente, para ser siempre observados como virtudes muy apropiadas y adecuadas a la oficina real. A la vez, pendían penalidades para todos los príncipes que infringieran el juramento de coronación; y, durante la ceremonia, estas penas se repetían en voz alta por todas las personas presentes, tanto eclesiásticos como profanos.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Adopción del Catolicismo

Después del siglo VII, cuando se adoptó el Catolicismo, el espíritu generoso y noble que había saturado hasta aquí los consejos del reino, fue suplantado por una intolerancia fiera, y el rey fue obligado a comprometerse a la implacable erradicación de la herejía.

El soberano fue tratado con mucha menos consideración bajo el sistema Gótico, que bajo cualquier otro sistema establecido en tiempos antiguos o modernos.

La supremacía regia, necesariamente investida con mucha importancia en tiempos de guerra, en tiempo de paz tuvo comparativamente poca importancia. No fue hasta el reinado de Leovigildo, en la segunda mitad del siglo sexto que los reyes Góticos asumen las marcas e insignias de reyecía. Ellos no diferían en el vestido o el aspecto general de sus súbditos, ni había un lugar reservado para ellos en la asamblea del pueblo; todas las clases estaban autorizadas para dirigirse a su soberano con familiaridad; y retienen todavía en sus maneras y comportamiento rastros de su origen bárbaro, el monarca parecía más bien el magistrado electivo de una República (que lo era a todos los efectos prácticos) que el gobernante supremo de una nación grande y poderosa.

El derecho de primogenitura, derivado del feudalismo, y omitido desde el ley Sálca era asimismo desconocido a los Godos. Un monarca, en la misma manera como un individuo privado, podría solamente transmitir a sus herederos la propiedad personal que él, en su turno, había adquirido por sus talentos, o heredó desde sus ascendientes. Como los caciques de los Ostrogodos y los otros bárbaros, quienes consideraron el pelo rubio largo una insignia de



# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

autoridad real, el rey asumió el título de Flavius, del Latín flavos, como indicador de esta augusta y altamente apreciada distinción.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Decadencia del Estado Visigótico

Con la fusión de razas la identidad de los Godos fue rápida y completamente perdida. El espíritu militar al que ellos debían no solamente su organización civil y política sino también su integridad y conservación como pueblo desapareció. Después de la ocupación de la Península Española, ese espíritu que era su característica más distintiva de tiempos antiguos y una de las mas destacadas que poseían en común con los Germanos, fue poco a poco debilitada, y finalmente se perdió en la decadencia prematura de una Nación entera.

El espíritu servil del esclavo y colono Romano, cuyo sentido de independencia había sido aplastado por siglos de opresión, ahora afirmó su predominancia sobre los sentimientos audaces y activos de los duros soldados que habían inundado y conquistado Europa.

Bajo la política Visigótica, no había retribución para el servicio militar, y la gloria y la aventura de una campaña, no era considerada suficiente recompensa de sus privaciones. Anteriormente, los Godos pagaban a sus soldados únicamente en tiempo de guerra, y, durante la paz, el servicio en el ejército era considerado como impuesto. El Sistema Feudal, originalmente derivado desde la enfiteusis, o arrendamiento perpetuo, del derecho Romano, con su regla que incluía el servicio militar para la posesión de un derecho, no se había aún establecido. La repugnancia invencible de los Visigodos a la guerra ocasionó que evitaran bajo cualquier pretexto imaginable, dar su ayuda a sus gobernantes en tiempos de conquista o invasión.

Ellos rehusaron proteger la persona de su monarca, o defender las fronteras de su país. Los nobles y terratenientes persistentemente violaban la

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

ley que les requería poner en batalla un décimo de sus esclavos, completamente armados y equipados. El noveno capítulo del Código contiene regulaciones estrictas contra tales delincuentes que debajo diversos pretextos, buscaban evadir el servicio en el ejército, que ellos y sus dependientes debían; y se dijo que, alguna vez, la mitad de la población fuerte y sana de la Península hubiera tenido que hacerse acreedores a las penas terribles que ellos mismos imponían a causa de su rechazo a obedecer esas regulaciones.

En este simple hecho se revela significativamente, no solamente el deterioro completo de la una vez valiente raza Gótica, sino también la causa del éxito asombroso e inaudito del poder Sarraceno.

Los escuadrones Mahometanos impelidos por la fuerza potente de su fanatismo, no podrían ser resistidos por una multitud de campesinos mal tratados y nobles afeminados, desunidos por facciones y luchas internas, sin reverencia para su rey, ni amor para su tierra nativa; en la cual, el espíritu marcial de sus ascendientes hacía tiempo había sido suplantado por las pasiones ignominiosas de crueldad y avaricia; donde sus líderes servían bajo el temor de la confiscación de su propiedad, y el rango era mantenido por la acción del azote.

## El Fuero Juzgo y sus circunstancias

El derecho Visigótico original, totalmente basado sobre tradiciones orales, se comenzó a poner en orden por encargo de Eurico en Arles en la última mitad del siglo quinto, quien encargó su escritura. Esta colección está desafortunadamente perdida, pero muchas de sus provisiones se incorporaron en el Código Visigótico, aunque, sin duda, sometidas a modificaciones importantes y numerosas en el curso de siglos.

A principios del siglo sexto, Alarico II. Promulgó el *Breviarium Alaricianum*, y esa colección fue la fuente de subsecuentes códigos Lombardos

y Bávaros. De las compilaciones de Eurico y Alarico, bajo los reinados de los reyes Chintasvintus y Recesvintus, 649-652, se formó el Fuero Juzgo, o Código Visigótico; el monumento más notable de legislación que nunca haya emanado de un pueblo semi-bárbaro, y el único monumento considerable de grandeza o la

Por encargo de Alarico, el jurisconsulto Goiric formuló una compilación de leyes romanas, tomadas de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, que rigió solo para hispanos y galo-romanos,<sup>8</sup> y que se conoce con el nombre de Código de Alarico o Breviario de Aniano, secretario de aquel que firmó las varias copias destinadas a los oficiales del reino.

La Asamblea general de obispos y notables, reunida en Aire, fue aprobado el Código y en la misma ciudad se promulgó el 2 de febrero de 506. Autorizó a los obispos católicos para celebrar concilios y en el año 506 se congregaron en Agde 24 obispos y diez delegados de las varias provincias visigodas, presididos por San Cesáreo de Arlés.

<sup>8</sup> **Código Gregoriano:** 286 D C: Colección de constituciones imperiales compiladas por un jurisconsulto llamado Gregorio. Posiblemente haya sido publicada para el año 286 de nuestra era. De este código se conservan unicamente algunos fragmentos. Las constituciones imperiales incluidas no son mas antiguas que el imperio de Adriano.

**Código Hermogeniano:** 365 D C : Compilación de constituciones imperiales a partir del 296. Hermógenes, autor de la compilación es un continuador de Gregorio.

**Código Teodosiano:** 438 D C: Una importante colección de constituciones imperiales, que se atribuye a un jurista llamado Teodosio el Joven. Fue promulgado como ley para el Imperio de Oriente en el 438, y adoptada por el Imperio de Occidente en forma casi inmediata (Valentiniano III). Comprende las constituciones dictadas desde el tiempo de Constantino y se halla dividido en 16 libros, cada uno de los cuales se subdivide en título en los cuales las constituciones se hallan clasificadas por el orden de materias.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

erudición legada por los Godos a la posteridad. Como los trabajos Romanos sobre jurisprudencia se divide en doce libros, subdivididos en títulos y capítulos.

El idioma en que se escribe el Fuero Juzgo es el gótico-latino, una jerga bárbara, sumamente difícil traducir, y vastamente diferente del modismo pulido de Tácito y Cicerón. Su examen revela muchas variaciones, discrepancias, ambigüedades, y contradicciones, indiscutiblemente debido a la ignorancia de los diversos traductores; un hecho que no es sorprendente cuando se considera el conocimiento imperfecto y la educación defectuosa que predominó en España durante el siglo séptimo.<sup>9</sup>

No hay mención del Fuero Juzgo durante la dominación sarracena, excepto que se sabe que fue

Nota del Traductor: Para remarcar las dificultades del gótico, se señala, la oración de Padre Nuestro, que viene de los Evangelios, y es sacada de la traducción de Ulfilas del Griego al Gótico:

:Atta unsar, þu in himinam,  
:weihnai namo þein,  
:qimai þiudinassus þeins,  
:wairþai wilja þeins,  
:swe in himina jah ana airþai.  
:hlaif unsarana þana sinteinan gif uns  
himma daga,  
:jah aflet uns þatei skulans sijaima,  
:swaswe jah weis afletam þaim  
skulam unsaraim,  
:jah ni briggais uns in fraistubnjai,  
:ak lausei uns af þamma ubilin;  
:unte þeina ist þiudangardi  
:jah mahts jah wulþus in aiwins.  
:Amen.

<sup>9</sup> El idioma gótico tiene diferencias importantes con los idiomas germánicos conocidos. Es el único idioma germánico oriental que sobrevive, los otros incluidos el Burgundio y el Vándalo, solo se conocen a través de nombres propios.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

preservado por los moros; y como se permitió a los Cristianos el uso de sus propias leyes allí donde no conflictúen con los de los conquistadores, sobre el pago regular de tributo, puede presumirse que era la autoridad legal reconocida de magistrados Cristianos durante el período que España permaneció bajo el cetro Musulmán.

Cuando Fernando III. tomó Córdoba en el siglo 13 ordenó que el Fuero Juzgo se tradujera al Castellano y que se adoptase y fuera observado por sus ciudadanos. Esta traducción, que se añade comúnmente a la versión Latina, es incompleta, incorrecta, y poco satisfactoria. Contiene muchas omisiones y sustituciones; el significado de las frases, en muchos casos, es ni siquiera aproximadamente dado; los nombres apropiados parecen ser originados en la imaginación fértil de la traductora gótica. y, no infrecuentemente, las interpolaciones, derivadas desde alguna fuente desconocida, han usurpado enteramente el lugar del texto original.

Al considerar los detalles generales del Código Visigótico, uno de los aspectos llamativos y sugestivos que presenta es la enfática inclusión de preceptos enaltecidos de honor, probidad y justicia al mismo tiempo que la aceptación y adopción de creencias basadas en las mas retorcidas formas de superstición.

En la misma página donde se establecen los deberes a ser observados entre hombre y hombre con una perspicacia y piedad digna de elogio aparecen normas delatoras de adivinación y hechicería.

Con todas sus imperfecciones, sin embargo, nos presenta no solamente con concepciones nobles y precisas de justicia, pero indirectamente nos da,

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

también, una representación fiel y pintoresca del gradual, pero constante, adelanto de un pueblo. A diferencia de otros Códigos que le precedieron y le siguieron, es deficiente en la regularidad de clasificación y la división, y, en este aspecto difiere marcadamente de las Institutas de Justiniano, cuya ordenación fue casi literalmente seguida por Blackstone en sus Comentarios sobre el Derecho de Inglaterra.

El carácter inconciliable de muchas de sus disposiciones; la identidad de penas para ofensas de naturaleza y gravedad ampliamente diferente; la enunciación de los principios más sublimes de moralidad, al lado de mandatos que requieren la aplicación de torturas inhumanas y salvajes; a falta de otras pruebas las ordalías y la apuesta en batalla, tan frecuentemente usadas en esta época y en las siguientes como demostraciones de culpabilidad o inocencia están, además de los referidos anteriormente entre las características más destacadas de esta compilación extraordinaria.

El conjunto de una de casta contra otra, una práctica que nunca ha fracasado para destruir un gobierno y degradar a la gente, es conspicuo en todos lados.

El Tribunal es mirado más como un lugar de ejecución que el asiento para la rendición de justicia; el juez más bien un vengador de daños, que el representante del derecho y tutor del orden social. Las palabras *ultio* y *ulciscor*, constantemente usadas en el Código, revelan demasiado llanamente los sentimientos vengativos del legislador.

En común con todos los bárbaros, y asimismo con la mayoría de hombres civilizados, la fuerza, con su sufrimiento e incomodidad consiguiente, era la

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

idea única a la que apelaba la mente Gótica, y la influencia moral y disuasiva de la legislación se perdió de vista casi totalmente.

En el arreglo del Código Visigótico, los derechos mas antiguos, es decir, aquellos basados sobre las observaciones no escritas, están sin ninguna prueba de la época de su adopción; tales como las derivadas de fuentes romanas, son designadas antigua, o antiguas; los edictos de los reyes son promulgados bajo el título real, una distinción indicativa también de aquellos que eran aprobadas exclusivamente por los concilios nacionales

En una edad de ignorancia, un cuerpo de leyes estatuido y compilado por un pueblo semi-bárbaro era necesariamente dependiente en gran medida de las máximas y los precedentes anteriores. Las duras y frecuentemente crueles provisiones de las Doce Tablas y el Derecho Civil, se suavizaron mucho en el Código Visigótico. Por los términos del Nexum Romano, un deudor hipotecaba a sí mismo como garantía de su obligación, perdiendo su libertad en el caso que no pudiera cumplir su contrato; y así, como es declarado también por la Biblia, "el prestatario era el sirviente del prestamista;" una costumbre absolutamente prohibida por el Fuero Juzgo. Las relaciones de patrón y el cliente eran esencialmente diferentes debajo las dominaciones Romanas y Góticas.

En Roma, la condición de clientelismo no podía ser renunciada; en la España Gótica un hombre liberado o liberto, tenía el derecho para abandonar su patrón y seleccionar otro, pero debían anteriormente devolver toda la propiedad él había recibido de su bienhechor; el comportamiento obsequioso del cliente Italiano frecuentemente degeneraba en el servilismo abyecto, que se miraba como adecuado por su beneficiario; mientras entre los Visigodos



# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

nada se extraía por el patrón para su beneficio, excepto la práctica de obediencia, y la manifestación de gratitud.

Las reglas que gobiernan el control de tierras públicas no diferían mucho bajo la administración civil de las dos razas; en la Península, las dos terceras partes de la heredad conquistada, según la costumbre usual de bárbaros, llegó a ser la propiedad del Estado por el derecho de conquista; y el tercio restante se dejaba a quienes se había vencido por las armas.

La Ley del Talión, un aspecto destacado en la historia de todas las naciones en los tiempos tempranos de su formación, existió en Roma desde el reinado de Numa, y citada con mucha frecuencia en las promulgaciones del Código Visigótico, era indiscutiblemente tomada por los autores del código de las instituciones de Moisés, según sus prejuicios y predilecciones teocráticos.

Según ideas Romanas, una persona indiscutiblemente convicta de crimen, y cogido en flagrante delito, no tenía derecho a juicio, que se consideraba superfluo, y su castigo podría infligirse entonces y allí; un principio también frecuentemente aplicado por los Visigodos..

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Fuentes del Fuero Juzgo

Este famoso Código consiste en leyes que emanan de cuatro fuentes diferentes: La primera, aquella basada en antiguas costumbres góticas; la segunda, la jurisprudencia Romana; la tercera, los actos de consejos eclesiásticos; la cuarta, los edictos de reyes, promulgados en épocas diferentes, según las diversas exigencias que surgieron; todo lo cual parece haber tenido igual validez.

Una de las características más notables de esta recopilación es el mantenimiento del principio de responsabilidad legal, sin tomar en cuenta la riqueza, rango, o dignidad.

Se tomaron precauciones para impedir la interferencia del soberano con la magistratura y los tribunales, en ejemplos donde el poder real podría inadecuadamente ejercerse para pervertir el curso de justicia; y donde el juez, cediendo a la influencia superior, emite un decreto injusto, el mismo debía ser declarado nulo. En casos donde una apelación se llevó al trono, el rey, en la consideración de los temas traídos ante él, fue advertido de observar estrictamente las formas y los principios de equidad, y tomar su decisión consiguientemente.

Mientras el juez derivaba su autoridad de la Corona, era de hecho, independiente de ésta; y, igualmente removido por la voz del clamor popular, a diferencia de los magistrados electivos de los tribunales de antigüedad, no estaban bajo presión de obligaciones con la plebe. El legislador sacerdotal, nunca descuidado de sus propios intereses mientras define los derechos del pueblo, estaba, no obstante, él mismo, sujeto al poder secular. Mientras este era el caso, sin embargo, una gran distinción existía en el castigo infligido para

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

prácticamente las mismas ofensas sobre el clero y los laicos, con la ventaja enteramente en el lado del clero.

Las penas comúnmente impuestas sobre eclesiásticos para violaciones del derecho eran multas, penitencia, y retraimiento monástico; y su oficina sagrada era una seguridad contra los castigos horrorosos y degradantes de los que aún la nobleza más alta era a veces incapaz de escapar. En esta indulgencia, y la exención práctica de sentencias judiciales severas, puede discernirse el germen del "beneficio de clerecía," llevado a extremos y productores de abusos e injusticias múltiples en tiempos medievales.

El principio teocrático que anima el Código Visigótico es conspicuo en casi todos sus capítulos. La máxima piadosa e importante, "Omnis potestas a Deo," lo satura de cabo a rabo; en los preámbulos, que recita las razones para la promulgación de las leyes; en el cuerpo de las mismas, que apela a la sanción Divina para su promulgación; en las penas, que respiran el feroz sentimiento de las ordenanzas del Pentateuco. Mucha de las penas se copian casi al pie de la letra de la Biblia. Recalcitrantes Judíos se apedrearon a muerte. El adulterio era la causa única que autorizaba al divorcio.

En el juramento largo, elaborado, y espantoso que se obligó a hacer y suscribir a los Judíos, todo lo que era más reverenciado por ellos y que podría considerarse mas vinculante, se tomó del Viejo Testamento y, complementando por apelaciones a las confesiones de doctrina Cristiana, invocaba las más terrible maldiciones sobre las cabezas de todos quienes, sea tentados por la ambición o influenciados por la hipocresía, violaban sus votos, la impresión de lo cual era aumentada por la solemnidad, la superstición, y el poder.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

En la carrera del prestigio, la Iglesia poseyó las ventajas de organización completa y obediencia sumisa de inferiores, de reverencia para el origen celestial alegado, y de unidad de idioma; ventajas nunca disfrutadas, en cualquier época anterior, por cualquier otra sociedad, política, o religiosa; y que, inspirando respeto entre todas las clases, fundaba sobre una base sólida y perdurable la tela magnífica de su autoridad y grandeza.

Los innumerables detalles que relacionan con la transgresión de los derechos de propiedad, demuestran que muchos abusos deben haber existido anteriormente. El gran número de disposiciones diseñadas para la protección de la agricultura, indican la importancia con que era considerada por una gente que, solo unas generaciones antes, habían sido pastores y vagabundos predatorios.

Los visigodos fueron los primeros de los bárbaros nómadas del Norte en reconocer los privilegios y las responsabilidades adjuntas a la ocupación de una heredad permanente y limitada.

Las ofensas de infracción, violación de propiedad e intrusión, son claramente y explícitamente resaltados. Penas severas se denuncian contra todos quienes desfiguran, quitan, o de cualquier forma modifican mojones establecidos. Temas relacionados con transferencias, particiones, arriendos, propiedad de la tierra que pertenece al Estado, límites, disputa en lo que concierne a la titularidad de verdadera - propiedad, y título por la posesión adversa. se discuten y determinan con una capacidad y una concepción precisa de los principios de equidad, muy notable para la época.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Mientras el disfrute de la libertad era teóricamente el un derecho indiscutible de cada persona salvo los esclavos, los límites de castas y las clases, adoptadas, en su mayoría, de la política Romana se definieron estrictamente. A pesar de minuciosas y frecuentemente voluminosas provisiones, diseñadas para la protección del pueblo, la opresión por el rico y poderosa no era inusual.

La crueldad, y la persecución del débil, no podía ser practicada por nadie, sin importar cuan exaltada su dignidad, sin reprobación y castigo.

La interferencia de individuos de rango en el juicio de causas y su obstrucción del proceso de derecho - - evidentemente una práctica común, y una fuente de problemas interminables en tiempos anteriores - se prohíbe repetidamente; y se hicieron todos los intentos posibles para preservar las cortes de la influencia externa, y asegurar la justicia e imparcialidad de sus decisiones. Una apelación podría tomarse desde la decisión del juez al gobernador de la ciudad, desde él al gobernador de la provincia, y desde el posteriormente, al rey.

Donde una persona era demasiado pobre para incurrir los gastos ordinarios de litigación, él podría apelar directamente al obispo; quien, como el protector de todos dentro de su diócesis, estaba autorizado a mediar en los reclamos y las disputas de quienes requiriesen sus buenas oficios para impedir el ejercicio de injusticia y daño.

Fundados sobre los principios estrictos de moralidad que en todos lados deben controlar la conducción de humanidad, los preceptos del Código

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Visigótico presentan una analogía fuerte y notable a los que rigen las actuaciones de tribunales judiciales modernos.

Un contrato hecho bajo la coacción, o viciado por la defraudación, era nulo. Un principal era responsable por el acto de su agente, donde se sabía que último no había excedido su autoridad. Un dueño era responsable por daños y perjuicios cometidos por su esclavo. Los tutores tuvieron la responsabilidad estricta en el tratamiento de sus pupilos. Los derechos y las incapacidades de menores son claramente y definitivamente constatables.

Se declara la incapacidad legal de personas locas, salvo durante intervalos lúcidos, cuando públicamente se reconocía estar en posesión de sus facultades.

Los temas de litis pendencia, res judicata, el juicio de rebeldía y la prenda se tratan de la misma manera como en tratados modernos sobre esos temas.

Los derechos de herencia, y sucesión de inmuebles y haciendas, se explican con una minuciosidad correspondiente a su importancia y efectos sobre la vida social y doméstica.

Las relaciones de esposo y la esposa son exhaustivamente discutidas; ningún casamiento era válido sin una dote, que era dada por el esposo; la cantidad era proporcional a la riqueza y la posición del esposo; y una suma en la demasía de que estableció por el derecho no puede conferirse mediante el afecto, o exigida por influencia inadecuada.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Las haciendas patrimoniales, en la posesión de viudas, no podrían alienarse sin la aquiescencia de un consejo de parientes; una provisión que fue, durante siglos, derecho positivo en Portugal.

En la legislación penal del Código hay una curiosa mezcla de bárbaro y civilizado. La composición de crímenes era permitida por el derecho. La cantidad de daños para evaluar, como la pena para la ofensa, se estimaba según la dignidad y las posesiones del reo. El derecho de represalia se sancionó e impuso en casos donde el daño era de carácter personal y, en el apoyo de esta costumbre bárbara, la autoridad de la Biblia se invocó constantemente.

La inhumanidad de los castigos impuestos es otro indicio llamativo de la supervivencia de barbarie. Decapitación era la condena ordinaria para crímenes capitales. La pena para el incendiarismo era la muerte por el fuego. Marcando, mutilando, escalpando, y la castración se infligieron para ofensas no consideradas de gravedad suficiente para requerir la imposición de la pena extrema.

El cegar, probablemente el más fiero de todos, aunque abolido por el Código de Justiniano, había sido mantenido por el Imperio Bizantino, de donde los Visigodos lo adquirieron. Los azotes se infligían frecuentemente; el número de golpes varió desde cincuenta a trescientos; ellos se daban casi siempre en público; y aún un juez quien había sido declarado culpable de inmoralidad en la oficina, era pasible latigazos, simbólicos a veces de sufrimiento y deshonra, y únicamente sobrepasado en infamia y horror por quemar con fuego.

La tortura, aunque autorizada por el derecho, se usó muy poco. Bajo el sistema Romano podría únicamente infligirse a esclavos; los visigodos, sin

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

embargo, practicaban su ejercicio donde el crimen buscado para ser descubierto por sus medios implicaba una gran infamia moral; pero era únicamente empleado como un método para obtener pruebas, y nunca como castigo para el crimen.

Con un pueblo tan celoso de sus libertades, el arresto falso era mirado naturalmente como uno de los más grandes de agravios; mientras, por otra parte, pocas penas son más comunes que las que involucran el decomiso de libertad.

Los informadores, otra institución de la falacia y traición Bizantina, fueron fomentados y, donde ellos no eran los participantes en actos ilegales, se premiaron considerablemente por sus servicios sospechosos e ignominiosos.

El reconocimiento de la premeditación y alevosía, y el intento penal, especialmente en casos de homicidio, da a conocer una justa percepción de la responsabilidad que asiste la comisión de crimen, raro, desde luego, entre naciones que apenas emergen desde la barbarie, y bastante en contradicción con otras provisiones que afirman la existencia de brujería, encantos y encantamientos.

Bajo la política visigótica, un crimen se declara expresamente que muere con su autor, cuando el autor experimentaba la pena capital; ninguna culpa o reproche sigue a su familia o su posteridad, si ellos no estaban implicados en su culpabilidad; y el derecho arrollador e injusto, que confiscaba la propiedad, y marcaba los descendientes de un injuriador con infamia durante siglos en vigor en Inglaterra, era desconocido al sistema más equitativo e indulgente de los Visigodos.



# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

No conocemos los detalles del procedimiento seguido por los Tribunales Visigóticos. Ellos tuvieron, sin embargo, sus citatorias y otros autos de diversos tipos, sus alegatos, argumentos, deposiciones, opiniones judiciales ambos orales y escritas, también ejecuciones. Las actuaciones eran conducidas con la solemnidad debida; el cuidado más asiduo se ejerció para asegurar la honradez del magistrado; las reglas de decoro se impusieron estrictamente; las demostraciones de desacato se castigaron con severidad ejemplar; y aún una persona del rango más alto, si convicto de desacato participando en cualquier demostración inadecuada, era expulsado descortésmente por los encargados del orden.

Por la aplicación de tales medidas, las cortes se invistieron no solamente con una importancia y dignidad apropiada, sino que su imparcialidad se estableció y aseguró; y todos, parejo incluyendo la gente de las clases más inferiores, tuvieron en cuenta estos tribunales como fuentes de equidad, y para la protección y sostén de sus libertades.

Los Tribunales estaban casi continuamente abiertos; los jueces tenían pocas horas de descanso o recreación; ellos se hicieron responsables, en ambos persona y la propiedad, para una determinación apropiada de las causas traídos antes de ellos: su recompensa era fijada por el derecho, y era independiente aún del favor real; y los crímenes de opresión y el soborno, cuando eran cometidos por un magistrado, se hicieron tema de algunas de las disposiciones más salvajes del Fuero Juzgo, incluyendo la pérdida del empleo, el decomiso de propiedad, azotes, exilio, esclavitud, y muerte.

---

## Compurgadores y Jurados

El empleo de compurgadores bajo el sistema Visigótico era importante y popular. Su número no es constatable, y no parece haberse limitado, pero originalmente consistió de doce. El predecesor probable de nuestro sistema de juicio por jurados.

Esta institución se derivó de los Sajones, y era, sin disputa, de antigüedad remota. El juramento, rara vez empleado bajo otros sistemas de jurisprudencia, para la purgación de un crimen, fue usado frecuentemente por la magistratura Visigótica, como anteriormente había sido usado bajo el procedimiento legal primitivo de los Germanos.

La parte acusada, si había sostenido hasta el momento buena conducta, era autorizada para establecer su inocencia por estos medios; una actuación que puede confirmarse y acompañada por las declaraciones juradas de sus amigos, y vecinos, quienes, siendo personas mejor informadas del carácter y hábitos del acusado, venidas a la Corte, y juramentadas de su creencia en su inocencia. Ningún testimonio se ofrecía en su presencia, y ningún alegato se hacía ante ellos, como en el jurado moderno.

Con nociones mas correctas de los requisitos y efectos de la prueba jurídica que sus predecesores Germánicos, los Tribunales Visigóticos no admitían la intervención de compurgadores, excepto bajo circunstancias donde la prueba competente había fracasado para establecer conclusivamente la culpa del acusado. Es un hecho curioso que sus servicios eran alistados por criminales y litigantes en las cortes de Inglaterra hasta tiempos relativamente recientes. Al principio limitado a enjuiciamientos penales, su introducción se extendió subsecuentemente a diversas acciones civiles, y

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

especialmente a aquellas destinadas a la recuperación de créditos. Reconocidos por el Derecho Canónico, los compurgadores se juramentaron en Inglaterra hasta el reinado de Elizabeth.

Esta institución notable, que sufre tan claramente la impronta de la influencia eclesiástica, apelando a la piedad y los temores supersticiosos de la ignorancia, sorprende por la vitalidad sorprendente que exhibe y, su adaptación peculiar a los propósitos del proceso legal en la época cuando predominó.<sup>10</sup>

Mientras los miembros del orden sacerdotal estaban, en cierta medida, sujetos a la justicia secular bajo el política Visigótica, la reverencia con que ellos se tenía universalmente, el gran poder ellos ejercieron sobre las instituciones del reino, y su inteligencia superior, los investía con facultades misteriosas que hacían que su aparición en los tribunales fuera muy rara.

La historia de la monarquía visigótica, especialmente después de su adopción del Catolicismo en 587, está por lo tanto, como ha ya se comentado, estrechamente interconectada con la de la Iglesia Visigótica. La Corona poseyó poca autoridad verdadera. La organización municipal completa y universal, instituida por los Romanos, había desaparecido con la ocupación Gótica. Los funcionarios civiles y judiciales, aunque nombrados por la Corona, estaban sujetos a la supervisión eclesiástica; no solamente en la parroquia y la diócesis, sino también en los tribunales de justicia, en las relaciones más íntimas de vida doméstica, en la determinación y arreglo de disputas seculares, y aún en la presencia del trono. La influencia del sacerdote aumentaba en la

---

<sup>10</sup> Cabría agregar que el uso de compurgadores era común en toda Europa, siendo una típica institución de derecho germánico. Su uso se acentuó incluso a partir del siglo XII, cuando el Vaticano prohibió a los obispos la bendición de la plancha caliente, el agua caliente y el agua fría, usada en la prueba de ordalías. En Inglaterra y otros países nórdicos fue usado en juicios civiles hasta el siglo 17.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

misma relación en que la influencia del soldado declinaba. Alcanzó su clímax poco antes de la invasión Sarracena , cuando el gobierno de la Iglesia parecía destinado a durar muchos siglos, y su poder civil y político parecía inexpugnable. El carácter ilusorio de esta grandeza estaba pronto para ser expuesto a la evidencia. Dos años después que los últimos reyes Góticos subieron el trono, los ejércitos Moriscos estaban en la posesión de toda la Península Española.

# Derecho Medieval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

## Influencia del Fuero Juzgo después de su aprobación.

Las disposiciones del Código Visigótico, desde su promulgación al día actual, nunca ha sido enteramente abrogada por las legislaturas de España, y, como la fundación de la judicatura nacional, muchos de sus preceptos y sus reglas todavía mantienen su fuerza original y energizan en los tribunales legales y eclesiásticos de la Península Española. Durante la dominación Musulmana, su autoridad era incuestionable en los diferentes reinos Cristianos del Norte.

La compilación voluminosa, conocida como Las Siete Partidas, publicada por Alfonso el Sabio en 1348, se tomó en su mayor parte de el Fuero Juzgo.<sup>11.</sup>

Charles III. en 1788, expresamente declaró que las provisiones del Fuero Juzgo, nunca habían sido revocadas por estatutos o leyes subsiguientes, y ordenó que ellos deberían predominar en un juicio que involucra el derecho de herencia, donde la propiedad de un monje difunto se sostenía tanto por su monasterio como por sus parientes en la corte real de cancillería de Granada. No solamente son algunas de estas leyes todavía reconocidas como vinculantes en la Península, sino que fueron ampliamente usadas en el sur de Francia y los capitulares de los tempranos reyes de ese país sufren en forma inequívoca evidencia interna de su derivación desde esta misma fuente.<sup>12</sup>

---

11. Debe tenerse muy presente la ajustada opinión de Couture sobre este tema: "El derecho de la Partida III no va a ser ya el producto de una fusión histórica de dos razas, sino una vuelta al tipo clásico Romano. La partida III es el derecho procesal del Digesto, al que se le ha sumado, en leve modo, la experiencia española; pero no hay diferencia de raíz ente este tipo de derecho y el derecho romano. Hay que considerar, además, que la partida III no fue en su tiempo derecho aplicable, sino derecho teórico.

Alfonso X escribió dos códigos procesales. Para su tiempo, uno: el Fuero Real de España; para la posteridad otro, la Partida III. El Siglo XIII no conoció la aplicación de la partida III. Solo en los siglos posteriores es que se va a producir su verdadera aplicación práctica. La Partida III significa el tránsito de un derecho popular, vivo y hondo, a un derecho escrito, académico y romano." Couture, Trayectoria del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano. Depalma. Buenos Aires, 1999. Pag. 27.

<sup>12</sup> Tener presente opinión de Couture, en el sentido de la influencia romana de las Partidas, y su influencia en la

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

La versión Castellana del Código Visigótico, a pesar de su aspereza, sus ambigüedades, y sus errores, es todavía muy útil para los propósitos del filólogo y el historiador. Muestra el comenzar y el desarrollo del modismo Español noble y gallardo, desde su origen, lleno de barbaries, hasta su perfección de hoy; desde las expresiones crudas y torpes de la crónica y el misal, a la perfecta y pulida dicción de Calderón, Mendoza, y Cervantes.

Nosotros detectamos en sus frases trabajadas y torpes el Latino corrompido de los tiempos cuando la pureza clásica se perdió, y los idiomas Romances no se habían formado aún; una época de transición, abundante en palabras abreviadas y expresiones complejas, etimología curiosa, las frases construidas con poca estima a las reglas de sintaxis, citas incorrectas desde el Manuscrito, peculiaridades provincianas de construcción y nomenclatura, términos arcaicos, cuyos significados se olvidan ahora, las palabras de derivación puramente árabe, los nombres de animales y los objetos, entonces, por primera vez, introducidos en el Castellano, mucha confusión, aún toda instructivos en dar a conocer la costumbre y los prejuicios de una gente, y retratando las diversas graduaciones que acompañan la formación y crecimiento de un idioma. Tales son nuestras deudas hacia el Código Visigótico, en los aspectos legales, históricos, éticos, filológicos y económicos.

Su duro y poco elegante estilo, sus repeticiones y absurdidades, su incoherencia, sus supersticiones, y su tratamiento salvaje de herejes, pueden ser perdonados por los buenos servicios que ha rendido a la humanidad. Todos los sistemas modernos de gobierno están infinitamente en deuda con este Código, que ha contribuido a formar la base de la jurisprudencia de una gran

---

organización de los tribunales y derecho procesal en general, entre otras cosas. Véase Couture: Trayectoria...

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

parte de las naciones civilizadas de la tierra. Un gran número de los principios que inculca el texto legal superan a aquellos derivados de cualquier tratado legal, humano o divino. Su traducción al Castellano ayudó, más que cualquier trabajo literario, en dotar con belleza, gracia, y simetría, de lo que es ahora uno de los más magníficos y sonoros de los idiomas hablados por la lengua de hombre.

El Fuero Juzgo ha delineado, con una fidelidad que no suele encontrarse en la tradición o crónica, el estado de una sociedad, notable en sus características, todavía dedicada a las costumbres bárbaras, aún evidenciando sentimientos e impulsos comúnmente encontrados únicamente en condiciones del desarrollo moral e intelectual más avanzado.

Antepuestas al Código, indicando claramente por su posición y contenido que no tienen propiamente mas derecho de ser incluidos en ese lugar que veintenas de otros productos de legislación eclesiástica que suelen encontrarse en las compilaciones canónicas y crónicas antiguas de España, hay diez páginas de decretos y ordenanzas fragmentarias de diversos Consejos, tratando de relatar la elección de reyes y sus deberes, pero que, en la realidad, son principalmente homilías edificantes, invocaciones a Dios y maldiciones contra aventuras tales como disputar la autoridad divina de la Iglesia.

## Dificultades de Traducción<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Esta nota en su conjunto es una introducción a la traducción completa del Fuero Juzgo al Inglés. Se encuentra publicada en internet en Library of Iberian Resources.

# Derecho Medioeval

S.P.Scott

Traducción: Carlos Aparicio

---

Estas páginas están plagadas de repeticiones, anacronismos, y absurdidades; su dicción es mucho más bárbara y complicada que aún aquella del mismo Código; y sus aspectos generales fuertemente sugieren que ellas pueden haber sido incluidas por algún monje ignorante, celoso de los privilegios superiores de su orden. Por estas razones así como también porque mucho de lo que ellas contienen es repetido en el cuerpo del trabajo, se han omitido.

La traducción de este antiguo cuerpo de leyes ha sido un compromiso laborioso, y al que poca asistencia se ha brindado por la obscura versión Castellana. Los equivalentes para muchos de los términos Latinos no existen en el Inglés. Algunos pasajes son de importancia dudosa, los otros absolutamente ininteligibles. En no pocos ejemplos, el texto es tan complicado que sólo paráfrasis pueden ser empleadas. A pesar de estos obstáculos en el tratamiento del tema, me he empeñado en observar, tanto como posible, el espíritu del original y he preferido usar las palabras y expresiones literalmente, cuando esto puede ser hecho, mas bien que hacer uso de los términos de la fraseología jurídica moderna.

FILADELFIA, Mayo 1, 1908.



---

## Bases Históricas del Derecho Moderno

Necesidades perentorias de economía y política de la integración europea, han traído la necesidad de revisar viejos conceptos sobre los orígenes y destino del derecho privado, en la búsqueda de soluciones prácticas y efectivas para la gente de hoy.

Estas investigaciones van llevando a resultando sorprendentes en cuanto a que en realidad los distintos sistemas de derecho no parecen tan separados como antes, y la influencia del mismo derecho romano, parece ceder detrás de fórmulas mas eficientes y flexibles.

Couture decía que los uruguayos tendríamos un destino particular en estos procesos de integración debido a nuestra particular posición jerárquica como primera academia de derecho en América Latina (1955); y a nuestra particular posición geográfica equidistante de Europa Continental y el mundo Angloamericano.<sup>1</sup>

Pero las cosas que son realidades para Europa, también lo son para América, y es posible que en un futuro no demasiado distante se sienta la necesidad de una integración de los sistemas jurídicos americanos, ante lo cual

---

<sup>1</sup> Dice Couture: "Nuestra formación europea se une además, a nuestra condición de americanos. Esta doble situación concilia, en cierto modo, las dos grandes ramas de la civilización occidental en el campo del derecho. La crisis de comprensión que existe entre el pensamiento de Europa y de los Estados Unidos, que en el campo del derecho es recíproca y sustancial, puede ser superada desde este vértice sur del triángulo geográfico en que nosotros nos hallamos. Desde aquí podemos no sólo comprenderlos a los dos, sino en cierto modo, por nuestro antecedente europeo y nuestra condición de americanos, fundir ambas concepciones en una sola." Couture, E., *Algunas observaciones preliminares sobre la Enseñanza del Derecho en los Estados Unidos*. Ed.Panedille. Montevideo. 1955.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

deben actualizarse algunas ideas antiguas sobre los orígenes históricos del derecho privado.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Algunos Caracteres del Derecho Medioeval

La Edad Media, representa un momento muy particular en el desarrollo de Europa Occidental. El mundo antiguo había desaparecido en forma violenta y definitiva, el opresivo centralismo romano había desaparecido dando lugar a una atomización de la autoridad en forma de feudos y señoríos que evolucionaron a su vez a una aristocracia de base territorial y militar.

La desaparición del Estado Romano, no dio lugar al nacimiento automático de nuevas soberanías sino que por el contrario, los estados medioevales, débiles y siempre tambaleantes debían comunicarse con su súbditos a través de poderosas instituciones intermedias.

El poder de la religión en la Edad Media es inmenso, y el mensaje cristiano, tiene una fuerte repercusión en el mundo religioso, laico y en el derecho.

El éxito del cristianismo, corresponde a la versión católica romana de la religión. Los primeros éxito arrianos, son lentamente anulados y para la época de la invasión árabe a España, prácticamente los arrianos son una fuerza religiosa inexistente en Europa.

La Iglesia, prácticamente desde su establecimiento, tiene poderes jurídicos de importancia.

En materia civil: los tribunales eclesiásticos actúan, cuando ambas partes acuerdan su actuación, en forma similar a los tribunales arbitrales modernos. En los hechos la intervención de los tribunales religiosos era muy solicitada.

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

Debe tenerse presente que la Iglesia representaba el principal reducto de los elementos cultos en Europa, lo que daba a los juicios un elemento de competencia que no tenían los tribunales civiles.

En materia penal: Las autoridades de la Iglesia, solo pueden ser juzgadas por un tribunal eclesiástico, o en un tribunal civil con autorización del mismo.

Desde luego que esta es una simplificación de la actuación eclesiástica en toda la Edad Media, pero servirá de base para lo que después será el derecho canónico.

El procedimiento eclesiástico tenía elementos de derecho romano. No admitía el duelo judicial y tenía prevención en contra de las ordalías. Los jueces tenían a su vez gran reputación por sabiduría e imparcialidad.

Tanto en la justicia eclesiástica como en la secular, a diferencia del derecho romano del Corpus Iuris, se aplican nociones de moralidad corriente, y derivada de los evangelios.

Así, regía la teoría del justo precio, la resolución de los contratos por lesión enorme, y el enriquecimiento sin causa, instituciones de mucha amplitud, que son de aplicación impensable en los estrechos márgenes que el Corpus Iuris atribuye a la justicia.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Cambios Jurídicos a fines del Medioevo Europeo

Para fines de la Edad Media, se produce una reacción frente a ciertas Instituciones de derecho medieval.

El juicio por ordalías y la prueba por compurgación ambos de resultados imprevisibles, sufren cambios en esta época

En la ordalía por el agua hirviente se obligaba al acusado a sumergir la mano en un recipiente lleno de agua hirviendo, podía tener la variación de dar nueve pasos llevando un hierro al rojo vivo con las manos desnudas: Si al cabo de tres días la quemadura tenía mal aspecto, se declaraba culpable al acusado. En la del agua fría, se dejaba al acusado flotar atado durante un cierto tiempo, si flotaba era señal de inocencia y si se hundía de culpabilidad.

Si bien las ordalías se aplicaban como último recurso, los resultados de los procesos emergentes de ellas no eran muy seguros.

Una resolución del Vaticano que prohíbe a los obispos la bendición del agua o hierro calientes y el agua fría usados en procesos judiciales implica la virtual eliminación de las ordalías.

El proceso de compurgación consistía en un juramento que la parte hace jurando su inocencia. Luego se presentaban a juicio "compurgadores" propuestos por la o las partes, quienes a su vez, prestaban a su vez juramento sobre la honestidad y veracidad del acusado. Cuantos mas compurgadores se obtenían, mas posibilidades tenía en cuanto a la credibilidad,<sup>2</sup> aunque generalmente se requerían doce.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Gregorio de Tours cuenta que Fredegunda, sospechosa de adulterio por su marido, prestó juramente con tres obispos y 300 hombres escogidos entre los grandes de la realeza, lo que satisfizo a su marido. (Ourliac. Vol 1 pp. 94)

<sup>3</sup> La ley sálica exigía 12 compurgadores.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

El proceso por compurgadores es de resultados imprevisibles, por lo cual este proceso evoluciona necesariamente hacia el juicio por jurados (jurado clásico).

A pesar de sus defectos, el proceso de compurgación llegó a ser usado hasta el siglo XVII, principalmente en casos de deudas y cobranzas.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Otras Instituciones Medioevales de Participación

### Encuesta por Turba.

Largo tiempo después del renacimiento la costumbre siguió siendo la principal fuente del derecho en Europa, tanto en Inglaterra como en los países del *Ius Commune*.

La costumbre en principio debe ser objeto de prueba, y usualmente para las costumbres notorias alcanzaba con el conocimiento de la Corte, o con dos testigos comunes.

Para costumbres de conocimiento mas difícil estaba el procedimiento llamado Encuesta por Turba, en el cual se llamaba a varias personas (normalmente 10 o 12) y eran interrogados sobre la existencia de una costumbre.<sup>4</sup>

Las turbas tuvieron vigencia hasta bien pasado el siglo XIV donde se limitó su uso, y se trataba de separar al proceso de sus fuentes populares. Una ordenanza de Luis XII de Francia de 1499, establece que: "Las costumbres se deben comprobar por dos turbas y cada una de éstas por diez testigos".

A partir de una ordenanza de Carlos VII, se comenzó un trabajo lento de redacción de todas las costumbres del reino de Francia, un trabajo que

---

<sup>4</sup> Se hará la encuesta por turba respecto a las costumbres y de la manera siguiente: se llamará a varias personas que sepan de ello (sapietes) no sospechosos. Llamados ellos, les será propuesta la costumbre por boca de uno de entre ellos y les será dada por escrito. Hecho esto, prestarán juramento de decir y fielmente relatar lo que sepan, crean y hayan visto practicar con respecto a la dicha costumbre. Prestado el juramento, se retirarán aparte, deliberarán y relatarán lo que deliberaron; dirán entre quienes han visto aplicar la costumbre, en qué caso y en qué lugar, si hubo juicio y en qué circunstancias. Todo se redactará por escrito y se entregará a la Corte, cerrado, bajo el sello de los testigos y todos darán la razón de su dicho, aunque sea en turba." Ordenanza de San Luis. Año 1270. Ourliac, op. Cit. Vol. Uno pag. 214.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

continuó hasta la codificación. Con un alcance muy reducido, las encuestas por turba subsistieron hasta fines del siglo XVII.

Suele señalarse también el entorno cultural del incipiente renacimiento del siglo XII y XIII en Europa, que proveyó un clima intelectual favorable para la aceptación de la autoridad de los textos romanos.

La Europa de los siglos XII y XIII, estaba en procesos de cambio y construcción de nuevas estructuras de poder. Los líderes, tanto seculares como eclesiásticos necesitaban justificar sus acciones, y los textos romanos se constituían en la materia prima que usaban para entrenar la elite administrativa que ahora se requería. Por lo tanto también tuvo un importante peso en la difusión del nuevo derecho romano, la separación entre la moral y el derecho.

El derecho medioeval precedente estaba cargado de consideraciones de moralidad, como la teoría del justo precio, restricciones al comercio deshonesto, restricciones al abuso de poder, limitaciones a las tasas de interés, sanciones graves en casos de insolvencia, etc..

La sociedad del fin de la Edad Media se estaba preparando para grandes represiones en la política (Inquisición); violentas persecuciones a judíos y burgueses y cambios en la economía. En ambos terrenos la separación entre moral y derecho que el romanismo ofrecía parecía una solución conveniente.



# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Dinámica del Derecho Europeo Luego de la Edad Media

En el siglo XII, tanto en el continente como en Inglaterra y Normandía, pueden identificarse tres vertientes en la historia del derecho europea.

*En primer lugar*, por el derecho germánico, aplicado tanto en Inglaterra como Normandía, que también derivaba del derecho continental de la época de Carlomagno.

*En segundo lugar* el conjunto de costumbres y procedimientos vinculados al derecho germánico medioeval, y que constituye lo que ha dado en llamarse Ius Commune de Europa también llamado Common Law de Europa Continental.

En el siglo XII, este Ius Commune, del cual el propio Fuero Juzgo Español, es un ejemplo destacable, está constituido no solamente por derecho germánico sino por ciertos aportes de derecho romano, que comienza a estudiarse en Europa.

*En tercer lugar*, por el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, que como ya se ha destacado, en el siglo XII, comienza su influencia en el continente Europeo. En España a través de los Estudios de Jacobo de las Leyes, y la legislación de partidas de Alfonso el Sabio.

Esta legislación de partidas, de influencia claramente romana, no tiene una vigencia inmediata, sino que constituye una serie de principios jurídicos, que recién tendrán vigencia a la época del descubrimiento de América, y que pasarán al nuevo continente a través de la Legislación de Indias, y toda la praxis jurídica española de la época.<sup>5 6</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. Van Caenegem. European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia. New York and Cambridge, England: Cambridge University Press (2002).

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Primera dirección de evolución: el Common Law

Tiene lugar en Inglaterra a partir de comienzos del segundo milenio.

En esta época, lo que hoy es Inglaterra estaba gobernada por los normandos, y son precisamente los monarcas normandos de las islas británicas quienes tuvieron una función muy importante en el nacimiento del common law, a través de un particular interés en el tema jurídico.

Hoy es objeto de discusión el señalar hasta que punto influyó en el nuevo derecho que se formaba las costumbres sajonas anteriores, o si por el contrario el protagonismo normando fue mayor del que suele pensarse.<sup>7</sup> Lo que no hay duda es que durante el dominio normando de Inglaterra, se ponen las bases fundamentales del derecho que después llevará a los Ingleses a una posición de predominio en el mundo.

El derecho inglés logró formar una teoría jurídica suficientemente eficiente para establecerse sin interrupción hasta nuestros días.

No obstante, se hicieron fuertes intentos por la dinastía Tudor para el establecimiento de Derecho Romano, los mismos no prosperaron.<sup>8 9</sup>

El nuevo derecho implicó el surgimiento del juicio por jurados en la forma que hoy lo conocemos como jurado clásico, a partir de la decadencia del proceso por compurgadores.

Ya en sus primeros pasos el nuevo derecho Inglés tuvo muy claro el carácter autoritario del derecho romano.

---

<sup>6</sup> Véase también Brand, Paul, *The Future of Europe's Legal Past*. Publicación electrónica. (2002).

<sup>7</sup> Los suecos suelen manifestar que son los inventores del jurado popular clásico.

<sup>8</sup> La dinastía Tudor tuvo cinco soberanos en Inglaterra entre 1485 y 1603. En este lapso se intentó implantar el absolutismo.

<sup>9</sup> Cf. Jolowicz, op. Cit. Pp 65. Maitland, *English Law and the Renaissance* (1901), reprinted in *Select Essays in Anglo-American Legal History* (1907) 168-207

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

Fortescue hace el contraste entre el derecho Inglés y el Derecho Romano en términos muy claros:

" Es una máxima favorita del derecho civil (Ius Civile Románico), que lo que complace al Príncipe tiene el efecto del derecho, mientras que "las leyes de Inglaterra no admiten tal máxima ni ninguna como ella." Blackstone<sup>10</sup> subraya "con alguna satisfacción", "cuan ampliamente el derecho civil difiere del nuestro, sobre la autoridad de las leyes sobre el Príncipe, o (como hubiera expresado un civilista) la autoridad del Príncipe sobre las leyes." <sup>11</sup>

Otros autores también subrayan diferencias esenciales entre el derecho Inglés y el Continental.

Dice Churchill, Wiston en su famoso estudio sobre Historia de los Pueblos de habla Inglesa <sup>12</sup>:

"Un hombre puede solamente ser acusado de una ofensa civil o criminal que sea claramente definida por el derecho. El Juez es un arbitrador que adjudica sobre la evidencia que las partes eligen producir. Los testigos deben testificar en público y bajo juramento. Ellos son examinados en forma cruzada, no por el juez, sino por los propios litigantes, o sus representantes legalmente calificados y contratados privadamente. La verdad de su testimonio es sopesado, no por el Juez, sino por doce hombres honestos, y solamente cuando este jurado ha determinado los hechos que el Juez está en condiciones de imponer una sentencia, penal o penalidad de acuerdo a derecho.

---

<sup>10</sup> William Blackstone (1723 - 1780) escritor de Derecho y Profesor de la Universidad de Oxford. Escribió Comentarios sobre el Derecho Inglés en 4 volúmenes, que han sido muy influyentes en el derecho angloamericano, casi hasta nuestros días.

<sup>11</sup> Jolowicz, op. Cit pp. 64 y 65.

<sup>12</sup> Churchill, Wiston S. A History of the English-Speaking Peoples, Volume 1: "The Birth of Britain," Dodd, Mead & Company, New York (1956) pp. 221, 223 . Citado por Hery Steele Commager Churchill's History of the English-Speaking Peoples New York, Barnes & Noble Books (1995)

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

Todo esto podría parecer obvio, aun redundante, hasta que se contempla el sistema alternativo que aún domina una gran porción del mundo. Bajo el derecho Romano, y sistemas derivados, un juicio en aquellos siglos turbulentos, y en algunos países aún hasta hoy, es a menudo una inquisición. El Juez hace su propia investigación del problema civil o crimen público, y tal investigación se encuentra totalmente sin control. El sospechoso puede ser interrogado en privado. El debe responder toda las preguntas que se le formulan. Su derecho a ser representado por un asesor legal está restringido. Los testigos contra él puede testificar en secreto y en su ausencia. Y solamente cuando estos procesos han sido cumplidos se formula la acusación o cargos contra él y se publica. A menudo aparece intimidación secreta, confesión obligadas, tortura y confesiones de culpabilidad extorsivas.

Estos siniestros peligros fueron extinguidos del Common Law de Inglaterra, hace mas de seis siglos."

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Segunda dirección: Ius Commune.

Recientemente se profundizó el interés en el denominado Ius Comune, basado en el derecho germánico, compilado por el poder político en el continente de Europa.

El Ius Comune, se basa precisamente en textos de la jerarquía del Fuero Juzgo, y los distintos fueros medioevales, y básicamente es derecho germánico, que de alguna forma trata de ponerse al servicio de los Estados Nacionales en formación.

Formados en una época, en la cual el interés por el derecho romano comienza a manifestarse de distintas formas, toman del derecho romano algunas de sus manifestaciones más importantes como el Juez de instrucción; y la eliminación o atenuación del proceso acusatorio en materia penal.

A diferencia del derecho romano el ius comune mantiene un compromiso entre moral y derecho, y tiene como fuente principal a la costumbre. También mantiene para el magistrado ciertas prerrogativas que en el derecho romano no tiene.

Cada pueblo germano tenía su ley. El Fuero Juzgo o ley de los visigodos es la más antigua e importante, redactada a fines del siglo V, pero el texto que conocemos es del siglo VIII.

La ley de los burgundios, redactada alrededor del 500. Es llamada ley Gombeta por el nombre del rey que presuntamente la hizo redactar Gondebaldo.

La ley de los francos ripuarios, data del siglo VIII

La ley de los francos salios o ley sálica. Posiblemente sea anterior al año 500. El contenido de este Ius Comune, está dado básicamente por las

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

costumbres populares, que muchas veces eran leyes, pero totalmente desordenadas.

La introducción del *Ius Commune*, tenía un tronco netamente germánico, y si bien algunas Instituciones pueden considerarse romanas, no llegan a alterar el contenido general del derecho europeo del momento.

Sin embargo, las fuerzas hacia la centralización política son muy fuertes en Europa, que, siendo un continente muy violento, daba enormes posibilidades a los Estados Centralizados.

La centralización administrativa y política, son defectos que normalmente tratan de evitarse, no obstante en el área militar, los resultados de la centralización son ampliamente buscados. En la confrontación militar no necesariamente triunfa el mas fuerte, sino el mas fuerte en un lugar y momento determinado, lo cual es muy distinto.

En pleno siglo diecinueve, se decía de Alemania e Italia, que no podían desarrollarse de acuerdo a sus posibilidades por falta de centralización, y este hecho dio lugar al nacimiento de la Alemania de Bismark y la Italia de Cavour, en procesos políticos y jurídicos que continúan hasta la segunda guerra mundial que culmina con la derrota de las tropas del eje Alemania-Italia, convertida a la sazón en las potencias mas centralizadas del globo.

Cabría no obstante hacer notar, que los nazis se manifestaron decididamente en contra del derecho romano, no tanto por sus necesarias implicaciones políticas, sino, porque la fundamentación del absolutismo en el derecho romano, contrariaba fuertemente el segmento de la doctrina nazi que invocaba la superioridad de la raza aria.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

El punto número 19 del programa del partido nacional socialista alemán reclamaba que el derecho romano fuera reemplazado por un derecho germánico puro.<sup>13</sup>

Sobre el particular, también debe tenerse presente:

A.) El fascismo, aliado del nacional socialismo, no solo defendió al derecho romano, sino que hizo del mismo un valor autónomo.

B.) La praxis política nazi, una vez en el poder, siguió totalmente los dictados romanistas que fundaban el totalitarismo, tales como la derogación de la débil participación popular en la Justicia (jurados escabinos), y el retiro de autonomía al dispositivo jurídico.

C.) Muchos autores nazis, incluso en los primeros tiempos, favorecían el derecho romano (Max Kaser y Fritz Schulz).

---

<sup>13</sup> "Reclamamos que el derecho romano que se encuentra al servicio del orden mundial materialista, sea reemplazado por *Ius Commune Germánico*". El programa fue promulgado el 24 de febrero de 1920, y declarado inalterable en mayo de 1926. Cf. Jolowicz: *Political Implications...* cit.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Algunas Instituciones del Ius Commune

El ius Commune europeo es básicamente derecho germánico, con alguna incorporación de elementos romanos.

Se encuentra no solamente vinculado con el derecho germánico, sino que tiene una clara inspiración religiosa, en los evangelios.<sup>14</sup>

Uno de sus principios básicos es la identificación de la moral y el derecho, por lo que los preceptos morales, se convertían al mismo tiempo en preceptos jurídicos.

Así se introduce en la práctica jurídica, la teoría del Justo Precio, la persecución de contratos usurarios o abusivos<sup>15</sup>, pueden también detectarse nociones particulares, muy diferentes del derecho romano sobre el derecho de propiedad. El ius Commune acepta y protege la copropiedad, mientras que el derecho romano no.

El concepto absolutista y egoísta de la propiedad, es una de las críticas que mas frecuentemente se hacen al derecho romano.

---

<sup>14</sup> Esto hace decir a Whitman: "La alternativa moral al derecho romano, no era la tradición germánica, si bien en alguna medida puede haber representado una tradición provinciana; la alternativa al derecho romano, fue en primer lugar y principalmente, la tradición Cristiana." De Roman Law and Commerce in *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence* Yale Law Journal vol. 105, 1996, p.1885

<sup>15</sup> Justo precio y monumentos históricos: En la Plaza de los Señores de la ciudad de Verona (Italia), puede verse un león, construido c. 1200, que ha sido conservado como una reliquia histórica. Lleva en su boca una inscripción, invitando denuncias secretas de contratos usurarios. Cf. Whitman. *The Moral Menace of Roman Law*. Yale Law Review. Pp. 1869



# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Tercera Dirección: Derecho Romano

Si bien el entorno europeo del renacimiento miraba con desconfianza el creciente interés en el derecho romano, la etapa post renacentista coincide con una expansión de los enfoques romanistas que llevaron a catalogar como etapa de "recepción" del derecho romano.

Este término, no es quizás suficientemente gráfico, ya que la adopción del derecho romano, no fue tan amplia como puede suponerse, y mucho menos carente de fuertes resistencias.

En plena Edad Media, el derecho romano, tuvo una cierta aplicación de excepción para uso de los pueblos conquistados por los godos y otros pueblos germánicos.

A principios del siglo sexto, Alarico II. Promulgó el Breviarium Alaricianum, un cuerpo de leyes recopiladas principalmente del código de Theodosiano y esa colección fue la fuente de subsecuentes códigos Lombardos y Bávaros.

Los códigos romanos medioevales tuvieron una aplicación muy limitada, en el sur de Europa, y para resolver conflictos de importancia menor.

Es recién en el renacimiento que el derecho romano pasa a ocupar lugares de mayor jerarquía en la praxis legal europea.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

En el siglo XI, en el entorno de la universidad de Bologna (Italia), aparece un conjunto de estudiosos, llamados *Glosadores* quienes aplican el método exegético al Estudio del *Corpus Iuris*. Hacían breves y tímidos comentarios al margen de los textos (glosas). Su fundador es Irnerio.<sup>16</sup>

Posteriormente aparecen los *Comentadores* o *Post Glosadores*, cerca del siglo XIV. Entre estos se destaca Bartolo de Sassoferrato.<sup>17</sup>

Los Juristas de estas escuelas ignoraban por completo la literatura y la historia romanas, lo cual le reprochó Rabelais (*Pantagruel*, 11, 10):

**“(Los glosadores) De humanidades, historia y conocimiento de la antigüedad están tan cargados como lo está de plumas un renacuajo, mientras que el derecho está saturado de ello y sin estas nociones no se puede comprender.”**

---

<sup>16</sup> Irnerio (1055-1138 aprox). Jurista italiano que fundado la famosa escuela jurídica de Bolonia; consejero de la condesa Matilde y del emperador Enrique V; descubrió en Pisa una copia casi completa del Digesto y se le debe (mediante comparación con otras fuentes) la versión vulgar reconstruida de éste; también es autor de la colección de *Novelas Justinianeas* llamada *Authéntica* y de varios estudios jurídicos.

<sup>17</sup> Bartolo de Sassoferrato. (1313-1357). Jurista italiano nacido en Sassoferrato; profesor en Bolonia y en Perusa. Llegó a tener tal autoridad que una ordenanza de los Reyes Católicos (1499) prohibía que en sus dominios se contraviniesen sus opiniones. Sus *Comentarios* se aplicaban como *Derecho Supletorio*.

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Resistencias al Derecho Romano

El Derecho Romano iba a provocar resistencias de importancia para la época.

El papa Honorio III, fue tan lejos como prohibir la enseñanza del Derecho Romano en París en 1219: lo describió como "un lecho estrecho, en el cual difícilmente hay lugar, para los hijos de los profetas."<sup>18</sup>

El poeta Petrarca<sup>19</sup> advertía a sus lectores en plena Edad Media (1351) que: "la práctica del derecho Romano es un vivero de valores corruptos y mercenarios."<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> "coangustatum est illic stratum et fere artus est locus ibidem filiis prophetarum.", in: Henricus Denifle, *Chartularium Universitatis Parisiensis*, Paris, 1889, 1, 92.

<sup>19</sup> Francisco Petrarca, (1304-1374). Nació en Arezzo, Toscana el 20 de julio de 1304. Estudió leyes en Montpellier, France, in 1316. Si bien tuvo una sólida base jurídica, será conocido por la posteridad como poeta.

<sup>20</sup> Petrarca. Epístola a la Posteridad (1351) in *Letters from Petrarch*, Morris Bishop. (1966)

---

---

## Utilización del Derecho Romano

Dice Ourliac:

*"El renacimiento del Derecho Romano había inquietado, en un principio, al rey de Francia; pero bien pronto sus consejeros supieron obtener de él un maravilloso instrumento para reinar.*

*Los textos romanos no aportan, contra lo que se dice constantemente, una noción bien precisa del Estado. El Estado, por lo menos en la noción moderna, supone un territorio y no podía tratarse de territorio en un imperio con pretensiones universales; supone un ser colectivo, una nación, un deseo de vivir colectivo, y esta noción era radicalmente extraña a los Romanos. Pero el Derecho Romano aportó la idea de soberanía y de poder público en manos del Emperador. Los glosadores lo aprovecharon; establecieron que el derecho de príncipe era público en toda la extensión de la palabra; descubrieron en el seno de la sociedad feudal, en la que todo era confusión de la soberanía y de la propiedad, que la soberanía era por su propia naturaleza, inalienable e imprescriptible.*

*Por lo demás, el Derecho Romano ofrecía el modelo de una monarquía absoluta y administrativa, que los juristas al servicio de la monarquía habían de intentar Imitar."* <sup>21</sup>

*Una regla del Derecho Romano llamaba especialmente su atención; era la fórmula de Ulpiano (D. 14.1.1) repetida por Justiniano (inst. 1.2.6): "Quodquod principi placuit, legis habet vigorem"; "lo que agrada al príncipe tiene*

---

<sup>21</sup> Ourliac. Op. Cit Vol. II. Pp. 23 y 24.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

*fuerza de ley". Se ve ya brotar esta regla por el año de 1260 en Justice et Plet.*

*En el Siglo XV, la regla romana se convirtió en proverbio: "Qui velt le roi, si veult la loy", lo que quiere el rey, quiere la ley.<sup>22</sup>*

---

<sup>22</sup> Ourliac. Vol.II. Pp 24

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## *Legislación de Partidas*

La legislación de partidas, y particularmente la partida III significa una vuelta al derecho romano. En los hechos el derecho de la partida III es el mismo derecho procesal del digesto y el Corpus Iuris.

Cabe compartir expresamente aquí la opinión del maestro Couture, en cuanto expresa que: "Desde el punto de vista político, es decir, en su fondo mismo de justicia, el derecho procesal de las Partidas no supera aquel equilibrio maravilloso de libertad y autoridad, característico del Fuero Juzgo."

23

---

<sup>23</sup> Couture, Eduardo J. Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano. De Palma. Buenos Aires (1999)

## *Algunas Instituciones Romanas y sus dificultades.*

### *El Derecho de Propiedad*

El derecho de propiedad tiene una serie de características particulares en el derecho romano, que son muy diferentes al derecho germánico que lo sustituye en Europa.

Se señala el carácter exclusivista e individualista de este derecho en Roma.

Dice sobre esto Rossi Massella:

La propiedad romana tiene las siguientes características:

- 1) Es absoluta;
- 2) Es inmune, es decir no paga impuestos.
- 3) Es perpetua
- 4) Tiene límites territoriales y físicos.<sup>24</sup>

De estas características, se infieren otras a su vez, como las dificultades del condominio y el exclusivismo propietario.

Ahora bien, todos estos caracteres se oponen frontalmente al enfoque medieval, donde los derechos tienen una estrecha interdependencia, y muchas veces el derecho de propiedad se encuentra limitado por costumbres locales y generales.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Rossi Masella, Blas, Derecho Romano, Vol. 2, p 10

<sup>25</sup> Marx, Carlos, 1842: *Debates on the Law on Thefts of Wood*. Rheinische Zeitung, No. 298, Supplement, October 25 1842: Pero donde sea estos derechos consuetudinarios de la aristocracia son costumbres que son contrarios a la concepción de derechos racionales, los derechos consuetudinarios de los pobres son derechos que son contrarios a las tendencias del derecho positivo. Sus contenidos no entran en conflicto con las formas legales, sino mas bien con la propia falta de formalidades. La forma del derecho no está en contradicción a este contenido, por el contrario, el último todavía no ha llegado a esta forma. Poco pensamiento se necesita para percibir como una legislación iluminada desde un solo punto de vista, ha tratado y ha sido obligada a tratar los derechos consuetudinarios de los pobres, de los cuales los varios derechos germánicos puede ser considerados su fuente mas prolífica.

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

Tenemos abundante ilustración sobre esto, precisamente en un caso de 1842 que llevó adelante un abogado que posteriormente se haría famoso: Carlos Marx.

Se trata de un serie de artículos periodísticos en contra de una ley que pretendía derogar en Alemania costumbres muy antiguas sobre la recolección de leña.

La costumbre, inmemorial en el derecho germánico, permitía apropiarse de leña de predios privados ajenos, con tal que esa leña estuviese caída y separada de los árboles. Se consideraba en cambio robo, el hecho de derribar árboles con objeto de apropiación de su madera.

La costumbre se extiende también a otros pequeños subproductos del bosque, como fresas, moras y hongos cuya recolección la costumbre permite a los niños pobres.

Por aplicación de principios romanos, se pretende, por los propietarios forestales considerar como robos de leña lo que en realidad son incumplimientos de meras reglamentaciones forestales.

Hay en esta pretensión, una demostración, de hasta qué punto la codicia de las clases superiores perjudica su propia autoridad, al comprometer su influencia en el grupo social mediante el recurso a normas abusivas y renegar de sus antiguas obligaciones de fidelidad.

Puede observarse también en este trabajo, la función práctica de las nociones de derecho romano, en el entorno alemán del siglo XIX.

Carlos Marx, insiste en el carácter progresista e igualador de las Instituciones de derecho germánico, enfrentadas a las Instituciones del



# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

derecho romano. En algún lugar del trabajo llega a decir que hay un derecho consuetudinario de los ricos (fundado en el D. Romano) y un derecho consuetudinario de los pobres (fundado en los varios derechos germánicos).<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Nosotros ... Reclamamos para los pobres, política y socialmente desposeídos lo que los así llamados historiadores han descubierto que es la verdadera piedra filosofal para convertir una afirmación sórdida, en el oro puro de un derecho subjetivo. Nosotros pedimos para los pobres, un derecho consuetudinario, y de verdad uno que no tenga un carácter local sino que sea un derecho consuetudinario de los pobres en todos los países. Nosotros vamos aún mas allá y mantenemos que un derecho consuetudinario por su misma naturaleza puede ser solo el derecho de esta gente sin propiedad. Carlos Marx. Op. Cit.

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Bases sociales de los cambios en el concepto de propiedad

Los cambios hacia los conceptos romanos sobre propiedad y contratación van acompañados de rápidos cambios sociales, y una pérdida general de influencia de la aristocracia del antiguo régimen en Europa.

*Una aristocracia no muere en un día, como un hombre; su principio se destruye lentamente en el interior de las almas, antes de ser atacada en sus leyes y mucho tiempo antes también de que la guerra estalle contra ella y se ve desatarse poco a poco el lazo que hasta entonces había unido las clases altas a las bajas. La indiferencia y el desprecio se traicionan, de un lado; del otro, la envidia y el aborrecimiento; las relaciones entre el pobre y el rico se hacen menos frecuentes y menos gratas, y sube el precio del arrendamiento. Mas este no es todavía el resultado de la revolución democrática, sino un cierto anuncio de ella; pues una aristocracia que deja escapar de sus manos el corazón de un pueblo, es como un árbol muerto en sus raíces que los vientos derriban tanto mas fácilmente cuanto mas elevado es.*

*He oído a menudo a grandes propietarios ingleses felicitarse de que, en nuestros días, sacan mayor renta de sus dominios que sus antecesores; tal vez tienen razón en alegrarse, pero no sabe a punto fijo de qué se regocijan: creen tener una ganancia positiva y apenas hay un cambio, porque su influencia cede al interés constante, y lo que ganan en dinero lo pierden en poder.<sup>27</sup>*

Parece claro entonces, que en el abandono de los enfoques germánicos, existe la simiente de un régimen fuertemente egoísta, que está precedido por el abandono de nociones de propiedad de carácter mas social y comunitario.

---

<sup>27</sup> Tocqueville: *Cómo las Instituciones y las costumbres democráticas tienden a aumentar el precio y acortar la duración de los arrendamientos.* In *La Democracia en América*, ed. cit. (537 y ss.)

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Otras Consideraciones

El artículo que analizamos en el literal precedente, se inscribe dentro de una clara tendencia de Carlos Marx en contra del derecho romano.

Sin embargo, en tiempos recientes a pesar de la gran influencia del marxismo, la ex Unión Soviética, mantuvo una constante fidelidad a principios de derecho romano, y lo mismo sucede con Cuba Socialista.

En general todos los socialismos antiguos y modernos, están basados en algunos postulados que tienen dos destinos: a ) El primero una noción humanista del hombre basada en principios de igualdad, justicia y participación; b) El segundo la noción de jerarquía y orden y la falta de igualdad y justicia que siempre va conexas a la misma. Obviamente ambos son contradictorios. Todos los mensajes emergentes de dichos bloques tratan de enfatizar el primer segmento de la doctrina, y disimular el segundo.

Sin embargo, la prominente posición que ocupan los programas de derecho romano no dejan lugar para imaginarse un cambio en los términos del socialismo real, y el segundo segmento de la doctrina el principio de la jerarquía en un Estado elitista, pasa en los hechos a ocupar el primer lugar en los valores de la organización Estatal y explican con claridad meridiana el fracaso rotundo del llamado socialismo real, y una cierta parálisis dogmática al replanteo de estos problemas con claridad y honestidad.

Puede que eso cambie en un futuro mediato, pero no se ven todavía, los esfuerzos prácticos en ese sentido.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## *Cessio Bonorum y Cessio Vituperosa*

Un trabajo reciente estudio el uso del derecho romano en Holanda mercantil del siglo XVII.<sup>28</sup>

Holanda del siglo XVII, estaba en un proceso de claro desarrollo cultural, económico y jurídico.

Afiliada claramente a la reforma religiosa, se enriqueció con el aporte de la inmigración judía que había huido de las persecuciones del Sur de Europa.

El derecho europeo de la época se encontraba fuertemente influido por el derecho germánico y los principios religiosos cristianos, fuertemente críticos de la avaricia y la usura.

Uno de los temas que atraían fuertemente la atención era el derecho de quiebras, basado en el presupuesto que el comerciante quebrado había violado obligaciones morales, defraudado a sus acreedores y ahorristas, y engañado a la sociedad.

El quebrado debía entregar la totalidad de sus bienes a los acreedores, pero la entrega iba acompañada de fuertes sanciones morales y el sufrimiento de humillaciones especiales.

Por ejemplo: se obliga al quebrado a presentarse desnudo o en ropa interior en la plaza pública y pronunciar ciertas palabras de arrepentimiento.

La introducción del derecho romano en el derecho comercial de la época, introduce ciertos principios comerciales que luego se van a imponer en el mundo

---

<sup>28</sup> Whitman, J.Q. (1996) *The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence*. Yale L.J. 105, 1841 (1996)      ¿ El derecho romano ha representado un tipo de amenaza moral en la Europa premoderna, estimulando el comercialismo, la avaricia y la explotación y fomentado un racionalismo desvitalizado?      En una versión u otra, esta idea ha sido aceptada por los europeos durante siglos.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

moderno, deroga la teoría del justo precio y de alguna forma protege el enriquecimiento rápido y la avaricia comercial.

En el derecho de quiebras, la *cessio vituperosa*, o sea la cesión de bienes acompañada del vilipendio es sustituida por la *cessio bonorum*, mucho mas beneficiosa para el quebrado.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

## Tabla Comparativa de Derecho Europeo entre el Renacimiento y la Codificación

Cuadro Comparativo de Sistemas Legales en Europa entre el Renacimiento y la Codificación			
Elemento de Comparación	Common Law	Ius Commune Fuero Juzgo Ley Sálica, etc.	Derecho Romano Leg. Partidas
Reglamentarismo	No	No	Si
Fuentes del Derecho	Costumbre, Jurisprudencia, Ley, etc.	Costumbre, Jurisprudencia, Ley, etc. <small>(Se ordenan las primeras compilaciones de Costumbres.)</small>	Solo la ley (Corpus Iuris Civilis)
Interpretación de la ley	Creativa y Equilibrada	Creativa y Equilibrada	Piedeletrista
Procedimiento	Acusatorio	Acusatorio e Inquisitivo	Inquisitivo
Procedimiento	Oral	Oral	Escrito y secreto
Participación ciudadana	Jurados Populares Compurgadores	Jurados Populares, Compurgadores, juicio por Turbas para determinar derecho consuetudinario	No hay participación Popular
Quiebras	Cessio Vituperose	Cessio Vituperose	Cessio Bonorum
Enriquecimiento	Si	Si	No

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

Cuadro Comparativo de Sistemas Legales en Europa entre el Renacimiento y la Codificación			
Elemento de Comparación	Common Law	Ius Commune Fuero Juzgo Ley Sállica, etc.	Derecho Romano Leg. Partidas
sin causa			Solo Acción in Rem Verso (Cf. Nicolliello)
Justo Precio	Si	Si	No: Una cosa vale lo que se paga por ella
Lesión Enorme o Enormísima	Si	Si	No: Una cosa vale lo que se paga por ella (Contra: Tristán Narvaja: Informe de la Comisión de Codificación)
Usura	Prohibida	Prohibida	Permitida
Valores: Bien Común	Estimulado	Estimulado	Desestimulado (Jolowicz_1947) <small>Implicaciones Políticas del Derecho Romano Tulane Law Review (1947)</small>
Moral y Derecho	Integradas	Integradas	Separadas
Derecho Público y Derecho Privado	Integrados	Integrados	Separados
Estado y Burocracia			Estimulados

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

Cuadro Comparativo de Sistemas Legales en Europa entre el Renacimiento y la Codificación			
Elemento de Comparación	Common Law	Ius Commune Fuero Juzgo Ley Sálica, etc.	Derecho Romano Leg. Partidas
Valores	Enfoques Valorativos	Enfoques Valorativos	Racionalismo Destructivo
Propiedad	Enfoques comunitarios	Enfoques Comunitarios	<u>Propietarismo</u> Absolutista (Whitman p. 1848)
Co - Propiedad	Tolerada	Tolerada	Mal vista



# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## La Codificación Romanismo y Germanismo.

Ha sido observado con asiduidad que muchas veces los comentaristas de los grandes códigos, que incluyen desde luego al famoso Código de Napoleón, son más reglamentaristas y rígidos en la interpretación que el propio Código que comentan.

Las influencias que determinaron la sanción del Código Civil Francés de 1812, son de equilibrio entre las tendencias romanistas y germanistas, es decir entre el *corpus iuris* y *jus commune*.

Llegado al fin de siglo tiende a imponerse el germanismo en la codificación y en los hechos este triunfa claramente con la sanción Código Civil Alemán en 1900 y el Código Civil Suizo de 1907.

En forma algo paradójica, tanto el proyecto Acevedo, como el Código finalmente aprobado con base al proyecto Narvaja en Uruguay, adhieren claramente a las tendencias germanistas, marcando un liderazgo que luego será seguido en el mundo entero.

Dice al respecto Nicolliello:

"Uno de los méritos notables del "Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay" propuesto por el Dr. Eduardo Acevedo radica en haber señalado el camino para que el Código Civil hoy vigente, llegara a consagrar el "enriquecimiento sin causa".

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

Aún cuando el Derecho Romano y los ordenamientos jurídicos posteriores, condensan numerosos casos a los cuales se otorgaba a las partes la acción "in rem verso", el reconocimiento legislativo del mismo, con carácter general, sólo se alcanza a sancionarse el Código Civil Alemán de 1900.

De este modo podemos afirmar (enseña Peirano Facio) terminantemente que el Proyecto (de Acevedo) fue el primer "corpus civilis" que incorporó a su articulado este valiosísimo instrumento jurisprudencial que luego había de ser recogido por los Códigos más modernos, incluso con una formula similar a la del Proyecto de Acevedo tal como ocurre en el Código Civil Italiano de 1942." <sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Nicolielo, Nelson; Eduardo Acevedo y el Enriquecimiento sin Causa. Anales del Foro, 6 (1980)

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## El Derecho Privado en una Europa Unificada

Los proyectos destinados a unificar el derecho privado de Europa florecen hoy. A medida que el comercio internacional crece, las nociones europeas de derechos privado están haciendo influente en el derecho de varios territorios del common law.

Entender el derecho de Europa y las fuerzas que lo hicieron es mas esencial hoy que nunca: el derecho romano es una las mas importantes de estas fuerzas, quizás la fuerza definitiva.<sup>30</sup>

### El movimiento

El movimiento europeo unificador ha despertado interés principalmente en el período cuando Europa estaba unificada bajo la vieja Roma. El movimiento también ha instigado a a buscar por un "Ius Comune" o "Common Law de Europa Continental".

Existe en el mundo desde hace mucho tiempo una cierta prevención contra el derecho romano.

Herbert Jolowicz en 1947 identificaba tres de las muchas razones para esta prevención antiromanista:<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Stein P: Roman Law in European History. Cambridge, New York, Melbourne: Cambridge University Press, 1999; -137

<sup>31</sup> Jolowicz, Herbert; The Political Implications of Roman Law. Tulane Law Review, 22 (1947)

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

En primer lugar, el derecho romano ha sido mirado como un sistema foráneo, y objetable como tal.

En segundo lugar, el derecho romano es absolutista y totalmente antagónico a las Instituciones libres.

En tercer lugar, como la representación del individualismo capitalista, materialista en su apariencia, y favoreciendo al egoísmo a expensas del bien común.<sup>32</sup>

En nuestros días hay autores muy influyentes como Larry Siedentop, que insisten que es la presencia del Derecho Romano, que contribuyó (entre otras causas) a evitar que la libertad Inglesa se estableciera en Francia y Alemania.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Se insiste mucho en esta vinculación entre el derecho romano y el capitalismo, sin embargo, no parece justificada esta crítica, ya que Roma no era una sociedad capitalista, ni siquiera conoció un sistema bancario organizado. El surgimiento del capitalismo, al menos en su forma moderna, es muy posterior y coincide con el surgimiento de la burguesía en plena Edad Media.

<sup>33</sup> Larry Siedentop, *Democracy in Europe*, New York. 2001, 13 y ss.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Conclusiones

No deseamos este trabajo, sin dejar de subrayar unas pocas conclusiones de esta reflexión.

Una primera, es que el derecho romano, no es el cúmulo de virtudes científicas que algunos romanistas tratan exaltar, sino una herramienta de la antigüedad, que transplantada a la modernidad puede tener consecuencias buenas y malas.

La segunda, es que buena parte de los supuestos del Corpus Iuris, son definitivamente inconvenientes e indeseables en la sociedad moderna, particularmente su exclusivismo de la ley como fuente del derecho, el exceso de reglamentarismo, el carácter inquisitivo de ciertos procesos, etc.

La tercera, es que tampoco es conveniente un rechazo "in totum" de las fuentes romanas, de la misma forma que no deben aceptarse sin análisis profundo y adecuado.

La cuarta, consiste en la necesidad de defensa y vigencia de nuestro sistema democrático, mucho más compatible con el derecho romano de mediados de la República, que con el entorno político del propio Corpus Iuris.

Finalmente, debemos tener presente las necesidades político y jurídicas de las generaciones venideras, muy nuevas y plantean desafíos que no tienen precedentes. La revolución tecnológica y el cambio que en distintas etapas de la cultura y el derecho trae aparejados requiere una creatividad y flexibilidad, que no siempre es compatible con el espíritu que difunde el romanismo.

También debe tenerse presente que el motor que mueve las actuales investigaciones es la necesidad de un derecho privado europeo relativamente unificado, al menos en aspectos parciales.

---

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

Nadie piensa a esta altura en la necesidad y aún la conveniencia que haya un único Código Civil Europeo, aunque se siente la necesidad de establecer al menos cierta uniformidad, que hace dirigir la mirada al siglo XII europeo donde el antiguo *Ius Comune*, comenzaba a surgir.

En el derecho público, es necesario establecer directamente la confederación al estilo de la constitución norteamericana.

Esto podría parecer un poco utópico, pero la experiencia fundamentalmente de España, que a través de sus gobiernos autónomos ha establecido en los hechos una federación moderna y equilibrada.

Mucha gente se pregunta, sobre si la creación de un Super Estado Europeo no pondría en peligro la democracia, ya que habría un momento de transición, en el cual las burocracias civiles y militares tendrían un poder desproporcionado, ante el parlamento Europeo que es una institución débil, y un Poder Ejecutivo europeo, que es inexistente a la fecha.

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

## Bibliografía

📖 Bellomo, Manlio; **The Common Legal Past of Europe: 1000-1800**, Lydia G. Cochrane trans., Catholic Univ. of Am. Press (2d ed. 1991)

📖 Bréhier, L.; **Las Instituciones del Imperio Bizantino**, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana (1956)

📖 Couture, Eduardo J.; **Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano**. Buenos Aires, De Palma. (1999)

📖 Churchill, Wiston S. **A History of the English-Speaking Peoples, Volume 1: "The Birth of Britain"** Dodd, Mead & Company, New York (1956) pp. 221, 223 . citado por Hery Steele Commager Churchill's History of the English-Speaking Peoples New York, Barnes & Noble Books (1995)

📖 Iglesias, J.; **Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado**, Barcelona: Ediciones Ariel. (1972)

📖 Jolowicz, H.F.; **Political Implications of Roman Law**. Tulane Law Review. Vol XXII (1947)

📖 Lambiris, M.; **The Historical Context of Roman Law**, North Ryde, NSW. (1997).


📖 Lupoi, Maurizio; **The Origins of the European Legal Order** (Adrian Belton trans., 1999) Mattei, Ugo **The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies, and Developments**, 21 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 883, 889-90 (1998)

📖 Marx, Carlos; **Debates on the Law on Thefts of Wood**. Rheinische Zeitung, No. 298, Supplement, (October 25 1842)

# Renacimiento y Bases del Derecho Moderno

Carlos Aparicio

---

 Nicoliello, Nelson; **Eduardo Acevedo y el Enriquecimiento sin Causa.** *Anales del Foro*, 6 (1980)

 Ourliac, P. ; **Historia del Derecho.** 2v, Editorial José M. Cajica Jr. 1 edn.: Puebla, México (1952)

 Peirano Facio, J.; **Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay** (1963)

 Peyrefitte, Alain; **El Mal Latino.** Plaza & Janés Editores S.A. Barcelona (1978)

 Pirenne, Henri; **Historia Económica y Social de la Edad Media.** Fondo de Cultura Económica (6ª Edición): México - Buenos Aires (1955)

 Siedentop, Larry; **Democracy in Europe,** New York (2001)

 Van Caenegem; **European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia.** New York and Cambridge. England. Cambridge University Press (2002)

 Vinogradoff, P.; **Roman Law in Medieval Europe,** Oxford (1929; repr. 1961).

 Whitman, J.Q.; **The Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence.** *Yale L.J.* 105, 1841 (1996)



## Vertientes del Derecho Americano

### Un Nuevo Continente

En la década de los 60, cuando comenzamos a formarnos en la enseñanza superior, habían una serie de ideas que se enseñaban a veces y se daban por sabidas otras veces.

Una de ellas era que además de nuestros caracteres nacionales como uruguayos (pienso que sería algo similar en otros países latinoamericanos), teníamos una serie de caracteres comunes como americanos. Para bien o para mal (generalmente para bien) estos caracteres americanos determinaban gran parte de nuestra cultura e identidad.

Este sentimiento era tan importante, que provocaba por un lado, una sana rivalidad frente a otros países que supuestamente no tenían esta condición de americanos como por ejemplo España, que en ese momento, estaba bajo el gobierno de Franco, y no disfrutaba de las calidades típicas de las democracias y el constitucionalismo americano.

Por otro lado, una sana rivalidad con Norteamérica, a quien ya el mundo comenzaba a ver como sinónimos de "americanos", en el sentido de "Norteamericanos".

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

En realidad los Estados Unidos, es un país que en gran medida carece de un nombre específico: Estados Unidos (están también los Estados Unidos Mexicanos); Estados Unidos de Norteamérica (México y Canadá también están en el continente Norteamericano);

Durante la primera mitad del siglo XX, no obstante, la palabra "América", tenía un contenido muy claro, no solamente para los nativos del continente sino en el ámbito mundial.

Además de designar un continente particular, América, significaba una tierra de oportunidades, y de abundancia; de igualdad y democracia. "Hacerse la América", era el sueño de las clases medias del mundo: salir de la intolerancia, la guerra y los terrorismos para llegar al continente de la tierra abundante, de la libertad y la democracia.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

## Dos Américas

Las cosas en la tierra prometida no eran tan sencillas.

Para  
comenzar  
estaban los  
Estados Unidos  
de  
Norteamérica, y  
los Estados  
ubicados al sur  
del Río Bravo:  
América Latina.

Se sorprende uno al ver agitarse a las nuevas naciones de la América del Sur, desde hace un cuarto de siglo, en medio de revoluciones renacientes sin cesar, y cada día se espera verlas volver a lo que se llama su estado natural. Pero ¿quien puede afirmar que las revoluciones no sean, en nuestro tiempo, el estado más natural de los españoles de la América del Sur? En esos países la sociedad se debate en el fondo de un abismo del que sus propios esfuerzos no pueden hacerla salir. El pueblo que habita esta bella mitad del hemisferio parece obstinadamente dedicado a desgarrarse las entrañas y nada podrá hacerlo desistir de ese empeño. El agotamiento lo hace un instante caer en reposo y el reposo lo lanza bien pronto a nuevos furios. Cuando llego a considerarlo en ese estado alternativo de miserias y de crímenes, me veo tentado a creer que para él el despotismo sería un beneficio. Pero estas dos palabras no podrán encontrarse unidas nunca en mi Pensamiento. Tocqueville. 1830.<sup>74</sup>

Durante el siglo XIX, la evolución jurídica y constitucional de Norteamérica y de América Latina fueron francamente diferentes.

Los norteamericanos tuvieron el siglo signado por una gran guerra: la guerra de secesión, durante la cual las garantías jurídicas y constitucionales estuvieron suspendidas y el futuro de la propia federación en peligro.

El siglo XIX, en cambio en América Latina, fue una continuación permanente de golpes de estado militares y de guerras civiles. A principios

<sup>74</sup> Tocqueville. La Democracia en América. Edic. Cit. Pag. 237, véase también André Siegfried, Amerique Latine, Paris, 1934

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

del siglo XX, todavía América Latina, presenta posibilidades de regularizar su vida jurídica e institucional.

José Enrique Rodó escribe Ariel, una obra que tuvo enorme éxito en el ambiente académico americano en su conjunto. En la obra, se hace un crítica algo superficial del utilitarismo y

Si se me preguntara dónde coloco a la aristocracia norteamericana, respondería sin vacilar que no es entre los ricos, que no tienen ningún lazo común que los una. La aristocracia norteamericana está en la barra de los abogados y en el sillón de los jueces.

Cuanto más se reflexiona sobre lo que ocurre en los Estados Unidos, más se siente uno convencido de que el cuerpo de legistas forma en ese país el mas poderoso y, por decirlo así, el único contrapeso de la democracia.

En los Estados Unidos es donde se descubre sin dificultad como el espíritu legista, por sus cualidades y diría que hasta por sus defectos, es propio para neutralizar los vicios inherentes al gobierno popular. (Tocqueville. La Dem. En América , Ed. Citada (pag. 271)

materialismo norteamericano, y se compara con la espiritualidad latinoamericana, comparación de la cual sale esta última particularmente bien librada.

Se ve frente a la filosofía materialista, la filosofía idealista.

A diferencia de los filósofos del siglo XIX, Rodó que escribe en los albores del siglo XX, trata el tema del Americanismo en Ariel, donde trata de contraponer a las culturas de América del Norte, simbolizadas en su obra por Calibán, con América Latina, simbolizada por Ariel. Estos son dos personajes de una obra de Shakespeare (1564-1616) : "La Tempestad": el primero es un esclavo deforme y dependiente que de alguna forma simboliza el consumismo y

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

la frivolidad; el segundo es un espíritu que cambia de forma a voluntad y simbolizaría a la América Latina y su elitismo intelectual.

Vemos a América del Norte prosperar gracias al desarrollo de la industria y de la población, gracias a un orden cívico y a una sólida libertad; toda la federación constituye un solo Estado y posee sus centros políticos. Por contraste, en América del Sur las repúblicas reposan únicamente en el poder militar; toda su historia no es más que una revolución continua. Hegel.<sup>76</sup>

Rodó ve con preocupación los avances democráticos del pueblo norteamericano, y dice:

*"La oposición entre el régimen de la democracia y la alta vida del espíritu es una realidad fatal cuando aquel régimen significa el desconocimiento de las desigualdades legítimas y la substitución de la fe en el heroísmo por una concepción mecánica de gobierno."*<sup>75</sup>

*"La nivelación mesocrática, apresurando su obra desoladora, tiende a desvanecer el poco carácter que quedaba a aquella precaria intelectualidad. Las alas de sus libros ha tiempo que no llegan a la altura en que sería universalmente posible divisarlos."*<sup>77</sup>

Rodó desconfía de la democracia igualitaria, y del utilitarismo, que supone que son caracteres prácticos de Norte América, y deduce que ya han dado lo más que podían. Las posibilidades del futuro había que buscarlas en la educación popular (pag. 186 op. Cit.) y en que:

*Racionalmente concebida, la democracia admite siempre un imprescriptible elemento aristocrático, que consiste en establecer la superioridad de los mejores, asegurándola sobre el consentimiento libre de los asociados." Ella (la democracia) consagra, como las aristocracias, la distinción de calidad: pero las resuelve a favor de las calidades realmente superiores, las de la virtud, el carácter, del espíritu, y sin pretender inmovilizarlas en clases constituidas aparte de las otras, que mantengan a su favor el privilegio execrable de la casta, renueva sin cesar su aristocracia dirigente en las fuentes vivas del pueblo y la hace aceptar por la justicia y el Amor.*<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Op. Cit. Pag. 183

<sup>76</sup> Fatorusso, Rodolfo: Hegel y América Latina cit.

<sup>77</sup> Op. Cit. Pag. 198

<sup>78</sup> Op. Cit. Pag. 187

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

Estas ideas tuvieron un gran éxito en el momento en que fueron escritas que llegó hasta bien pasada la mitad del siglo XX.

Inclusive el programa Interamericano llamado Alianza para el Progreso se basaba en la idea de una particular superioridad de los latinoamericanos para la filosofía y las humanidades, que se debiera unir ante una particular superioridad de los norteamericanos en las ciencias aplicadas.

Un análisis desapasionado de estos problemas un siglo después que fueron diseñados (Ariel se escribió en el año 1900), conduce a un replanteo radical de la idea Americanista tal cual Rodó la concebía.

En los hechos, el planteo original contiene errores:

No se otorga al Derecho el lugar de importancia que tiene en la praxis norteamericana global.

En el mismo momento en que se escribían esas líneas, el movimiento Realista norteamericano, estaba dando las bases de su evolución futura, sobre bases, si bien pragmáticas y sociológicas, muy sofisticadas y eficientes.

El mismo Bertrand Russell señalaba que los Estados Unidos de Norteamérica, eran muy conocidos por sus refrescos populares e industria cinematográfica, a la sazón muy sencilla y a veces frívola, y muy poco conocidos por sus juristas filósofos de la talla de Pound, Holmes, Langdell, etc..

Para fines del siglo XX, ha perdido casi interés la cuestión si la palabra americano debería quedar reservada solo para la parte norte de continente, porque en los hechos, luego de la 2ª Guerra Mundial, se ha aplicado en forma práctica la palabra América, como sinónimo de Norteamérica, y mas

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

específicamente al mas poblado de los Estados que habitan en esa parte del hemisferio.

Las cosas han cambiado mucho desde el banco del liceo.

Sin necesidad de entrar por ahora en el fondo del problema, baste decir que la juventud que está saliendo de secundaria y entrando en la Universidad, es constantemente encuestada, sobre el tema si el hecho de ser americano tiene algún significado bueno o malo. No se

trata de interrogarles sobre alguna teoría intelectual, sino sobre todo de expresar un sentimiento.

El resultado de las encuestas, es que no se puede encontrar un común denominador práctico y útil en la idea Americana, y que si esta existe no se conoce. Este hecho implica que la idea americana ha desaparecido en términos reales de la Educación formal, y de los valores prácticos de la gente, al menos en el Uruguay contemporáneo.

En otro momento de este trabajo, trataremos de valorar este hecho, pero ahora nos limitamos a señalarlo.

Otras opiniones: Hegel sobre América:  
América se ha revelado siempre y sigue revelándose impotente tanto en lo físico como en lo espiritual. Los indígenas, desde el desembarco de los europeos han ido desapareciendo al soplo de la actividad europea. Incluso en los animales se advierte igual inferioridad que en los hombres. La fauna americana tiene leones, tigres, cocodrilos, que poseen un notable parecido con las formas del Viejo Mundo, pero son en todos los sentidos más pequeñas, más débiles, más impotentes. Aseguran que los animales comestibles no son en el Nuevo Mundo tan nutritivos como los del Viejo. Hay en América grandes rebaños de vacunos, pero la carne de vaca europea es considerada allí como un bocado exquisito.<sup>79</sup>

<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Citado por Fatorusso, Rodolfo: Hegel y América Latina. Búsqueda 17 de octubre de 1984.

<sup>80</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1770-1831). Influyente filósofo Alemán del siglo 19. También escribió sobre psicología, derecho, historia, arte y religión.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

## Constitucionalismo Democrático

Posiblemente ya lo dijimos antes, pero conviene insistir en que la colonización del continente americano tuvo particularidades notables.

La existencia de vastas extensiones de tierra, con grandes obstáculos a la comunicación derivados de la presencia de enormes ríos y cordilleras montañosas, hacía particularmente difícil la aplicación del principio de autoridad típico de los colonizadores.

Si bien algunas partes del continente como en América Central estaban pobladas y a veces superpobladas, el contacto con los colonizadores fue particularmente nocivo a la población indígena, que recibió enfermedades transmisibles y epidémicas que sumadas al fenómeno de la guerra, disminuyó su población en forma significativa.

El hecho de la relativa despoblación de América, es un fenómeno que se mantiene hasta hoy. Basta con comparar los valores de la tierra en Europa y América Latina. Una hectárea de buena tierra en Italia a la fecha que se escriben estas líneas tiene un valor de 15000 dólares, mientras que en Uruguay, ese valor es menor de 500 dólares.<sup>81</sup>

Ese valor de libertad o "espíritu de la frontera", era muy buscado por los primeros colonizadores europeos, donde se comenzaba a desintegrar el poder de la aristocracia, comenzaban a circular las ideas democráticas.

Notoriamente los republicanos ingleses, emergentes al gobierno durante una

---

<sup>81</sup> La cuestión agraria, es un gran tema en América Latina, pero el tema de la tierra tiene una importancia relativa frente a factores como la tecnología y la comercialización.



# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

gran revolución republicana.<sup>82</sup> Esa revolución no sobrevivió. Instaurada en 1640, hacia 1660 había nuevamente un monarca en Inglaterra.

Una gran cantidad de los primeros pobladores europeos de Estados Unidos eran refugiados políticos de esa revolución fallida, y fueron ellos, los que establecieron las bases ideológicas, jurídicas y políticas de la primera revolución democrática exitosa.

Las bases del nuevo estado que la democracia norteamericana comenzó a crear en 1763, eran muy sencillas y están establecidas sin ambagues en la declaración de la independencia redactada por Thomas Jefferson:

Primera: Igualdad: "Creemos que éstas son verdades manifiestas, que todos los hombres están creados iguales, que su creador los ha dotado con ciertos derechos inalienables y que entre éstos está el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad."

También el principio de la soberanía popular.

Poco tiempo después de la revolución norteamericana triunfa la revolución francesa.

El levantamiento francés comenzó en 1789, y es considerado como la revolución social y política que cambió realmente al mundo. Pero se debe

---

<sup>82</sup> Los puritanos ingleses llevaron adelante una revolución republicana liderados por Cromwell.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

simplemente a que en el siglo 18, Francia era un país mucho más importante que los Estados Unidos.

Cuando los franceses derrocaron su rey y fundaron una república sobre los principios de libertad, igualdad y fraternidad estaban siguiendo conscientemente el ejemplo marcado por los estadounidenses una década antes, y se convirtieron en moneda corriente del pensamiento radical del siglo 18, aunque habían sido los Estados Unidos quienes habían demostrado que podían ser llevadas a la práctica.

La constitución norteamericana, se convirtió en un documento muy importante en el derecho mundial, y tuvo influencia en todo el planeta aunque particularmente en América Latina.

Las constituciones de México y Argentina son casi idénticas, incluso en establecimiento de su sistema federal, y casi todas las constituciones latinoamericanas, incluso la uruguaya de 1830 y posteriores, tienen una deuda de inspiración y técnica jurídica, con los primeros constituyentes norteamericanos de 1788.

Debe destacarse que los prohombres de la democracia latinoamericana no son imitadores de textos importados, sino que demuestran una notable comprensión de la teoría democrática que manejaban los norteamericanos.

La igualdad es el primer derecho del hombre que menciona la declaración francesa de 1789: "los hombres nacen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más

---

<sup>83</sup> Orígenes de la Revolución, in Ourliac Historia del Derecho vol 2 pag. 336 y ss.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

Nuestra constitución de 1830, por ejemplo, aprobada solo 42 años después de su similar norteamericana, es una verdadera proeza jurídica.

En esos 42 años, hubo que traducir el texto original, estudiarlo, revisar su aplicabilidad al medio y su aceptación social, y para ello debía vencerse inmensas distancias físicas y culturales en una época donde no había otra cosa que veleros, y muy pocos conocimientos de idiomas.

Lamentablemente estos textos parecen no haber dado los mismos frutos en el norte que en el sur, aunque las razones de las dificultades de aplicación durante el siglo 19 en América Latina, es todavía un tema de investigación pendiente para la historia del derecho de esta sufrida parte del mundo.

Los principios sobre los cuales es fundado el estado norteamericano y que lucen en la declaratoria de la independencia y en la constitución norteamericana, marcan un antes y un después en el derecho mundial.

Así como nadie se había animado a fundar un Estado sobre tales principios, casi nadie, a partir del siglo XIX, ha alegado principios diferentes para el establecimiento y fundación de un Estado, aun cuando no crean realmente en ellos.

El constitucionalismo democrático, en América más que cualquier otra parte del mundo, es uno de los pilares principales del derecho americano y en base a sus principios, América, se encuentra libre de monarquías y aristocracias que son tan comunes en Europa y otras partes del mundo.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

## Common Law y Codificación

La otra vertiente del derecho americano, es el common law, en los Estados al Norte del Río Bravo y la Codificación en América Latina.

La codificación llegó en su influencia inclusive al continente norteamericano, ya que los Estados de Louisiana en Estados Unidos y Quebec en Canadá, tienen una tradición de codificación de la época en que se encontraban bajo la soberanía de España y Francia respectivamente.

La Codificación en América Latina, tiene un alto componente de inspiración en la legislación de partidas que regía durante el dominio español, y también en gran medida de los Códigos Napoleónicos. Estos códigos, si bien tienen inspiración romanística tienen un fuerte contenido del Ius Commune medioeval, que a través de compilaciones sucesivas, se fue elaborando en forma de textos escritos y sistematizados.

En América Latina, frecuentemente han entrado en conflicto principios del Constitucionalismo Democrático y la Codificación, particularmente en temas vinculados a la supremacía judicial y al debido proceso legal.

Couture decía que los latinoamericanos hacemos las constituciones mirando al futuro y los Códigos mirando al pasado. Esa expresión significa que muchas veces, la carga romanística opera como un lastre cultural ante enfoques mas modernos como el Constitucionalismo Democrático.

El conflicto aparece en varios terrenos importantes del derecho:

En el área procesal, la tendencia romanista prefiere el juicio escrito y secreto ante el proceso oral y público.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

El romanismo es menos participativo y tiende al proceso inquisitivo, principalmente en el área penal. Proceso inquisitivo es aquel en que un funcionario tiene la responsabilidad de investigar los hechos, y se usa por oposición a acusatorio en el cual se oponen partes que representan intereses contrapuestos, y que se encuentra en mayor igualdad posible para obtener una sentencia justa e imparcial.

La falta de participación aparece ante una actitud al menos poco comprometida en el tema del jurado popular.

En el pensamiento de Jefferson, uno de los redactores de la declaratoria de la independencia el jurado popular es una institución básica en el constitucionalismo, de importancia mas grande para la democracia, incluso que el sufragio popular.

El pensamiento de Jefferson, fue evolucionando en el curso de su vida en este tema, y el jurado, en principio un elemento secundario de control se convirtió en una pieza central ante la creciente desconfianza del poder judicial y de la burocracia estatal.

Temprano él pareció favorecer un poder judicial independiente. "La dignidad y estabilidad de gobierno en todas sus ramas, la moral de la gente, y cada bendición de la sociedad, dependen tanto de una recta y habilidosa administración de justicia, que el Poder Judicial debe para ser distinto de ambos el legislativo y administrativo, e independiente sobre ambos. Los jueces, por lo tanto... No debieran ser dependiente de cualquier hombre o grupo de hombres. A estos fines ellos deberían mantener cargos vitalicios, o en otras palabras sus empleos debieran ser durante su buena conducta y sus salarios fijados y establecidos por ley. (Carta a G. Wythe, 1776)

## Sus puntos de vista sobre la independencia judicial cambiaron.

Aquí se transcriben palabras de una carta escrita el mismo año que la cita carta a Madison. Su interés aquí es la importancia de introducir la gente en cada departamento de el gobierno: "... nosotros todos sabemos que los jueces permanentes adquieren un Esprit de Corps; y es conocido que tienen la tendencia a ser tentados por soborno; que ellos son extraviados por el favor, por relaciones, por espíritu de partido, por una devoción al poder administrativo o legislativo." - (Carta a Arnoud, 1789).

En sus últimos años, Jefferson era célebremente crítico de jueces: "El poder judicial de los Estados Unidos es un cuerpo sutil de zapadores y mineros que constantemente trabajan debajo el terreno para socavar las fundaciones de nuestro tejido confederado....

Habiendo encontrado por experiencia que el juicio político es impracticable, ellos se consideran a sí mismos seguros por toda la vida; ellos disimulan su responsabilidad ante la opinión pública...." - (Carta a T. Ritchie, 1820)

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

El no favoreció revisión judicial: " considerar los jueces como los últimos árbitros de todas las cuestiones constitucionales [es] una doctrina muy peligrosa desde luego, y una que nos pondría debajo el despotismo de una oligarquía. Nuestros jueces son tan probos como los otros hombres, y no más .... su poder el más peligroso desde que ellos están en la oficina en forma vitalicia...." - (Carta a Jarvis, 1820)

Y entonces: " Hace mucho tiempo que tengo la opinión (que no he modificado)..., que el germen de disolución de nuestro gobierno federal está en la constitución del judicial federal; un cuerpo irresponsable (el juicio político es apenas un espanta pájaros) trabajando como la gravedad, día y noche, ganando un poco hoy y un poco mañana, y avanzando a pasos silenciosos como un ladrón en el campo de la jurisdicción . (Carta a C. Hammond, 1821)

Y nuevamente: "Que hayan funcionarios públicos independientes de la nación, cualquiera sea su demérito, en una república es un solecismo, de primer orden de absurdidad e inconsecuencia." - (Carta a W.T. Barry, 1822)

Yo no pienso que pueda decirse que Jefferson tenga confianza en magistrados independientes o en el poder judicial. Jefferson es el mas grande filósofo de la democracia Estadounidense, pero él no aclara nunca sobre quien protegerá estos derechos preciosos.

Sus remedios para las situaciones de Sedición y Extranjería en las resoluciones de Kentucky son dudosos y aún peligrosos.<sup>84</sup>

También existen diferencias importantes entre la Codificación y Common Law, en el tema de la interpretación de las leyes, y fuentes del derecho. Aunque recientemente se están haciendo esfuerzos importantes, al menos para tratar de atenuar las mismas.

---

<sup>84</sup> Hochman, Jefferson y el Poder Judicial. Trabajo Electrónico. 2001.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

## Codificación Americana

Como sus similares de Europa, la codificación en América tuvo orígenes y destino tortuoso.

En América Latina, el movimiento codificador estuvo muy condicionado por la larga vigencia de la legislación de partidas y una adhesión, a través de ese cuerpo legal, y en forma expresa al Corpus Iuris de Justiniano.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

## Indigenismo

Cuando los Españoles comenzaron la colonización del continente Americano, había en el mismo una abundante población indígena, que algunos sitios puntuales tenía ya problemas ecológicos y de sobre-población.

El contacto de ambas culturas fue bastante desfavorable al nativo americano, quien resultó con menores defensas biológicas y culturales ante la pujanza europea.

Los imperios Americanos (Incas, Mayas y Aztecas fundamentalmente) se encontraban en franca decadencia, después de haber tenido algunos momentos de auge alrededor del siglo V de nuestra era, aproximadamente.

Gran parte de la población Americana, tiene un componente étnico y cultural derivado de las antiguas poblaciones precolombinas.

España comenzó a tratar el problema indígena con las leyes de Indias, en particular la Recopilación de leyes de los reynos de las Indias (1680);

En general las leyes de Indias se inspiran en principios elevados de convivencia inter-étnica, que usualmente no eran llevados a la práctica.

## Un caso en América Latina

### **Sirvinacuy**

En Perú, se ha señalado el conflicto creado entre el Código Civil y una institución prematrimonial llamada Sirvinacuy que se remonta a la época del Incanato, y subsiste aún en nuestros días.



# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

El Sirvinacuy o tinkunakuspa es una institución prematrimonial, tan profundamente arraigada en las costumbres aborígenes que ha logrado sobrevivir al cataclismo de la conquista y a los 3 siglos de coloniaje manteniendo, y aún robusteciendo sus signos en nuestra vida republicana.

Jurídicamente se define como "un compromiso entre el pretendiente y el padre de la futura, quien contrae la obligación de recibir a su hija con prole y todo y de devolver al pretendiente los regalos recibidos o su equivalente en dinero o en trabajo, si el enlace no llega a formalizarse o adquirir carácter duradero. .

Socialmente se basa en la necesidad de un previo conocimiento íntimo y completo, sin reserva alguna, ni aún de índole biológica, para constituir después de esta experiencia, y siempre que ella tuviere éxito, un hogar estable y feliz. Comprobación de sus hondas raigambres a través de nuestras distintas épocas prehistóricas, sobrevive hasta ahora el "Sirvinacuy" en las comunidades aborígenes y se practica en toda la región andina del Perú, y en algunos sectores de la costa, con las modificaciones impuestas por la influencia del medio geográfico y de los factores económico sociales.

El amor entre los indios se inicia, generalmente, en las épocas de las siembras o de las cosechas. La invitación a tomar chicha en alguna fiesta, hecha por el hombre y aceptada por la mujer, marca el principio de la acción de amarse. Cuando el indio está resuelto a pedirla en "Sirvinacuy" se dirige, en compañía de algún miembro de su familia, a la casa de los padres de su elegida portando una serie de aguinaldos (vestidos para la novia, coca, cigarrillos, chicha, aguardiente, cuises asados, viandas, etc.) que constituyen el

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

"yaicupakuy", índice de la posición económica del pretendiente. Si el padre de la elegida acepta el regalo se origina una fiesta que culmina con la embriaguez de los concurrentes y en medio de la cual el indio se lleva a su casa a la novia, simulando un rapto e iniciando así el periodo de la prueba matrimonial, cuya duración varía de 3 meses a varios años, según las costumbres regionales y en el que la mujer tiene que demostrar su capacidad tejiendo, hilando, haciendo ponchos o alforjas, cocinando o ayudando al hombre en sus faenas agrícolas. Terminado el período de prueba, si el indio está convencido de las aptitudes de la mujer, contrae matrimonio con ella, solicitando el apoyo del "ayllu", y de sus amigos. En caso contrario procede a la separación, devolviéndola entonces a sus padres, junto con los hijos que haya tenido durante la prueba. Ninguna sanción social cae sobre la mujer devuelta, quien por el contrario, después de algún tiempo contrae generalmente nuevo matrimonio, ya mejor preparada.

Así, frente a las regulaciones del matrimonio legislado en el Código Civil peruano, como frente a ciertas normas del Código Penal, el "sirvinacuy" expresa un orden diferente que exige al sociólogo jurídico una atención más profunda, a fin de ajustarlo a las prescripciones normativas, y recíprocamente."

## Nuevas Tendencias del Derecho en América Latina

El caso del sirvinacuy no es un hecho aislado.

En América Latina, se calcula una población indígena de 50 millones de habitantes con costumbres muy diferentes entre sí.

Cabe expresar que en la misma área del incanato, existe desde la época previa a la conquista la pena de muerte para el delito de violación.

En caso de ejecución de un violador, los autores son responsables ante la Codificación del delito de homicidio muy especialmente agravado, cuando en realidad están actuando en cumplimiento de una tradición jurídica verbal.

El derecho codificado puede estar actuando entonces como un elemento de irritación social, en lugar del lugar pacificador y productor de orden que se le supone tiene que adoptar.<sup>86</sup>

En los hechos, han sido dictada normas sobre comunidades indígenas en Guatemala, que recibe especialmente la costumbre como fuente del derecho, y existen proyectos en Bolivia en el mismo sentido.

No solamente se admite la costumbre como fuente del derecho, sino que además se aplica por tribunales indígenas locales integrados con participación popular.

Solamente se aplican estas normas para conflictos internos de la comunidad. Si un miembro de la comunidad tiene un conflicto con otro

---

<sup>86</sup> No debe buscarse tan lejos este tipo de rigideces. La lectura de la obra literaria de Javier de Viana y en especial un cuento Justicia Humana, que aparece en el libro Leña Seca, presenta un caso similar en el Uruguay del siglo pasado.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

ciudadano, y aún con otro miembro de otra comunidad indígena, se aplica el derecho general.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

## Juicio Crítico sobre la Costumbre

La principal ventaja del derecho legislado, es la certeza y la facilidad de su conocimiento a todos los interesados.

No obstante, la certeza jurídica que ofrece el derecho positivo, ha disminuido ante su notoria complicación.

Asimismo, la costumbre, con los requisitos señalados, tiene un amplio grado de certeza y predecibilidad .

Una notoria ventaja de la legislación es la capacidad de cambio social, posible por el mero hecho de redacción de una nueva ley o código .

Frente a esto, se presenta la dificultad de internalización de las conductas de la ley, muy fácil en la costumbre. La internalización de las normas de conducta es sumamente importante en una región que como América Latina se encuentra afectada por situaciones de anomia relativamente extendida a importantes grupos regionales y económicos en diversos grados y varios grados de violencia política y civil.

La principal ventaja de la costumbre, es la capacidad de manejar situaciones diferentes con criterios diferentes, según normas internalizadas propias de cada grupo.

Las sociedades post industriales superdesarrolladas, han entrado en una etapa de diversificación de conductas y valores que se desea preservar y aún desarrollar.

La masificación de conductas y actitudes, no es ni debe ser objetivo de las democracias maduras cuyos fundamentos sean sólidos.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

En América Latina, se siguió la escuela positivista a ultranza, aún después de su decadencia en Europa.

Deben señalarse como causas principales, las tradiciones jurídicas del Imperio Español y el deseo de imponer conductas y valores a sectores amplios de población.

Son normas, valores y hechos, que poseyendo legitimidad, se oponen frecuentemente a prácticas, normas, valores y hechos registrados en el derecho positivo.

Ya dejamos señalado antes que en América Latina, el positivismo jurídico, llevado a ultranza, dejó poco espacio a la costumbre<> como fuente de derecho.

El Código Civil colombiano, constituye una excepción. Dice: "la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva."

## **El reciente reconocimiento del derecho indígena y la costumbre como fuente jurídica.**

En la década de 1990, se introdujo en distintos estados la costumbre como fuente del derecho, incluso mediante expreso reconocimiento constitucional.

Particularmente en los países andinos, comenzando con la constitución de Colombia de 1991, la Constitución de Perú de 1993, de Bolivia

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

de 1994, de Ecuador, y mas recientemente de Venezuela. También se ha introducido modificaciones al derecho mexicano, y se encuentra en una agenda próxima reformar la constitución en el sentido indicado por los países citados precedentemente.

A continuación transcribimos un cuadro comparativo entre los distintos enfoques de reformas, que se incluye en este trabajo con permiso de la autora RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO, de la Fundación Myrna Mack<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup>. Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
<p>1. FUNDAMENTO:</p> <p>Estado reconoce</p> <p>Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal.</p>	<p>- Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven., etc.</p>	<p>Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.</p>	<p>Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.</p>	<p>Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.</p>	<p>Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la patria.</p>
<p>2. Texto de Reconocimiento de</p> <p>a) la Jurisdicción Indígena y</p> <p>b) el Derecho Indígena o Consuetudinario</p>	<p>Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la</p>	<p>Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>	<p>Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>	<p>Art. 171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.</p>	<p>Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la</p>



# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
	<p>aplicación de este principio. Art.9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.</p>			<p>Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado..</p>	<p>Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.</p>
<p>3. Acción Estatal Promovida sobre la Pluriculturalidad</p>	<p>1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (art.9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.</p>	<p>Diversidad étnico cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Respeto por el Estado.</p>	<p>Pluralidad étnica y cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Protección por el Estado.</p>	<p>Pluriculturalidad: Autodefinición de la República de Bolivia.</p>	<p>Pluriculturalidad y Multiétnicidad: autodefinición del Estado.</p>
<p>4. Derecho Subjetivo&lt;&gt;</p>	<p>1. Derecho de conservar costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al respeto de sus métodos&lt;&gt; de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH</p>	<p>- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales -y de aplicar su propias normas y procedimientos.</p>	<p>- Potestad de ejercer funciones jurisdiccionales - y de aplicar su derecho consuetudinario&lt;&gt;.</p>	<p>- Potestad de ejercer función de administración y aplicación de normas propias, - sus costumbres y procedimientos.</p>	<p>- Potestad de ejercer funciones de justicia&lt;&gt;, - aplicación de normas y procedimientos propios - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario&lt;&gt;.</p>

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
5. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias. (Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas. (Art. 9.1).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario«, 2. Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas propias, costumbres y procedimientos propios, 2. Autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos	1. Derecho Consuetudinario«, normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de Justicia.
6. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.
7. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de conflictos internos (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).
8. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: represión de delitos cometidos por sus miembros.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9. Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos	Se habla de conflictos internos (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
	indígenas (art. 9, 1).	todos dentro del ámbito territorial indígena.	todos dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	dentro del ámbito territorial indígena.	
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.
11. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema jurídico nacional.  Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.  Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los poderes del estado.  Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional.  Todavía no se da ley.
12.	Parte I: Política General. - Artículo 8, inc. 2	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional.	Capítulo referido al Poder Judicial.	Capítulo referido a la Función Judicial.	Título VIII De la Función Judicial.

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN					
	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR
Ubicación sistemática	- Artículo 9, inc. 1	Ubica sistemáticamente dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Ubicación al final del capítulo. También la llama jurisdicción especial. No es muy sistemático el tratamiento.	Ubicación al final del capítulo.	Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.
Nota: cabría añadir la Constitución de Venezuela que ha reconocido el derecho indígena en 1999.					
Tomado de: RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999./ Para cualquier reproducción contactar con la autora: <a href="mailto:raqelyf@hotmail.com">raqelyf@hotmail.com</a>					

# Vertientes del Derecho Americano

Carlos Aparicio

---

## Bibliografía

📖 Couture, Eduardo J. **Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano**. De Palma. Buenos Aires (1999)

📖 Couture, Eduardo J. **Un Common Law Auténticamente Americano**, in Función del Proceso en el Common Law y en la Codificación. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III, pag. 69 - 93 De Palma. Buenos Aires (1979)

📖 Morris, Andrew P. , **This State Will Soon Have Plenty of Laws: Lessons from One Hundred Years of Codification in Montana**, 56 MONT. L. REV. 359, 383 (1995)

📖 Shael Herman, **The Fate and Future of Codification in America**, 40 AM. J. LEGAL HIST. 407, 408 (1996)

📖 Ourliac, Paul, **Orígenes Políticos de la Revolución**, in Historia del Derecho V 2 , 1 edn. Puebla, Mexico: Editorial José M. Cajica Jr. (1952) páginas 336 y ss.

📖 Siedentop, Larry; **Democracy in Europe**, New York. (2001), 13 y ss.



## Derecho y Desarrollo Económico

"Hay dos tipos de corrupción, una cuando la gente no observa las leyes, y otra cuando el mismo pueblo está corrompido por las leyes. Este es un mal incurable, porque afecta al mismo y único remedio."

<sup>89</sup>

Si el abogado continúa en ser identificado, como lo es en forma predominante hasta ahora, con la defensa del orden existente y los intereses dominantes, en contra de las urgentes necesidades e intereses de sociedad que debe levantarse ella misma desde la pobreza y el estancamiento a un nivel radicalmente más elevado de desarrollo económico y social, el abogado, será eventualmente reducido a un estatus inferior y desdeñable en las naciones en desarrollo. <sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Ch. Montesquieu: *El Espíritu de las Leyes*, Tomo uno, Libro seis, capítulo XII.

<sup>90</sup> Wolfgang G. Friedmann, "The Role of Law and the Function of the Lawyer in the Developing Countries," 17 *Vand. Law Rev.* 181 (1963).

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

El presente trabajo, no pretende ser un estudio exegético, y no tiene vocación enciclopedista.

Es el resultado de la investigación realizada en una visita de tres meses de duración a la Facultad de Derecho de Harvard, en el marco del convenio de cooperación entre dicha Facultad y la Facultad de Derecho de Montevideo.

Este informe, tiene la calidad de un informe preliminar, ya que el tema merece más tiempo de trabajo y afinar las conclusiones y sin duda debe volverse sobre el mismo.

Está dirigido fundamentalmente a examinar las relaciones entre el desarrollo económico, el derecho y los operadores jurídicos, un tema que es poco tratado en América Latina.

Enfrentado a la magnitud de este tema, desde bibliografías y computadoras, surgió como principal fuente de referencia la experiencia del Movimiento de Derecho y Desarrollo Económico, un movimiento norteamericano que tuvo la capacidad de reunir energías de los sectores públicos y privado, y cuyo principal punto de partida es que no solamente existen poderosas vinculaciones entre el equipo de producción jurídica y el desarrollo económico, sino que las mismas eran determinantes de los diversos grados de desarrollo, y que, además operando sobre determinados variables, podría conseguirse determinados resultados.

Como se verá, dicho movimiento, surgido con un gran ímpetu y recursos fue progresivamente decayendo, y entró en una progresiva autocrítica de sus supuesto que hizo que para 1980, se le considerara prácticamente una



# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

experiencia pasada. En un trabajo publicado en la University of Wisconsin Law School en 1982, Francis Snyder dice: " El movimiento de derecho y desarrollo en los Estados Unidos, está ahora, casi muerto." No obstante lo expresado, la experiencia produjo una valiosa bibliografía y un incomparable material, que tiene la particularidad de poner en acción, ideas que usualmente tienen un enfoque meramente teórico. Esta circunstancia no obedeció a un prurito metodológico sino que fue una lógica consecuencia de la vastedad del proyecto emprendido.

El movimiento de Derecho y Desarrollo Económico puso en marcha proyectos particulares en Brasil, Chile, Colombia, pero no en Uruguay. Falta por lo tanto el empalme de dicha experiencia, con la que se acumuló por recursos propios, en nuestra Facultad de Derecho de Montevideo.

El desarrollo económico, demasiado a menudo es visto desde una óptica econométrica al alcance exclusivo de economistas profesionales, como un objeto difícilmente alcanzable de perfiles poco definidos. Se aporta una nueva óptica, donde el mismo desarrollo pasa a ser más viable, y se centra la atención en las instituciones jurídicas y los valores sociales.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## Orden Jurídico y Guerra Fría.

Cuando Tocqueville estuvo en los Estados Unidos en 1830, escandalizó al mundo de su época con una afirmación original: En algún momento el poder mundial se dividiría entre Rusia y Estados Unidos.

Dijo:

"Hay actualmente sobre la Tierra dos grandes pueblos, que, partiendo de puntos diferentes, parecen adelantarse hacia la misma meta: son los rusos y los angloamericanos.

Los dos crecieron en la oscuridad y, en tanto que las miradas de los hombres estaban ocupadas en otra parte, ellos se colocaron en el primer rango de las naciones y el mundo conoció casi al mismo tiempo su nacimiento y su grandeza.

Su punto de vista es diferente, sus caminos son diversos; sin embargo, cada uno de ellos parece llamado por un designio secreto de la Providencia a sostener un día en sus manos los destinos de la mitad del mundo."

91

Cuando termina la segunda guerra mundial, las potencias vencedoras comienzan a competir por expandir influencia mundial, su alcance económica, y a expandir su estilo de vida y puntos de vista.

Dos ideologías igualitarias y prácticas tienen diferencias sustanciales en la autonomía individual, y más precisamente diferentes ideas sobre el derecho, el orden jurídico, y la forma de conducir una democracia.

---

<sup>91</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE.- LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA. Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires. 1963. Pag. 382 y 383.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

La Unión Soviética, triunfante de la tremenda experiencia de la guerra, tiene una tradición despectiva del derecho, el cual figura como un elemento cultural de superestructura, es decir condicionado por la infraestructura económica y determinado por éste.

Por consiguiente los esfuerzos debieran vertirse en esta infraestructura económica, en la cual los planes quinquenales parecían ser determinantes.

La estabilidad y el consenso social sería la tarea de un grupo de profesionales políticos<sup>92</sup> los que después adoptarían la forma de partido único.

Un enfoque creativo del derecho, y un aumento de la autoridad de los tribunales no era bien visto por la jerarquía soviética por sólidas razones ideológicas y Políticas.<sup>93 94</sup>

En los Estados Unidos en cambio, el orden jurídico tiene funciones más importantes y creativas que en ningún otro pueblo del planeta.-

Es lógico entonces, que cuando se plantea la ríspida rivalidad ideológica que caracterizó a la guerra fría, el orden jurídico pasase a ser una importante componente de una estructura mental expansiva, y así como del este se prometía democracia e igualdad y comunismo, desde el oeste se promete el acceso a esos mismos valores a través del derecho.

La década del sesenta presenta la irrupción de los valores materialistas al mundo diplomático, y la misma fue bautizada como la década del desarrollo, y es entonces en esta década, que los movimientos de derecho y

---

<sup>92</sup> Lenin. *Qué Hacer?*

<sup>93</sup> La ciencia jurídica no era la única en enfrentar proscipciones político-ideológicas. La genética y la computación sufrieron similares vetos.

<sup>94</sup> Charles S. Rhyne, *The Law, Russia's Greatest Weakness.*" 45 A.B.A.J. 246 (1959).

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

desarrollo económico, comienzan a cobrar influencia mundial, y realizan una tarea de investigación, que tiene muchos puntos que pueden ser retomados con inmenso provecho por los pueblos interesados en el tema del desarrollo.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## 2.) El Movimiento de Derecho y Desarrollo Económico.

El movimiento norteamericano de derecho y desarrollo, se comenzó a formar a fines de la década de 1950, como parte de la ayuda extranjera norteamericana a Latinoamérica entre otras regiones.<sup>95</sup>

1962 Las fundaciones Ford y Rockefeller y el Peace Corps, financiaron la SAILER (staffing of African Institutions for Legal Education and Research), un conducto principal para la asistencia norteamericana para la asistencia a los programas de Derecho y Desarrollo.

1966 La fundación Ford financia el International Legal Center, la principal manifestación institucional del movimiento de Derecho y Desarrollo Económico que estará en funciones hasta 1979.

1966 (Abril) En Brasil el cuerpo jurídico y soporte financiero de AID y la Fundación Ford promovieron el establecimiento de CEPED (Centro de Estudios y Pesquisas en la Enseñanza del Derecho. Al principio Ceped era muy

---

<sup>95</sup> Aproximadamente 40 abogados brasileños, principalmente del gobierno y la práctica empresarial, atendieron cursos de entrenamiento especializado en derecho y economía cada año.

En 1971, 117 personas fueron incluidas en una muestra parcial de CEPED graduados, 19 profesores chilenos de derecho atendieron un seminario de métodos de enseñanza de 10 semanas de duración en la Escuela de Derecho de Stanford entre 1967 y 1969 y siguieron programas de estudio independientes en otras facultades de derecho norteamericanas; otros profesores chilenos realizaron giras de estudio en Estados Unidos. Un informe de la Fundación Ford sobre el programa de Derecho en Chile afirmaba que: además de los becados en Stanford, 81 profesores de derecho chilenos habían atendido seminarios de metodología, y se esperaba que aproximadamente 160 profesores de derecho chilenos hubieran participado en los seminarios por el fin de diciembre 1972. En los varios años después de 1969, ARED realizó seminarios en métodos de enseñanza de derecho y envió 20 abogados colombianos para entrenamiento avanzado en el exterior (pag. 198); 12 estudiaron en los Estados Unidos, y los otros ocho en Italia, Inglaterra, España, México y Chile.

Estos números son incompletos, sin embargo, y en forma significativa da una idea sobre el número mínimo de profesores de derecho latinoamericanos o abogados practicantes que participaron en seminarios, estudiaron en el extranjero, o fueron de alguna forma involucrados en los tres proyectos latinoamericanos.

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

autónoma. Si bien formalmente afiliada al profesorado de la Universidad Estatal de Guanabara, después estuvo brevemente ligada con la Universidad Católica de Río de Janeiro, hasta la terminación oficial del proyecto en 1973.

1967 (Abril) En Chile, un grant de la Fundación Ford, administrado por el Centro de Estudios Internacionales estableció el programa jurídico Chileno. Este proyecto en el cual cooperaron las Facultades de Derecho Chilenas, y para el cual la Facultad de Derecho de Stanford proveyó un "backstop", llevó a la creación en 1969 del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas (Institute of Law Teaching and Research). Perdió su momento a principios de los años 70 y el propio Gardner escribió una evaluación terminal del proyecto para la fundación Ford en 1975.<sup>96</sup>

1967 19 profesores chilenos de derecho atendieron un seminario de métodos de enseñanza de 10 semanas de duración en la Escuela de Derecho de Stanford entre 1967 y 1969.

1969 En Colombia abogados de AID y de la Fundación Ford y académicos norteamericanos colaboraron para establecer ARED (ASOCIACIÓN PARA REFORMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO).

ARED murió tranquilamente en los tempranos 1970, si bien los reportes finales de los proyectos no fueron preparados para la fundación Ford hasta 1979.

---

<sup>96</sup> El Centro de Estudios Internacionales ha sido re-bautizado como el Centro Internacional para el Derecho y Desarrollo. Recientemente ha incluido a más académicos jurídicos del tercer mundo en su organización y actividad.

Ver International Center for Law in Development, Research Priorities for Another Development in Law, 2 DEV. DIALOGUE 134 (1978).

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

1971      117 personas fueron incluidas en una muestra parcial de CEPED (Brasil) para graduados.

1972      Se esperaba que aproximadamente 160 profesores de derecho chilenos hubieran participado en los seminarios por el fin de diciembre de 1972. En los varios años después de 1969, ARED realizó seminarios en métodos de enseñanza del derecho y envió 20 abogados colombianos para entrenamiento avanzado en el exterior, 12 estudiaron en los Estados Unidos y los otros hecho en Italia, Inglaterra, España, México y Chile.

1974      Se publica por Trubek & Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the crisis in Law and Development Studies in the United States*, 1972 WIS. L. REV. 1062.

1977      Se proponen cambios de orientación ( Merriman) y también una reformulación radical del programa (Burg).

1978      El Centro de Estudios Internacionales ha sido re-bautizado como el Centro Internacional para el Derecho y Desarrollo y recientemente ha incluido a más académicos jurídicos del tercer mundo en su organización y actividad.

1978      International Socio-Legal Symposium on the Social Consequences of Imposed Law, University of Warwick, Abril 5-7, 1978.

1980      Se publica en los Estados Unidos:      IMPERIALISMO JURÍDICO. Abogados Norteamericanos y Ayuda Extranjera en América Latina. <sup>97</sup>

---

<sup>97</sup>James A. Gardner, fue entrenado en ciencias sociales en Harvard y en Derecho en Yale, entonces enseñó derecho y ciencia social brevemente en Harvard donde el también fue profesor visitante. Desde 1970 ha estado asociado con la Fundación Ford, el principal promotor financiero del movimiento de Derecho y Desarrollo. Cuando su libro apareció en

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

1982 Se publica en *Wisconsin Law Review*:

El fracaso de "derecho y Desarrollo".

Una de sus frases: En movimiento de derecho y desarrollo en los Estados Unidos, está ahora, casi muerto.

1986 Seminarios en Estados Unidos para juristas latinoamericanos donde se efectúa una difusión sobre el funcionamiento de la Justicia en Estados Unidos.

Se realizan otros en años posteriores y se invita a autoridades con motivo del bicentenario de la Constitución Norteamericana.

---

1980, el era funcionario ejecutivo responsable por los programas de la fundación Ford en Brasil, país que fue un objetivo temprano de los proyectos norteamericanos de Derecho y Desarrollo.

---



# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## El Desarrollo Económico

El movimiento de derecho y Desarrollo, no definió con precisión el contenido y definición del desarrollo económico.

En general se suponía en forma implícita que el desarrollo, era una fenómeno de carácter social a ser alcanzado a través del Derecho.

"A medida que el movimiento de derecho y desarrollo evolucionaba, más énfasis se puso en el desarrollo económico, usualmente medido por el P.B.I. o el ingreso per cápita y en el rol del derecho en la estructura de una economía sea planeada o de mercado.

A medida que los indicadores económicos de desarrollo cayeron en desfavor, el desarrollo político fue enfatizado, generalmente significando pluralismo político, participación y democracia. Solamente en los últimos años de la existencia del movimiento, comenzó a cambiar de una noción amplia y frecuentemente centrada en el Estado, a una más individual o social y humanística con conceptos referidos a la calidad de vida, amplitud de elección humana y derechos humanos básicos como expresiones de la esencia del desarrollo." <sup>98</sup>

Para los últimos períodos del movimiento los abogados norteamericanos integrantes de este movimiento, fueron cambiando presupuestos básicos del mismo como por ejemplo el carácter benigno del estado, para adoptar un punto de vista más crítico, sobre todo en base a la

---

<sup>98</sup> Gardner, *Legal Imperialism*. pag. 262.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

evidencia que el estado mismo, se convertía a veces como un potencial y a veces formidable obstáculo al cambio desarrollista.

"Esta fue una elemental pero importante alteración en la visión mundial del movimiento, pesadamente influida por los estados corporativistas de América Latina y sus gobiernos militares."<sup>99</sup>

Resultó evidente además, la relación entre el sistema de derecho y el desarrollo, pero no en el sentido de un carácter desarrollista inevitablemente ligado al progreso, sino como una opción voluntarista, pasible de traer regresión, estancamiento... o desarrollo.

---

<sup>99</sup> Gardner, op. cit. Pag. 263.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## Teoría de la Dependencia

En la sociedad civil general, especialmente en América Latina, había tomado cuerpo la tesis que la causa de la imposibilidad de acceso de América Latina al desarrollo era la situación de dependencia en que se encontraba de los centros del poder mundial.

Estos ejercerían su influencia de tal forma, que impedirían el acceso de los países subdesarrollados o pobres a posibilidades mejores de acceso a la riqueza y abundancia.

Esta teoría fue sostenida en forma reiterada por foros internacionales como la Cepal, y por obras de doctrina de amplísima difusión como las Venas Abiertas de América Latina.<sup>100</sup>

Gran parte de la insurgencia guerrillera de los años 60 y 70 en América Latina, estaban basada en el hecho de que cualquier intento para lograr el desarrollo económico debería pasar por el virtual derrocamiento de gobiernos dependientes, y situaciones imperialistas de dependencia.

La teoría de la dependencia, como única explicación del subdesarrollo económico tiene dificultades insalvables, claramente visibles a primera vista.

Siempre resultó además imposible explicar para esta tesis, la situación de los países llegados a situaciones de desarrollo económico en forma más reciente, tales como Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

---

<sup>100</sup> Eduardo Galeano. Las Venas Abiertas de América Latina. Universidad de la República. Departamento de Publicaciones colección Historia y Cultura. No. 16. Montevideo, 1971.

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Así una misma política exterior (Norteamericana imperialista), provoca desarrollo al norte en Canadá, y subdesarrollo en el Sur en Méjico.

La comparación entre Australia y Argentina y Nueva Zelandia con Uruguay, también contradice esta tesis, ya que países con evoluciones similares en lo económico y productivo, llegan a situaciones de desarrollo bien diferentes.<sup>101</sup>

También esta tesis falla cuando se trata de explicar el desarrollo de los propios países desarrollados, que obviamente antes de ser desarrollados, fueron subdesarrollados.

Otro caso de subdesarrollo, que se convierte en desarrollo, a pesar de los centros de poder mundial es el de Suiza.

En 1848, se hizo un congreso de Academia Francesa, para tratar la especial dificultad de los suizos para el manejo de las instituciones democráticas.

Se califica a Suiza como una democracia turbulenta, sin futuro e ingobernable.<sup>102</sup>

Finalmente, cabría señalar que si el hecho de la dependencia fuera la única causa de subdesarrollo, en vista del resultado de la última guerra mundial, los países más dependientes desde el punto de vista militar y económico eran Japón y Alemania, por lo cual esos países tendrían que figurar

---

<sup>101</sup> BARRAN & NAHUM, Agricultura, crédito y transporte bajo Batlle (1905 - 1914), in Historia Rural del Uruguay Moderno. Vol VII. Ediciones de la Banda Oriental. Montevideo. 1978.

Las páginas 191 a 199 de la obra, se destinan precisamente a inventariar las razones de las diferencias en los términos actuales de la comparación Argentina-Australia y Uruguay-Nueva Zelandia.

<sup>102</sup> El caso Suizo está tratado con cierto detalle en la Conferencia de Inauguración de la Sala Estado de Derecho Francisco Lavandeira, dictadas en la Facultad de Derecho de Montevideo el 14 de VI de 1988. Revista de Facultad de Derecho, julio diciembre de 1988, pags. 252 y ss.

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

hoy encabezando el elenco de los países subdesarrollados. Como es sabido, esto no es así, sino que por el contrario dichas naciones integran con pleno derecho el primer mundo, y se encuentran compitiendo aún, por los primeros lugares del mundo desarrollado.

Los hechos económicos, políticos y jurídicos, parecen demostrar que hay un cierto voluntarismo en el problema del desarrollo económico, y que países, aparentemente dependientes y que debieran figurar en la nómina de los subdesarrollados, que figuran como productores de alimentos por el contrario presentan fulgurantes niveles de desarrollo económico y social, con importantes niveles de consenso a niveles político y jurídico.

Al contrario países plétóricos de recursos y riquezas de todo orden, mineras y petroleras, en tierra y en clima, figuran en la nómina de los subdesarrollados.

En realidad, parece darse la paradoja, que cuanto más recursos tiene un país, más subdesarrollado es.

Un reciente trabajo de Vargas Llosa, desarrolla esta paradoja, especialmente aplicable a países como México ("el país que mas billonarios produce en dólares"), Venezuela ("un país riquísimo y arruinado").<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> La verdad es que, hoy en día, la pobreza se produce, al igual que la riqueza, y que ambas son opciones al alcance de cualquier pueblo. Y que muchos países subdesarrollados, debido a la infinita corrupción de sus clases dirigentes, a la demencial dilapidación de sus recursos y a las insensatas políticas económicas de sus gobiernos, se han

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

En realidad parece claro que en el mundo moderno, existen estructuras capaces de producir riqueza, así como hay otras capaces de producir pobreza, y estas estructuras no se trata tanto de recursos económicos, sino métodos de organización, fórmulas de consenso, y en definitiva mecanismos de control social, siendo el más importantes de ellos el derecho.

Pero entonces, si el desarrollo económico, no es un problema de recursos, debe ser un problema de instituciones, jurídicas o de otra naturaleza.

---

convertido en unas máquinas muy efectivas de producir esas condiciones atroces en las que viven sus pueblos. Atención: sus pueblos, no sus dirigentes, los que a menudo disfrutaban de una opulencia milyunochesca. Por ejemplo, el desorbitado derroche y las pillerías de los gobiernos populistas han conseguido hacer de Venezuela, que es un país no rico sino riquísimo, una nación arruinada, donde la mayoría de la gente se empobrece cada día un poco más en tanto que sus millonarios sacan al extranjero sus millones a paso de polca.

En el Zaire diezmado por la hambruna y las epidemias sigue gobernando, impertérrito en medio de la peste y la muerte y siempre tocado con su coqueto sombrero de leopardo, el gran Mobutu, cuyo patrimonio personal, depositado en los bancos suizos y exclusivo producto de la rapiña, se calcula entre tres mil y cuatro mil millones de dólares, una suma no muy alejada de la que otro célebre mandatario tercermundista, el difunto presidente Marcos, le birló al pueblo filipino. ¿Y a cuanto ascenderá la fortuna de la familia Duvalier, la que forjó Papá Doc e incrementó Baby Doc, quien bebe ahora el amargo champagne del exilio en la Costa Azul? Los minimalistas la cifran en cien millones de dólares, y los maximalistas en quinientos: en todo caso, una verdadera proeza empresarial y financiera, considerando que los latrocinios que la hicieron posible se cometieron esquilmando al pueblo de Haití, el más pobre del planeta. ¿Y cómo cuantificar la dilapidación, en aventuras militares y delirantes experimentos colectivistas y de ingeniería social, de la astronómica ayuda que recibió Fidel Castro de la URSS, entre cinco y diez mil millones de dólares anuales, a lo largo de tres décadas y que ha hecho de Cuba un país de indigentes.

Pasando a asuntos más optimistas ¿Cuál ha sido la nación que más billonarios ha producido en los últimos veinte años?: ¿Estados Unidos?, ¿Japón? ¿Alemania?. No: México.

Mario Vargas Llosa Ayuda para el Primer Mundo. BÚSQUEDA. Jueves 13 de octubre de 1995. Pag.55

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## Concepto de Derecho

Cuando el movimiento de Derecho y Desarrollo se pone en acción, se ponen en contacto dos culturas jurídicas, con nociones claramente diferentes de derecho.

La tradición jurídica latinoamericana, tributaria de nociones claramente formales y conceptualistas, que funcionalmente respondía a estados claramente centralizados y dispositivos limitados de aplicación jurídica.

La tradición jurídica norteamericana en cambio, se encontraba en un momento donde se habían impuesto las concepciones sociológicas del derecho y un método claramente funcional y pragmático que es una aplicación particular del pragmatismo general que desde la filosofía preconizó principalmente William James.

"El concepto marxista del derecho como parte de superestructura de opresión, fue contrapesado con una igualmente doctrinaria noción norteamericana, que el derecho era, o podía ser, un instrumento de desarrollo.

Solamente en la mitad de la década del desarrollo (1960 a 1970), en América Latina, fue generalmente percibido que algunos tipos de derecho formal podían ser un impedimento a procesos de cambio que se pensaba que eran desarrollistas."<sup>104</sup>

Para los abogados del movimiento, el planteo entre las diferentes culturas jurídicas quedó estereotipado, entre el moderno enfoque

---

<sup>104</sup> Gardner, Op. Cit. Pag. 264.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

instrumentalista y desarrollista y los enfoques "anticuados" básicamente las distintas variantes de un positivismo jurídico *exegético*.

Por definición quedó planteado entonces el primer conflicto *derecho vs. derecho*.

En general el nuevo enfoque fue impotente para penetrar las culturas jurídicas locales tradicionalmente imbuidas del enfoque verticalista. Algunos sectores de la profesión jurídica en cambio, vieron en el nuevo enfoque la posibilidad de recuperar algo de posición perdida al servicio del Estado.

El enfoque funcional o instrumental, define el derecho como un medio al servicio de fines. En la óptica particular del movimiento de derecho y desarrollo, los fines quedaban definidos por un particular modelo de estado de capitalismo liberal que podría ejemplificarse como el propio Estados Unidos del *New Deal*.

En cualquier caso, el enfoque funcional lleva necesariamente la discusión al terreno de los fines, que es algo que se hizo sólo parcialmente.

En las postrimerías de la actuación del movimiento de derecho y desarrollo, y a la vista de las dictaduras militares, estas usaron para sus fines propios tanto elementos del conceptualismo dogmático, coincidieron en ello con todas las dictaduras militares tan comunes en el continente en el siglo pasado, como elementos del instrumentalismo o funcionalismo jurídico en cuyo último caso se usaron para poner la abogacía y la judicatura al servicio del estado y sus fines que básicamente eran la lucha para evitar la emergencia de presuntos gobiernos comunistas.



# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

En lo que me es particular creo que no tienen razón los norteamericanos con su desencanto del instrumentalismo jurídico, y su denunciada vulnerabilidad ante los avances indiscriminados del poder.

El mismo instrumentalismo o pragmatismo es muy consciente de esta vulnerabilidad y de allí su interés en el terreno de los fines.

El enorme mecanismo de investigación científica desplegado por el grupo de derecho y desarrollo económico, deja sin resolver pues, el enigma de la funcionalidad de las escuelas jurídicas o grandes tendencias del aparato judicial.

Luego de una prometedora investigación se descubre, que, tanto el conceptualismo positivista como el pragmatismo jurídico, sirven para fines buenos y malos.

El positivismo tradicionalmente ha servido para aplicar soluciones de gruesa injusticia sin compromiso moral para el dispositivo jurídico, que puede de esa forma sortear sin mayor inconveniente los estructurales ciclos democrático-dictatoriales característicos del proceso político latinoamericano.

Pero de la misma forma, el pragmatismo ha servido para que los abogados al servicio del estado, violen evidente garantías políticas en aras de fines que nunca han quedado del todo claros. En esos momentos muchos juristas, se refugian en el piedeletrismo de los textos para defender nada menos que libertades esenciales, como ha ocurrido con el movimiento brasileño del Estado de Derecho.

Sin embargo, y a poco que se afine el razonamiento, las diferencias entre las escuelas son importantes y definitorias:

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

El positivismo busca en forma clara evitar el compromiso moral en aras de una presunta objetividad lógico formal.

Así se logra la permanencia del dispositivo jurídico, a pesar de los violentos cambios de régimen usuales en América Latina.

En la medida que ese compromiso evitado es trasladado a la autoridad central (parlamento en las democracias, ejecutivo en la dictadura militar), se produce un fenómeno de generalización masiva y procustista de las prescripciones del sistema jurídico. Este es un resultado quizás no querido de la codificación y la creciente regimentación de la vida individual.

El positivismo no valorativo latinoamericano, no se impone sin discusión, y precisamente en nuestra Facultad de derecho de Montevideo, es donde surgen las críticas más fuertes.

Veamos, por ejemplo este párrafo de Couture, comentando las afirmaciones de Josserand, en el sentido de la creciente independencia entre el derecho y la moral en Francia.

"¿En nombre de qué razón moral, se afirma que se "amoraliza" un derecho, cuya intención (lograda o no lograda, lo que es ajeno a esta consideración) es la de disminuir el desnivel y la angustia que las vigorosa coacciones económicas crean entre los individuos?

¿Podrá decirse, acaso, que es lo moral la desigualdad y lo amoral, lo neutro en el orden ético el intento de aproximación?

¿No será, acaso, la verdad, la honda verdad la premisa contraria?

Se dirá entonces, que en la pretendida nivelación, no se realiza el bien a quienes lo merecen, a quienes la opresión vital desfibra dolorosamente a

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

pesar de todos los privilegios que el poder público quiera conferirles. que, por el contralor, la legislación de excepción se hace para los grandes peces, expertos en escurrir por los gruesos claros de la trama de la ley. Que a l amparo de esa legislación para los dolidos del dolor de vivir, halla protección la numerosa familia de los destinatarios impuros de la ley, de los que siempre tienen un medio de acogerse al bien que otros merecen".<sup>105</sup>

En cambio el utilitarismo jurídico, busca el compromiso valorativo del jurista. Aquí, en la medida que las prescripciones del sistema normativo son apenas medios para fines compartidos.

Como se verá más adelante, cuando veamos los modelos de ingeniería social, existe un problema en la explicitación de los fines del movimiento de derecho y desarrollo, y también de la profesión jurídica en su conjunto, esto es cierto en América Latina, desde luego, pero también en los propios Estados Unidos.

Porque es en el terreno de los fines donde encontramos el problema de una definición de desarrollo económico, y un conjunto de valores de justicia que le acceden que en pocas palabras podríamos definir como derechos humanos.

---

<sup>105</sup> Couture. *Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo*. Imprenta de la Universidad. B. Aires. 1938.

Véase también:

1as. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

Proceso y Regla Moral.

Rev. Fac. de Derecho. Montevideo. 1958. T. 9 No. 1. pg. 9 - 36. 2as. Jornadas.

Instituto Mexicano de Derecho Procesal. México 1960. págs. 13-891.

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Mientras la profesión jurídica, no asuma como propio un compromiso ético de particular fuerza y relevancia, todo este problema de las definiciones del derecho permanecerá sin resolver.

La Facultad de Derecho de Montevideo, ha dado un gran paso en esta materia, al crear una nueva materia de estudio llamada Derechos Humanos. La medida puede ser muy buena solamente si se encara no como un problema "técnico", sino como un primer paso en la elaboración de ese común denominador ético de la profesión, que, digámoslo llanamente hoy no existe.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## Administración Constitucional

Los norteamericanos, desde su independencia, mantuvieron dos instituciones que los latinoamericanos relegamos a un segundo plano, y que le dieron una clara y diferente fisonomía a sus naciones. Una es la existencia de una importante supremacía judicial, y otra, es un poco el contrapeso de la primera en una sociedad democrática, una amplia participación popular y control democrático sobre el dispositivo de justicia.

Obviamente, al ser el poder judicial un poder de opinión, su autoridad es tanto más amplia en la medida que tenga mayor participación en la conformación de la opinión pública, entonces todas las instituciones que influyan para lograr este objetivo, en realidad están aumentando el poder del sistema en su conjunto, y sobre todo confiriendo legitimidad al sistema.

Por otra parte, en América Latina, donde no se conoce prácticamente la institución de la elección popular de magistrados, y existen notorias limitaciones al instituto de los jurados populares, la autoridad de la justicia conoce un límite infranqueable que es el de su escasa representatividad democrática.

Puede ser interesante ver en qué términos ven los norteamericanos el problema del jurado, en los días que corren.

El uso del jurado en materia civil en los diversos órdenes jurídicos norteamericanos es bastante amplio. Entre un 30 y 50% de las causas civiles se deciden con la participación de un jurado popular.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

En los casos que el jurado popular no está específicamente concedido por la constitución, puede un jurado ser convocado y llamado en cualquier proceso, penal o civil, "cuando el juez cree que es una buena idea".

La regla federal de procedimiento Civil N° 39 establece: En todas las acciones que no son juzgables por derecho por un jurado, la corte a instancia de parte o de oficio, puede tratar cualquier asunto con un jurado de asesoramiento, excepto en juicios contra los Estados Unidos cuando una ley de los Estados Unidos establezca un juicio sin jurado, la corte, con el consentimiento de ambas partes, puede ordenar un juicio con jurado cuyo veredicto tiene el mismo efecto que si el juicio por jurados fuese materia de derecho.

En Uruguay, el jurado de asesoramiento estaba establecido en el Código de Procedimiento Civil, art. 620 para la Justicia de Paz. Fue raramente aplicado, y finalmente la institución fue derogada por el Código General del Proceso.<sup>106</sup>

En el Jurado de asesoramiento, el fallo del jurado es de efectos más limitados que en el jurado de derecho, siendo posible, por ejemplo su revisión en la segunda instancia, cuando el fallo del jurado de derecho es francamente inapelable, y sólo es posible de anulación en casos muy extraordinarios.

Contrariamente a lo que se ha afirmado en América Latina, los norteamericanos procuran la extensión de la institución de los jurados, no existiendo prácticamente críticas serias a la institución.

---

<sup>106</sup> Art. 620 del Código Uruguayo de Procedimiento Civil:

"El Juez de Paz puede reservarse el consignar su fallo en acta separada para el cual, si lo juzgare oportuno, puede tomar consejo privado de hombres de buena razón y probidad"

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Los enfoques elitistas de Jerome Frank, que en aras del incremento de la seguridad jurídica, abogaba por la eliminación de los jurados, hoy no se ven en el panorama doctrinario norteamericano, o al menos no ocupan los primeros planos de la atención.

Interesa en cambio, el tenor de la discusión del tema, que ve en el problema de los jurados más un problema de legitimidad del sistema jurídico-político, que una institución judicial como se ve por ejemplo en Uruguay.

Algunas opiniones del cuerpo editorial de la HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, vertidas en abril de 1987, iluminarán lo que queremos expresar.

El artículo se denomina PRACTICA Y POTENCIALIDAD DEL JURADO DE ASESORAMIENTO y comienza con una cita de Jefferson que expresa:

"Si tuviera que ser llamado a decidir donde el pueblo habría sido mejor omitido, en el departamento legislativo o judicial, yo diría que sería mejor dejarle fuera de la legislatura. La ejecución de las leyes es de mayor importancia que su elaboración."

## EL JURADO DE ASESORAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA EN EL PROCESO JURÍDICO

Esta parte examina los temas de participación comunitaria a través del jurado de asesoramiento en los temas de obscenidad, penal capital y título VII (no discriminación racial). El jurado de asesoramiento abre los tribunales a mayor participación de los miembros de la comunidad no jurídica

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

en estas áreas, que envuelven algunos de los más difíciles y controvertibles temas éticos que enfrenta el sistema legal. A lo mejor, esta participación puede restringir el impacto de tendencias de clase en el orden jurídico a través de la influencia de mas amplias normas comunitarias. Desde otro punto de vista, el carácter local de los jurados, pueden, a través de estrechos provincialismos, perjudicar importantes políticas nacionales como la no discriminación.

Como el jurado de Derecho, el jurado de asesoramiento expande la participación comunitaria en la aplicación del derecho. Como un comentarista ha afirmado: "el sistema de jurados.... pone al alcance del derecho los valores comunitarios. .. Es difícil concebir un mejor mecanismo que el jurado para reflejar los valores comunitarios y establecer estandards a los cuales los miembros de la comunidad se deben adaptar... El jurado es un instrumento de participación democrática. para permitirles cumplir este rol democrático, los jurados son extraídos de paneles que deben ser razonablemente representativos de la composición de la comunidad. En contraste, los jueces reflejan pobremente la comunidad más amplia. Los jueces son mucho más consistentemente blancos, educados formalmente, machos, de mediana edad y ricos que la más amplia comunidad que se sienta en el banco de jurados. Los estrechos antecedentes de los jueces inevitablemente crean tendencias. Como el decano Ely, escribió:

"La experiencia sugiere que.... Habrá una tendencia sistemática en la elección judicial de los valores fundamentales.... No habrá sorpresas que será en favor de los valores de clase media superior de la cual la mayoría de los



# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

abogados y jueces son extraídos. Comprensiblemente la gente piensa que lo que es importante para ellos es lo que es importante, y gente como nosotros (profesionales del derecho), no somos la excepción.

## EL PROPÓSITO DE UNA RADICAL EXTENSIÓN DEL JURADO A TRAVÉS DEL JURADO DE ASESORAMIENTO

Al menos desde 1920, escritores identificados con la escuela realista, y más recientemente, con la escuela de pensamiento jurídico CRITICAL LEGAL STUDIES, en varios niveles han atacado la legitimidad de la facción del derecho. Como el jurado de derecho, el jurado de asesoramiento incrementa la legitimidad de la administración del derecho a través de la participación de la gente que vive bajo este derecho. Cuanto mayor la crisis de legitimidad en el orden jurídico, mayor la necesidad de un compromiso comunitario más amplio con el sistema jurídico a través del jurado y el jurado de asesoramiento. Este mayor compromiso podría tener lugar en una panoplia de temas desde el derecho contractual al derecho administrativo y societario, área en las cuales las tendencias provincialistas locales identificadas precedentemente parecen no tener aplicación."

Un uso ampliamente expandido del jurado, en términos tanto de número de casos como tipo de materias que los jurados pueden atender, puede ser un componente alcanzable en un programa para remediar estos fracasos de legitimación judicial. Quizás la principal limitación del argumento Realista/CLS, ha sido su inhabilidad para definir un programa de cambio, aunque escritores individuales han hechos algunas sugerencias generales. En

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

su crítica al Estado burocrático, por ejemplo, Gerald Frug, ha llamado para una rededicación de la interacción "cara a cara" y "democracia participativa". Jennifer Nedelsky ha trazado una visión similar describiendo el ideal "antifederalista" de democracia participativa. En apoyo de estos ideales, una vigorosa expansión del uso del jurado dependería de y estimularía un concepto participativo del derecho como derivando de la comunidad de la gente que vive por este derecho...

La participación de jurados es necesaria si las decisiones judiciales en estas áreas van a ser más que reflexiones de los intereses y valores particulares de la estrecha clase de la cual la mayoría de los jueces son extraídos.

Este énfasis en los procesos judiciales individuales contempla las preocupaciones de la literatura crítica, que denuncia las jerarquías de autoridad y pone en duda la posibilidad de cambio serio a través de instrumentos centralizados de poder. Este ataque en la jerarquía también realza las razones para un ulterior uso de jurados. Apoyando la participación comunitaria, los jurados corroen las estructuras autoritarias. Su magistratura temporaria, composición no profesional y modelo de decisiones conjuntamente hace de los jurados un límite insuperable al legalismo, arbitrariedad y burocracia. Desde la perspectiva realista-crítica (critical legal studies), el jurado de asesoramiento, disponible en cada caso en la más amplia gama de casos, es parte de un desafío democrático a la actual administración del derecho formalista y exclusivista.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> EDITORIAL DE HARVARD LAW REVIEW. Práctica y Potencialidad del Jurado de Asesoramiento. Abril 1987.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

En América Latina y en Uruguay en particular, existe una falta de legitimidad muy grande en el Estado y en particular en el sistema de aplicación jurídica, quizás en términos mucho más severos que en los Estados Unidos.

La falta de vigencia general del orden jurídico en ramas específicas, es apenas un preocupante síntoma de un fenómeno más general, más extenso y más grave que es la falta de legitimación del sistema jurídico.

Es no es un fenómeno nuevo, pero sin duda es un fenómeno actual. Las propuestas de participación, con las cuales se quiere combatir son totalmente inadecuadas, ya que encaran la participación popular en fenómenos totalmente tangenciales a las decisiones que importan, pero el tema de los jurados populares, que es la forma mas seria y vigorosa de participación popular es apenas discutido.

El Jurado fue derogado en Uruguay por el gobierno de facto del Dr. Terra, poco después de haberlo sido en Alemania Nazi e Italia Fascista. Estas potencias, vencidas en la guerra por las democracias beligerantes, reimplantaron el jurado, cosa que no hizo nuestro país a pesar de haber vuelto a la institucionalidad democrática. (dos veces desde entonces).

Es indispensable, que, como recomendó la Tercera Conferencia de Derecho Procesal de Rivera,<sup>108</sup> se abra la discusión pública sobre el tema de

---

<sup>108</sup> Mas de 100 juristas nacionales y otros extranjeros se reunieron en Rivera en 1985, y luego

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

una mayor descentralización en las decisiones estatales jurídicas y sacar al derecho de un elitismo estéril y vacío para convertirle en una verdadera palanca de desarrollo democrático, sin la cual entre otras cosas, el desarrollo económico es imposible.

---

de una documentada discusión se decidió:

"Exhortar a los Juristas Nacionales a considerar la eventualidad de restablecimiento del Jurado Popular para causas Penales (posibilidad prevista por el art. 13 de la Constitución de la República), dentro del marco del Proceso Penal acusatorio, oral y público reclamado por nuestro constituyente. Ver: Constitución y Proceso Penal \* Proceso Aduanero - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pag. 222.

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## Ingeniería Social

Si bien la función del jurista norteamericano, fue siempre de mayor jerarquía que su similar del Sur, también sufrió los embates del conceptualismo y dogmatismo, desde luego que esta vez de un tipo diferente, jurisprudencial.

La gran reacción del movimiento realista de principios de este siglo, fue precisamente afirmar una imagen que se iba perdiendo en base a enfoques teóricos inadecuados.

"En las Facultades de Derecho conscientes de tales progresos es cuestión de discreción admitir que la ciencia jurídica nos lleva necesariamente al campo de la psicología, economía y teoría política. Los cursos en nuestras facultades de derecho más progresistas están empezando a ocuparse, con suma cautela, de las doctrinas psicológicas involucradas en nuestras reglas de prueba, de las teorías sociológicas presumidas por nuestro derecho penal, de los presupuestos económicos de nuestras doctrinas de derecho constitucional y de los hechos psicológicos, sociológicos y económicos que dan fuerza y significación a las reglas y las decisiones de estos y en otros campos del derecho. Los primeros pasos dados son torpes y provocan sonrisas de simpatía o atronadoras carcajadas, según el temperamento de los críticos. Pero la voluntad de andar persiste.

<sup>1</sup> Para el abogado, no menos que para el estudioso del derecho, el manejo de materiales hasta ahora considerados "no jurídicos" asume creciente importancia. Y los tribunales que cierran sus puertas a tales materiales no jurídicos, depositando los tabúes del derecho de la prueba sobre los hechos y argumentos que revelan el significado social funcional de una pretensión o de un precedente jurídico, aprenderán con el tiempo que la sociedad tiene otros órganos, las legislaturas, las comisiones parlamentarias y los organismos administrativos de diverso tipo, que están deseosos de manejar, en forma directa, los materiales estadísticos y descriptivos, que una magistratura demasiado escrupulosa desdeña." <sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Félix Cohen. Transcendental Nonsense and the Functional Approach. Columbia Law Review, vol XXXV N° 6, 1935. Existe traducción al español por Genaro Carrió: El método Funcional en el Derecho. Abeledo Perrot - B. Aires - 1962.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

El modelo de ingeniería social que el movimiento de derecho y desarrollo trataba de implantar en América Latina, puede deducirse de las palabras de Llewellyn:

"La esencia de nuestra artesanía consiste en habilidades y sabiduría; en prácticas efectivas, persuasivas, habilidades ingeniosas para conseguir que las cosas sean hechas. Cualquier tipo de cosa y en cualquier terreno; en sabiduría y juicio de seleccionar las cosas que serán hechas; en habilidades para mover a los hombres a la acción deseada, cualquier tipo de hombres y en cualquier terreno"<sup>110</sup>

El modelo una vez establecido, fue rápidamente proyectado para los países en desarrollo: " la conclusión fue que sus necesidades de un ingeniero social, del abogado imaginativo parecían ser las mismas que en Norte América."

111

Por las razones expuestas, la abogacía latinoamericana había perdido amplio terreno, en beneficio de otras profesiones y con otros métodos de actuación. En los hechos este modelo de ingeniero social y arquitecto de la democracia, no encuentra ningún equivalente latinoamericano, posiblemente los enfoques no valorativos exacerbados con los gobiernos militares podrían hacer comparable al abogado con un bibliotecario antiguo especializado en temas estatales.

Este modelo de ingeniería social, por lo tanto encontró un ambiente receptivo en América Latina.

---

<sup>110</sup> Llewellyn, "The Crafts of Law Revalued," 15 Rocky Mt. L. Rev. 1 at 3 (1942), reimpresso in Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago, 1962) p. 316. cit. por Gardner op. cit.

<sup>111</sup> Stewart McAulay, "Final Report on the Chile Law Program",. at 5 (February 1971), Ford Foundation Reports Information, New York.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Permítaseme advertir nuevamente que el impacto del modelo profesional norteamericano, no debiera ser exagerado. En pequeña medida dio soporte a funcionarios del sector público que buscaban abogados más sensibles a la política estatal y ofrecía soporte y legitimación a abogados pragmáticos u orientados a la resolución de problemas que ya se estaban moviendo del derecho doctrinario y formal hacia una vinculación con el sector público y el Estado. Este proceso fue en alguna medida reforzado por el movimiento de "derecho y desarrollo"; pero el proceso en sí estaba ya en camino con anterioridad al arribo de los modelos de ingeniería jurídica norteamericano, y no era dependiente de la asistencia jurídica norteamericana."<sup>112</sup>

Pero el modelo de ingeniería social o arquitectura democrática tiene defectos y vulnerabilidades particulares, incluso en los Estados Unidos de Norteamérica.

Con estudios de sociología y algo de sicología el modelo de ingeniería social es básicamente un modelo práctico de un solucionador no especializado de problemas.

En el momento que el modelo estaba en pleno proceso de elaboración Randolph Bourne expresó en 1919:

"La ingeniería social es "una joven intelligentsia, entrada en la dispensa pragmática, inmensamente pronta para el tratamiento ejecutivo, piadosamente incapaz de la interpretación intelectual o el enfoque idealista de fines. Su educación no les ha dado un sistema coherente de grandes ideas, o un sentimiento de objetivos democráticos. Ellos no tienen, en pocas palabras, una

---

<sup>112</sup>Gardner, Op. cit. pag. 257.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

filosofía clara de la vida, aquella de servicio inteligente y la admirable adaptación de medios a fines." <sup>113</sup>

Es un punto de referencia común en la doctrina jurídica norteamericana de nuestros días, que la distancia entre el arquetipo de ingeniero social moderno y aquella de los abogados redactores de la Constitución norteamericana (the founding fathers) es enorme prácticamente en todos los campos y fundamentalmente en teoría democrática, constitucional y teoría social.

En América Latina, el problema es aún más grave, ya que el modelo profesional que tenemos para ofrecer a la comparación, derivado de codificación, es mucho más modesto aún.-

Si volvemos en Uruguay, entre la comparación del jurista de nuestros días con los redactores de nuestra primera constitución, resulta chocante el hecho que siendo la primera constitución democrática importante en el mundo promulgada en 1786 en los Estados Unidos, precede solamente en 44 años a nuestra constitución de 1830.

En ese lapso hubo que estudiar sus principios filosóficos, su aplicabilidad práctica a esta parte del planeta, salvando diferentes mentalidades, todo ello teniendo presente que se trataba de un verdadero experimento social democrático sin precedentes importantes en toda la evolución del género humano.

También debió tenerse presentes las dificultades del idioma, entonces no tan conocido, y del transporte, (no existían los Jumbo).

---

<sup>113</sup>14 Randolph Bourne, *Untimely Papers* (New York, 1919) pag. 128, 130.



# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Si comparamos con nuestros días, por ejemplo, no existe un estudio a fondo de movimiento *Critical Legal Studies*, a pesar que lleva ya casi 30 años de existencia en los Estados Unidos y los estudios del realismo sociológico con 95 años de existencia todavía no son lo completos que debieran.

Los resultados de la implantación de los modelos son que en los Estados Unidos, el carácter pragmático del modelo profesional, de alguna medida se encuentra contrapesado con una fuerte tradición de revisión judicial y de una justicia pública con participación popular, y ergo de mucho mayor legitimidad.

"Extraído de su contexto norteamericano e injertado en situaciones autoritarias o aún totalitarias en América Latina y el Tercer Mundo, el modelo de ingeniería jurídica exportada generalmente actuaba como si fuera diseñado como el agente de la política estatal.

En América Latina esto significó demasiado a menudo que el movimiento que fue lanzado para entrenar los "arquitectos de la democracia", entrenó en su lugar la tecnocracia jurídica de una u otra dictadura militar, estado corporativo o elite privilegiada." <sup>114</sup>

También se debe tener en cuenta al hacer la comparación de arquetipos que si bien la formación educacional del ingeniero social norteamericano, es más bien técnica, hay tres instituciones que requieren a un exitoso abogado norteamericano tenga un cierto obligatorio nivel de cultura general, que son: las normas procesales de juicio oral, la participación popular en la justicia y fundamentalmente una actitud, en el sistema educativo y judicial de rechazo hacia la especialización.

---

<sup>114</sup>Gardner, *Op. cit.* pag. 260-261.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Esta actitud académica de rechazo a la especialización, se complementa con una similar actitud en el foro. Cuando se hace imprescindible la creación de juzgados penales y civiles, los jueces rotan entre ambas sedes. Parece ser una excepción la práctica de los grandes estudios que agrupan más de 100 abogados.

Nada de ello encontramos en América Latina, y si bien existen elementos rudimentarios de oralidad y participación popular, la actitud es bien clara a favor de la especialización.

El resultado es que el modelo latinoamericano de abogado, tampoco tiene una aceptable cultura general.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## Institutos Particulares de Aplicación Jurídica

Parece claro, a esta altura del discurso, los grandes avances que se han logrado en el sentido de la comprensión general de los sistemas jurídicos, y el rol de los diferentes agentes en los sistemas que se están comparando.

Ahora bien, estos avances, no están acompañados de particulares desarrollos en áreas particulares del derecho, en áreas sensibles a la comparación, concretamente:

Antitrust (Mecanismos de defensa de la competencia comercial privada).

Mecanismos de contralor administrativo.

Defensa del Consumidor.

Como sucede en otras ramas del derecho, en estas también vemos un mayor control a cargo de los agentes jurídicos en los Estados Unidos de Norteamérica que en Latinoamérica, en el cual éste prácticamente no existen en las áreas reseñadas.

El resultado es que la producción a cargo de la empresa privada latinoamericana, tiene un funcionamiento extremadamente imperfecto de sus mercados, con tendencias monopólicas u oligopólicas según los casos.

Por otra parte en materia administrativa, los administradores están generalmente fuera del contralor jurisdiccional , y cuando existe, este es tardío, y débil.

Estos son temas donde se ve claro otro terreno fértil de interacción entre el jurista y la sociedad, y las posibilidades que tiene el derecho para producir desarrollo o estancamiento.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

El conglomerado social en Latinoamérica, tiene una clara posición en el sentido de favorecer la participación del estado en la economía.

En los hechos, es una de las pocas posibilidades que tiene la población de invertir masivamente en el sector industrial, ya que la inversión en acciones privadas, no se acostumbra, y las sociedades anónimas vernáculas adoptan fundamentalmente, por lo menos en uruguay, la forma familiar.

El ciudadano tiene sobre estas empresas públicas un derecho muy similar al que tiene un accionista singular en una gran empresa cuya propiedad está dividida entre millones de personas, que son comunes en los países desarrollados. Es una forma del llamado capitalismo popular.

El carácter de propietario que tiene la población sobre las empresas públicas, es necesario recordarlo a cada momento, porque suelo olvidarse, ya que ni siquiera se publican los balances de estas sociedades, y la forma de contratación de las mismas no rigen disposiciones mínimas de equidad como el concurso de admisión para sus trabajadores, importando en realidad muy poco la competencia del trabajador y su aptitud para la función.

Ahora bien, existe desde luego un conflicto social de enormes proporciones entre lo que la gente quiere y sus posibilidades reales, para dirimir el cual, sería previo la determinación de hasta qué punto, entre la llamada privatización y la estatización, no existe una posición intermedia que precisamente es la que más cumpliría con la opinión predominante de la creación de una efectiva instancia de amplio control jurisdiccional de la administración.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Estos conceptos fueron escritos en el año 1990. La sanción de la ley de Reforma del Estado, y el resultado del plebiscito de impugnación a dicha ley, parecen confirmar expresamente lo indicado en este informe.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Desde luego que, entonces, una discusión sobre el modelo de contralor de la administración pública, y la calidad y jerarquía de egresado de derecho que pudiese ocupar esas posiciones debería ser previo al hecho de la privatización, que solamente arroja preguntas sobre quien y en qué condiciones está controlado y regulado los mercados privados de la economía uruguaya.

Es aquí donde la investigación deberá dirigirse en un futuro próximo, quedando solamente reseñado este tema, como introductorio además para otro que es el de la educación jurídica que el país desea y puede proporcionarse.

Desde luego que los profesionales del derecho que tenemos, son productos directos de la educación jurídica que se brinda, y ésta debiera ser un resultado de lo que la gente aspira de sus profesionales del derecho.

Es muy posible que si ambos razonamientos se llevaran a sus extremos nos encontraríamos, con que la educación que hoy se brinda, podría no corresponder al tipo de profesional que la gente espera o necesita para establecer instancias legítimas y eficientes de contralor administrativo, de mercados y del consumidor, entre muchas otras.

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

## A modo de Conclusión

Ya hemos dicho en otro lugar, que el jurista se encuentra a cargo de uno de los medios más importantes del control social democrático y el derecho es un verdadero super-yo de la conciencia colectiva.

Los Estados Unidos, comenzaron su carrera independiente sólo unos pocos años antes que los latinoamericanos, y en ese momento eran subdesarrollados, tanto o más que los vecinos del Sur.

La gran sabiduría de los norteamericanos, ha sido en adaptar su sistema de derecho admirablemente a las instituciones democráticas, tarea que los latinoamericanos no hicimos, de forma tal que las fuerzas del constitucionalismo igualitario, que se han extendido por todo el mundo, no encontraron un cauce adecuado donde funcionar en la historia del sub-continente latinoamericano.

Los indicadores de subdesarrollo, en lugar de disminuir la distancia que separa a los vecinos americanos, aumenta; se ha incrementado la dependencia a través del endeudamiento público y privado del área latinoamericana hacia los países desarrollados.

La justicia norteamericana del área de San Diego (California) expulsa unos 50000 latinoamericanos "indocumentados" mensualmente lo cual configura un índice específico de subdesarrollo interamericano, y habla a las claras sobre la necesidad de un replanteo urgente del problema del subdesarrollo en nuevos términos.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup>Hay opiniones divididas en cuanto a la generación de desempleo por los computadores. En lo personal me inclino por una actitud afirmativa, que parece ser predominante. En otras palabras, un cambio institucional se impone en un futuro no lejano.

Veamos la opinión de Solomón:

"La mayor cantidad de funciones y flexibilidad puede aumentar el número de trabajadores desplazados por un solo robot. En lugar del desplazamiento de tres trabajadores por robot, basado en el promedio de 1.5 trabajadores

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Pero este panorama es aún agravado en forma sombría, frente a las crecientes demandas de una nueva economía mundial, donde la computación genera creciente desplazamiento de mano de obra, y muy posiblemente desempleo. Pero ese panorama, desalentador de por sí, pasa a impresionar cuando vemos la pasmosa falta de respuestas del sistema, principalmente del núcleo básico que consiste en la enseñanza jurídica.

Parece que la tendencia, en lugar de trabajar sobre estos fenómenos que son evidentes, es la de acumular conocimientos históricos y dogmáticos en un modelo de intensa especialización y sobre la base de la clase magistral, o sea un método establecido en el siglo XVI que consiste en conferencias a cargo de un profesor cuyos resúmenes están destinados principalmente a la memorización y al ejercicio deductivo.

En lo que nos es personal, pensamos que todo lo que dijimos se puede sintetizar en la frase referente a la justicia, en cuanto a que la injusticia es un enorme derroche económico y que no hay peor pérdida de producción que la que proviene de la desconfianza de los agentes económicos (las personas) a las reglas de organización y convivencia o a su aplicación.

Los latinoamericanos, debemos salir de los estrechos moldes connaturales al positivismo jurídico y volcar esfuerzos a la investigación de áreas no tradicionales de la producción económica y sus condicionantes jurídicas.

---

por tarea y para robots de dos tareas, cada robot puede desplazar al menos 5 o 10 personas. Por ejemplo, basado en robots de la segunda generación que pueden ser usados en operaciones de línea de montaje, el Banco de Comercio de Alemania Occidental estima que la mitad de los trabajos de 1:200.000 trabajadores de línea de montaje en el país podrían estar en peligro."

Solomón, Lewis. The microelectronics Revolution, Job Displacement, and the Futuro of Work: A policy Commentary. 63 Chi. Kent L. Rev. 65.

---

# Derecho y Desarrollo Económico

Carlos Aparicio

---

Puede que ésto sea muy difícil, pero es seguro que sin aclarar estas interacciones es muy difícil que se alcance el desarrollo económico, ni siquiera una razonable estabilidad democrática.



## Métodos e Instituciones

### Historicismo Jurídico

El historicismo jurídico es una corriente de pensamiento que toma forma académica en la Europa Post-napoleónica a través de sus maestros, principalmente von Savigny.<sup>1</sup>

La revolución francesa había propulsado cambios nunca visto antes en el pensamiento y el derecho. Poderes que se pensaban eternos e inmutables como la aristocracia y la iglesia, simplemente cayeron, y todas las jerarquías fueros puestas en discusión.

Napoleón, llegó a controlar militarmente toda Europa, incluso Alemania, lo cual fue una humillación muy grande para naciones que además de sufrir su espíritu nacional con una invasión extranjera, debieron ver sometidas todas sus jerarquías a la mirada escrutadora de una revolución igualitaria.

Pasó Napoleón y los Franceses más rápidamente de lo que se pensaba pero las huellas quedaron en la academia y en el pueblo Alemán, que en lo inmediato produjo una respuesta en las distintas artes y las ciencias, y en el derecho surge el historicismo.

---

<sup>1</sup> Federico Carlos von Savigny (1779/1861). Nació en Francfort del Main, Alemania; profesor de las universidades de Marburgo y Berlín; autor de numerosos estudios sobre derecho principalmente derecho romano.

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---

Desde luego que el historicismo es refractario a las nuevas ideas democráticas y a la idea general de la ley como fuente de derecho, y a la codificación.

Todos estos fenómenos se veían como producto revolucionario, y ante ello se responde con una teoría jurídica relativamente armónica.

El derecho no es un producto de la razón pura, sino que el derecho es experiencia, y sobre todo experiencia histórica.

Como el derecho alemán no estaría preparado suficientemente para la codificación debería recurrirse a la costumbre como fuente jurídica, y en los hechos algunas de las costumbres vigentes en la Europa de Savigny provienen de el Derecho Romano Clásico.

La historia de la humanidad es un fluir constante, donde en determinados momentos existen períodos brillantes en la producción y aplicación jurídica.-

Es a estos períodos donde hay que acudir a buscar inspiración y enseñanzas.

La compartimentación de la historia en períodos netos sumado a un cierto retraso metodológico, hace que la propuesta historicista parta de la base de la historia con el método jurídico, y no con el método histórico-sociológico.

El historicismo evoluciona entonces a un dogmatismo muy pronunciado en el estudio de épocas históricas de dudoso interés.

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---

En los últimos años, se va desarrollando un marcado fetichismo por los textos del Digesto, lo que lo hace que la escuela histórica al decir de Roscoe Pound se convirtiese en un "museo de antigüedades".

El historicismo fue particularmente exitoso en Europa hasta la segunda guerra mundial.

En los Estados Unidos fue objeto de duras críticas de los realistas norteamericanos desde principios de siglo, luego de lo cual nunca tuvo adeptos de importancia.

Me permito citar un fragmento de la obra de Keyserling, titulada objetivos sociales en la Educación Jurídica. <sup>2</sup>

Dice Keyserling, sumándose a la crítica antihistoricista del movimiento realista norteamericano:

*"El Estudio histórico, en lugar de recibir su ímpetu y dirección de sentidas necesidades contemporáneas es usado como una herramienta para negar la posibilidad de crecimiento futuro.*

*Pound -dice Keyserling- ha observado que la escuela analítica e histórica caminan de la mano y que las teorías históricas niegan crecimiento y progreso en cualquier sentido efectivo a través de la creencia que finalmente han sido descubiertas las líneas inmutables del crecimiento y se ha calculado de una vez por todas la órbita fija del progreso fuera de la cual ningún movimiento podría tener Lugar.* <sup>3</sup>

*Un curso de estudio que es negligente en describir como el derecho trabaja actualmente hoy, fracasa en proveer la base necesaria para el examen*

---

<sup>2</sup> Keyserling, L. Social Objectives in Legal Education; Columbia Law Review. 1933. Page 437 y ss.

<sup>3</sup> Pound, interpretaciones de Historia del Derecho. 1923.

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---

*de hasta que punto el derecho trabaja como debiera. La jurisprudencia histórica y la analítica, a través de aislar el derecho del resto de la vida han prohibido toda consideración de los problemas sociales y económicos."*

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---

## Instituciones Jurídicas Concepto y Evolución<sup>4</sup>

El estudio del derecho excede muy ampliamente el estudio de las normas que de alguna forma definen algunas partes que lo componen.

Gran parte de la elaboración del concepto de institución reposa en la idea que las normas son apenas algunos indicios de complejos de conducta, valores, virtudes y aspiraciones de un pueblo en muy distintas áreas de su vida social.

Las instituciones jurídicas son formas fundamentales de organización de grupos humanos o conjuntos de normas que establecen marcos de referencia para los mismos.

Las instituciones jurídicas nos informan del estado de la cultura de un pueblo, sus gustos y posibilidades espirituales y materiales.

El derecho debe mirarse desde todos los puntos de vista posibles, y para contemplar una institución jurídica, debemos mirar su función esto es ¿para qué sirve?, y segundo su estructura, es decir, ¿cómo está hecha?<sup>5</sup>

La institución, sea social o jurídica, se base en un cuerpo de principios e ideales o creencias, y un conjunto de actitudes que hacen que esa institución sea eficaz.

Muchas veces la mitología o el folklore nos arrojan luz sobre la evolución de las instituciones sean sociales o jurídicas, y principalmente en

---

<sup>4</sup> El programa de la materia Evolución de las Instituciones Jurídicas Establece: Instituciones Jurídicas Institución Jurídica: concepto y evolución, Su importancia en los planos social, filosófico, político y jurídico. Diferenciación entre las instituciones jurídicas y las instituciones sociales.

<sup>5</sup> Véase Metodología Jurídica de Carnelutti, en Recasens Panorama pag. 295 vol. 1.

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---

etapas antiguas de la historia del derecho la tendencia de los seres humanos es a expresarse sea mediante historias o mitos de aceptación general.

No es fácil tratar de distinguir una institución social de una institución jurídica, ya que usualmente ambas tienden a fundirse y confundirse.

Debe recordarse que el derecho de casi toda la historia humana es derecho consuetudinario, y una institución social sólidamente asentada en las costumbres tienden a transformarse por sí misma en derecho.

La influencia del pensamiento marxista obró en el sentido de limitar el concepto de institución jurídica frente al de institución social.

La primera, sería un elemento de superestructura de alguna forma dependiente de elementos económico-sociales de la infraestructura.

Pero definitivamente, esto no es así. La propiedad, es una institución social, pero también es una institución jurídica, ya que cuando surge los elementos económicos y productivos de la propiedad, también surgen los elementos jurídicos que hacen necesario su aplicación coactiva. Lo mismo cabe decir de la esclavitud.

En realidad, todas las instituciones sociales, que realmente importan en la organización de un pueblo, puede afirmarse casi sin temor a equivocarse que se trata de instituciones jurídicas.

Esto parece claro, aún cuando queden algunos puntos importantes por definir, siendo quizás el principal, cual es la utilidad de trazar una historia de las instituciones.

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---

En estos trabajos se intentará dar una línea evolutiva institucional, y es posible que pueden descubrirse algunas líneas reiterativas o predecibles que justifiquen el estudio que se inicia.

Se trata de una historia especializada en temas jurídicas, pero a la cual se accede con método histórico sociológico y no con el método jurídico interpretativo.

# Historicismo e Historia

Carlos Aparicio

---


## Bibliografía

 Cortés, Donoso (Marqués de Valdegamas) (1808-1853) **Ensayo sobre el Catolicismo, Liberalismo y Socialismo** (1851).

 Keyserling, L. **Social Objectives in Legal Education**; Columbia Law Review. 1933. p. 437 y ss.

 3. Recasens Siches, Luis; **Historicismo (Político)**. In: "*Enciclopedia Jurídica Omeba*", Buenos Aires, Bibliográfica Omeba (1994), p. 390-391.

 Recasens Siches, Luis; **Historicismo Jurídico** In: "*Enciclopedia Jurídica Omeba*", Buenos Aires, Bibliográfica Omeba (1994), p. 380-392

 Recasens Siches, Luis; **Proscripción en el siglo XIX de la Filosofía Jurídica y primeros ensayos para el restablecimiento de ésta** In: "*Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*", Mexico, Editorial Porrúa S.A. (1963), p. 3-10.



---

CONSTITUCIÓN  
DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY  
DEL AÑO 1830

MANIFIESTO

De la Asamblea General Constituyente y Legislativa de la República Oriental del Uruguay a los pueblos que representa:

Veinte años de desastres, de vicisitudes y de incertidumbres, nos han dado una lección práctica de que el amor a la independencia y libertad, el deseo de conseguirla y los sacrificios por obtenerla, no son suficientes para conservar ese bien, tras el cual corremos en vano desde el principio de nuestra gloriosa revolución.

Vosotros fuisteis de los primeros que en la guerra de la Independencia disteis prueba de ese ardor bélico, que inflamó a los amantes de la Patria.

Vosotros, abandonando vuestros bienes, vuestras familias, vuestros padres, vuestros hijos, arrostrasteis los peligros y fatigas de una campaña para defender la independencia del suelo en que nacimos y las libertades que nos prometimos por medio de instituciones nuevas, y análogas a nuestras necesidades. Sin embargo este deseo que se manifestaba en todos, este fuego sagrado que os alentaba en las desgracias, os animaba en los desastres, os

---

hacía resignados en las privaciones y os precipitaba a los peligros y la muerte, lo visteis desvanecer delante de vuestros ojos; y cuando habiais creído llegar al término de esa carrera de males y desgracias, uno mucho mayor vino a sobrecogeros y haceros caer bajo la dominación de un extranjero.

Vuestro brío nuevamente inflamado por el amor a la libertad, restableciendo los antiguos vínculos con nuestros hermanos, salvo por segunda vez al país, y fijó el momento en que por un Tratado de Paz entre la República Argentina y el Gobierno del Brasil, debía elevarse el suelo de nuestros hijos, al rango de Nación libre e independiente. Los votos que hicisteis al tomar las armas en 1810, y al empuñarlas de nuevo en 1825, empezaron a cumplirse; pero no se llenarán jamás, si como mostrasteis ardor en la guerra, no lo mostrais igualmente en respetar las autoridades, amar las instituciones y observar invariablemente el pacto constitucional que han sancionado vuestros representantes.

Nuestro país, careciendo por su despoblación de los elementos que tienen en sí las Naciones del Viejo Mundo, llenará tal vez con dificultad las necesidades que demandan los diversos ramos de la Administración interior pero, presentando también menos obstáculos al régimen constitucional, llegara a la prosperidad y grandeza en que hoy se encuentran otras, que poco ha eran iguales a nosotros, si como ellas somos rígidos observadores de los principios que proclamamos. La igualdad ante la Ley, la libertad que no se opone a ésta, y la seguridad de las personas y propiedades, son las bases de donde arranca la felicidad de los ciudadanos y el engrandecimiento de las Naciones.

---

Vuestros Representantes, conciliando estos principios con el respeto debido a la religión santa de nuestros padres, los han consignado en el Código Fundamental, y las Legislaturas siguientes los desenvolverán por leyes análogas y bastantes a conservarlos. La forma de gobierno republicano representativo, que ha sido sancionada, no sólo es conforme al espíritu público del país, a los principios proclamados desde la revolución de América, y a los deseos de casi todos sus habitantes, sino también el mas propio para alcanzar esa libertad, que tanta sangre y tantos sacrificios cuesta a los orientales.

Vuestros representantes, siguiendo ese sentimiento nacional, han desenvuelto las bases en que se funda; han dividido los Poderes; separaron la formación de las leyes, de su ejecución y aplicación; detallaron las atribuciones de cada uno, y reconocieron que residiendo la soberanía radicalmente en la Nación, sólo a ella por medio de sus representantes compete formar las que se han de obedecer, porque sólo ella puede imponer preceptos coercitivos de la libertad natural, cuando lo exige la felicidad común, único y exclusivo fin de toda asociación política Sin una autoridad encargada de formar las leyes; sin un gobierno que cuide de cumplirlas; sin jueces que las apliquen en las contiendas particulares, los hombres no reconocerían otro derecho que el del más fuerte, ni este otra razón de obrar, que su utilidad y su capricho; no habría deberes que llenar, ni obligaciones que cumplir, y una confusión perpetua sería el escollo en que vendrían a estrellarse la libertad individual, la seguridad del ciudadano y el tranquilo goce de sus propiedades. Estas verdades, que prueban la necesidad de un gobierno, nos enseñan también que cuando un mandatario, por la fuerza o el sufrimiento vergonzoso de los pueblos, pretende

---

---

y consigue reunir los diversos poderes , que garanten sus libertades, puede por el mismo hecho mandar lo que quiere y hacer cumplir lo que manda. Entonces las leyes dejan de ser la convención que los hombres hacen entre sí para reglar el ejercicio de sus facultades naturales, determinar la legalidad de sus acciones, y lo que debe prohibirse a cada uno por el interés de todos; ellas son el precepto de Un particular, que somete a los demás, los esclaviza dejándolos dependientes de sus deseos, y convierte la sociedad en un espectáculo de despotismo o de anarquía. De aquí nace la necesidad de estos diversos Poderes conservadores del orden público, y la dificultad de trazar la línea, que detallando sus atribuciones, demarque también los deberes del que manda y las obligaciones del que obedece. La Constitución que vais a jurar, visada ya por los gobiernos del Brasil y la República Argentina, deja a vuestros Representantes el cuidado de crear los destinos que demande el servicio público; designarles las dotaciones a que sean acreedores; disminuir o aumentar en esta proporción los impuestos que forman la renta de la Nación; sancionar las leyes que reglen el uso de vuestras propiedades, de vuestra libertad y seguridad; proteger el goce de vuestros derechos; defenderos contra el abuso de la autoridad; velar sobre el cumplimiento de las leyes, y hacer responsables a los infractores.

Estas augustas funciones forman la base de las garantías sociales, y la Nación, para conservarlas, sólo necesita fijar su elección sobre personas que, ligadas íntimamente a ella, no sean contenidas por el temor ni prostituidas por el interés. Es en precaución de esto, que son excluidos de representaros los dependientes a sueldo del Poder Ejecutivo, porque debiendo aquéllos ser guardianes vigilantes del cumplimiento de la Ley, p rígidis censores de

---

cualquier abuso, necesitan firmeza para defenderos, y que sus intereses no se opongán a los vuestros. La Constitución encomienda al Poder Ejecutivo haceros saber las leyes sancionadas por vuestros Representantes, para que conozcáis los deberes que habéis de llenar y las cosas que os son prohibidas: le encarga obligaros a observarlas, porque el orden público no puede sostenerse sino por el exacto cumplimiento de los deberes recíprocos: le permite emplear la fuerza, ya para contener las aspiraciones individuales, ya para defenderos contra todo ataque exterior imprevisto, porque sin esta atribución, vuestra libertad política y civil quedaría a merced del ambicioso que intentase destruirla; pero es obligado a dar cuenta inmediatamente al Cuerpo Legislativo, y a esperar su resolución; porque este Poder fuerte, que administra la Hacienda Nacional, manda la fuerza armada, distribuye los empleos públicos, y ejerce directamente su influencia sobre los ciudadanos, no daría garantías bastantes si no hubiese de respetar y reconocer la Ley, como única regla de su conducta. Velando, pues, sobre el cumplimiento de ésta, responde a la vez de las infracciones que cometa; es obligado a dar razón de sus operaciones; y su responsabilidad se extiende hasta un año después de haber cesado en el mando. Últimamente, el Código Constitucional establece un Tribunal Supremo de Justicia, que debiendo juzgar las infracciones de la Constitución y los abusos de autoridad. reprimirá al poderoso por la aplicación de la Ley y desagraviará al miserable. Conteniendo así las personas que desempeñan las funciones de los Poderes constituidos, los conducirá al solo objeto de su institución, y los conservará dentro del círculo de sus respectivas atribuciones. Vuestros jueces, en el ejercicio de la judicatura, no dependerán ya del que

---

---

manda, ni las sentencias que pronuncien serán el producto de su influjo; y cuando vuestros legisladores reglamenten el juicio por jurados, que advertiréis sancionado, aparecerá entre vosotros por la primera vez esa institución, cuya utilidad es reconocida por el mundo civilizado. Entonces vosotros mismos seréis jueces unos de otros, y la libertad civil no dependerá sino de los ciudadanos; la Administración de Justicia no continuará circunscrita a un pequeño número de hombres; vosotros determinaréis los hechos sobre los cuales el juez ha de aplicar la Ley; os será permitido examinarla, y aseguraros que es la misma que establecisteis y a que voluntariamente os sujetasteis. Los procesos no quedarán cubiertos con el velo misterioso de las formas envejecidas tanto más temibles cuanto están menos al alcance del público. Tales son las bases que deben reglar la marcha de los Poderes constitucionales. Vuestros representantes no pueden lisonjearse de una invención; pero si de que, regidos por el patriotismo, y por el interés público, han seguido la senda que otros pueblos trillaron para llegar a su prosperidad, y hacer felices a sus conciudadanos, Los derechos sociales del hombre han sido respetados: su igualdad legal, la seguridad personal, la inviolabilidad de las propiedades, el derecho de petición, el libre ejercicio de toda clase de industria, agricultura y comercio, la libertad de la prensa, el reposo doméstico, el secreto sagrado de las correspondencias epistolares, y, finalmente, el pleno goce de cuanto la Ley no prohíbe, han sido consagrados en la Constitución. No esperéis sin embargo, que ella repare instantáneamente los males que nuestra Sociedad ha experimentado, los que siente generalmente la América, y los que sufre todo el país al reformar sus instituciones.

---

---

No, no es ella solamente la que ha de traernos la tranquilidad interior y la libertad. Es preciso que nosotros le sacrifiquemos las aspiraciones; que nos prestemos gustosos a cumplir la Ley, y nos opongamos con firmeza al que intenta traspasarla. Los medios que nos son permitidos, los encontraréis detallados en la Constitución: si empleamos otros, si nuestras opiniones privadas han de dirigir nuestra conducta, en vano la juraremos, y en vano esperaremos sus saludables efectos. Ninguna sociedad puede conservar la paz interior sin un centre de autoridad que, reuniendo alrededor de si la opinión pública del país, el mismo interés común la haga obedecer y respetar. Por una fatalidad, que ha hecho la desgracia de los pueblos americanos, el espíritu de partido, la ambición, la codicia, la venganza, las pasiones todas se han reunido para desconocer ese centre común que, decidiendo las cuestiones que motivan las crisis políticas, habría siempre conservado la tranquilidad: la obstinación y el empeño de vencer, no han conocido límites: así todos los Poderes han sido vilipendiados y asaltada a la vez: nada ha sido respetado; y perdido de esta manera el equilibrio que los sostenía, las reacciones se han sucedido, y la fuerza armada ha decidido la suerte de los pueblos, y ha hecho de ellos el juguete de las pretensiones particulares cuántas veces allanó ella el paso a la primera magistratura, y los que aspiraban a la libertad, los que se llaman republicanos, han tolerado con vergonzosa paciencia las cadenas que les impuso un ambicioso!

Veinte años han corrido después de nuestra revolución, y vemos que los nuevos Estados de América no han conseguido aun consolidar su existencia

---

---

política. Otro tanto debemos esperar, si la fuerza es alguna vez entre nosotros título suficiente para hacer valer pretensiones personales; si no tenemos bastante virtud para resignarnos y sujetarlas a los Poderes constituidos, nuestra Patria no existirá, porque su existencia depende del sacrificio que hacen todos los individuos de una parte de su libertad, para conservar el resto; y así como éste es un principio conservador, el uso de la fuerza lo destruye. Ésta cimenta la tiranía o perpetúa las reacciones porque la opresión es el germen que las produce; y cuando un pueblo tiene un sentimiento uniforme por la libertad, es necesario que las instituciones marchen a su nivel.

No será posible alcanzar jamás una perfecta consonancia de ideas y pensamientos, pero los trastornos que resultan de la diversidad de opiniones, cuando se salvan las formas constitucionales, producen un efecto pasajero que no ataca inmediatamente a la sociedad, y las personas quedan garantidas de sus resultados por el respeto que aún se conserva de la Ley: mas cuando los Poderes que sostienen la máquina política se inutilizan, porque los súbditos intentan oponerse por las vías de hecho, la guerra es el resultado necesario; las leyes quedan olvidadas; las garantías sociales se desprecian: se rompe todo freno; las desgracias se suceden: los ciudadanos se desmoralizan; los partidos, desconociendo límites a sus pretensiones, se hacen culpables a la vez; el país, corriendo de revolución en revolución, se precipita a su ruina.

Orientales: la experiencia de todos los pueblos os demuestra estas verdades, y el convencimiento mismo que produce, debe haceros más recomendable vuestra Constitución. Si os sentís decididos a defenderla; si os



---

resignais a nivelar por ella vuestras acciones; si deseáis la salud de la Patria, juradla; porque es de su exacto cumplimiento que la debéis esperar. Vuestros representantes se glorian de encontrar en todos sus conciudadanos este noble sentimiento, y él será para ellos la mejor recompensa de la constancia con que defendieron vuestros derechos y del interés que se toman por vuestra futura felicidad.

Sala de Sesiones de la Asamblea General Constituyente y Legislativa de la República, a 30 de Junio de 1830.

Silvestre Blanco, Presidente, Diputado por Montevideo.- Alejandro Chucarro, ler. Vicepresidente. diputado por Canelones.- Cristóbal Echevarriarza Vice.-Presidente, diputado por Montevideo. - Pedro Francisco de Berro, Diputado por Montevideo. - Francisco Solano de Antuña, Diputado por Montevideo. - Eugenio Femáncz, Diputado por Canelones. - Luis Bernardo Cavia, Diputado por Soriano. - Manuel Haedo, Diputado por Paysandú. - Juan Benito Blanco, Diputado por la Colonia: - Agustín Urtubey, Diputado por la Colonia. - José Vázquez de Eedesma, Diputado por San Jose. - Eoque Graseras, Diputado por Canelones. - Joaquín Antonio Núñez, Diputado por Maldonado. - Atanasio Lapido, Diputado por Canelones- - Tomás Diago, Diputado por San José. - Francisco Llambí, Diputado por la Colonia. - Eamón ZHasini, Diputado por Montevideo. - Miguel Barreiro, Diputado por la Colonia. - Manuel José Máximo Barreiro, Diputado por San José. - Francisco Joaquín Muñoz, Diputado por Montevideo. - Antonio Domingo Costa, Diputado por Paysandú. - Manuel Vicente da Pagola Diputado por Durazno. - Solano García, Diputado por Paysandú. - Francisco García Cortina, Diputado por Soriano. - Luis Lamas,

---

---

Diputado por Montevideo. - Lorenzo Justiniano Pérez, Diputado por Montevideo. - Pedro Pablo de la Sierra. Diputado por Maldonado. - Lázaro Gadea, Diputado por Soriano.  
Miguel Antonio Berro. - Manuel J. Errazquin, Secretarios.

---

## DISCURSO DEL MIEMBRO INFORMANTE DOCTOR JOSÉ ELLAURI

La Comisión de Constitución y Legislación, cuyos principales trabajos se presentan hoy a la discusión general, ha creído no poderse dispensar el grato deber de hacer, por mi órgano, algunas cortas explicaciones de los fundamentos mas firmes en que estriban sus opiniones, y de los grandes objetos que se ha propuesto llenar redactando el proyecto de Constitución que le fue encomendado.

La Comisión no tiene la vanidad de persuadirse que haya hecho una obra original, grande, ni perfecta. Lo primero sería una extravagancia: porque en materia de Constitución, señores, poco o nada hay que discurrir después que las naciones más civilizadas del globo han apurado las grandes verdades de la política y resuelto sus más intrincados problemas que antes nos eran desconocidos. Todo lo que puede ya exigirse es que se consulte detenidamente la prudencia para hacer prácticamente la aplicación mas adecuada y conveniente de esos principios consagrados como dogmas en las diferentes Cartas que han visto la luz pública. Lo grande y lo perfecto no era compatible con las escasas luces de los miembros de la Comisión, y con las dificultades de todo orden que les ha sido forzoso superar para concluir un trabajo tan delicado como importante. Los señores Representantes son testigos oculares de las faltas que se han sufrido en las diferentes residencias accidentales, que ha hecho necesariamente la Asamblea en los otros Departamentos. Sin la comodidad precisa para el recogimiento y la meditación; sin libros y sin una

---

---

sociedad numerosa de ciudadanos ilustrados, a quienes consultar y de quienes recoger conocimientos útiles; desconfiando de nuestra propia debilidad, ¿cómo era posible lisonjearnos con la esperanza del acierto? Todo ello no obstante, la Comisión se veía obligada a emprender la obra y llevarla a su conclusión, como lo hizo sobreponiéndose a cualquiera otra consideración.

Era preciso establecer el Pacto; la Asamblea no podía desentenderse de su primera y más sagrada atención, de constituir el Estado. - Este era el voto de los pueblos, ésta era una de las estipulaciones principales de la Convención preliminar, y esto lo que nos iba a poner en la verdadera senda de una felicidad permanente.

Al tocar este punto, la Comisión no puede menos de recordar con el mayor placer y entusiasmo, el noble origen a que debemos el nuevo ser independiente de que ya hoy gozamos y que nos disponemos a consolidarlo por medio de las leyes fundamentales. Si gloriosa ha sido la revolución general de la América, heroica y sin ejemplo fue la de este territorio. Yo quisiera poderme tomar la libertad de recorrer la historia, que aunque sabida de cuantos me oyen, nos debe siempre ser muy dulce el repetir: mas esto seria salir fuera de mi propósito, y trastornar el orden establecido en este recinto sagrado. Disimúleseme, no obstante, el que en la efusión del gozo, de que mi alma se enajena, al ver llegar con pasos tan rápidos como majestuosos, el día grande de n da el justo homenaje de mi gratitud a esos ínclitos y valientes ciudadanos que supieron comprarnos con su ilustre sangre un bien tan inapreciable: ellos serán sin duda, tan firmes defensores de la Constitución y las leyes, como lo fueron

---

de la independencia y de la Libertad. Sin éstas no hubiera nacido la Patria; sin aquéllas, su existencia sería tan precaria como la de un meteoro.

Continuando las explicaciones de que he sido encargado, diré que la Comisión al redactar el proyecto en discusión se propuso expresar en él todo lo que esencialmente debe contener una buena Constitución, a saber:

1º La declaración de los derechos que se reservan los ciudadanos, señalando el modo y condiciones de su asociación;

2º Designar la especie de gobierno que eligen los asociados;

3º y último, arreglar la distribución de los poderes políticos, señalar sus límites y extensión, marcar sus órbitas para que no se choquen al paso que obren con independencia, y decir la forma en que se quiere que sean ejercidos.

La Comisión ha apurado sus cortas ideas en el desempeño de estos importantes objetos, contrayéndose a ellos con todo el celo y eficacia de que ha sido capaz.

En cuanto a los derechos reservados a los ciudadanos, ellos se ven diseminados por todo el proyecto. Entre otros muy apreciables, me fijaré solamente, para no ser tan difuso, en el de la Libertad de Imprenta, esa salvaguardia, centinela y protectora de todas las otras Libertades: esa garantía, la más firme contra los abusos del Poder, que pueden ser denunciados inmediatamente ante el tribunal imparcial de la opinión pública y en cuyo elogio dice un célebre publicista de nuestros días, que mientras un pueblo conserve intacta la libertad de la prensa, no es posible reducirlo a esclavitud: este insigne derecho, lo vemos con otros. consignado en nuestra Carta Constitucional.

---

La forma de gobierno no ha ofrecido grandes dudas a la Comisión. Ella se ha dejado arrastrar gustosamente del torrente de la opinión pública, pronunciada desde muchos años atrás por la universalidad de nuestros conciudadanos de un modo tan uniforme y franco. Así es que no ha trepidado en proponer que adopte la del representativo republicano como se ve en la Sección 3. Esta es la de todas las Repúblicas libres de América, admitida sin esfuerzo y con aplausos, cual si fuese inspirada por un sentimiento natural.

La división y separación de los Poderes, el fijar sus atribuciones y el modo de desempeñarlas, es lo que realmente ha exigido a los miembros de la Comisión, un trabajo muy superior a sus débiles fuerzas. Ellos han meditado, han conferenciado, y han hecho cuanto en sus circunstancias podían hacer para aproximarse, ya que no pudiesen llegar al acierto. La delegación del ejercicio de la soberanía de la Nación en los tres altos poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, se encuentra especificada en el artículo 14.

El primero tiene la voluntad, el segundo la acción y el tercero la aplicación. Aquel se presenta organizado por dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores. Aquí está el principal escollo, que la Comisión se ha esforzado en evitar. Ha procurado tener a la vista las Constituciones más liberales, y las más modernas, para tomarlas por modelo en todo aquello que fuese más adaptable a nuestra situación. Ha observado que las más de ellas se resienten de un cierto espíritu aristocrático en la formación de la Cámara de Senadores, que han deseado sirva como de cuerpo intermedio, para contener las aspiraciones de los otros Poderes. La Comisión ha encontrado estos principios algo disconformes con los sentimientos más generales de este país, y

---

---

por lo mismo es que sin dejarle de dar respetabilidad y circunspección al Senado, exigiendo mas exquisitas cualidades en sus miembros, le da simultáneamente más popularidad, circunscribe su duración, y en lo demás apenas le deja el nombre de esos cuerpos aristocráticos que establecen otras Constituciones. Tal vez esto no sea lo mejor, ni lo mas perfecto; pero la Comisión encuentra ser lo más adecuado al voto general de nuestros conciudadanos, esperando con docilidad se le hagan observaciones que ha deseado en los papeles públicos, para reformar en este punto ~~1.30 en otro cualquiera.

El Poder Ejecutivo en una sola persona con los Ministerios respectivos, acaso no presentará mas reparo que el que se ha oído privadamente, de estrechársele demasiado la esfera de su acción. La Comisión cree que esto no es muy exacto. Al Poder Ejecutivo se le franquean todos los medios que puede necesitar para cumplir y hacer cumplir las Leyes. El nombramiento de sus empleados, la recaudación de las rentas, el mando de la fuerza armada; todo esto le incumbe privativamente, y es más que suficiente para llenar sus deberes. No podría, ni debería concedérsele más en un sistema de gobierno como el que se propone. La Comisión cree que no, y sin embargo lo presenta con un carácter de respetabilidad bien marcado. No hablemos de las garantías singulares, que se exigen en la persona que haya de desempeñar la Presidencia. La iniciativa que se le concede en todo proyecto nuevo de ley, o de reforma de las existentes; la parte que, por medio de sus Ministros, puede tomar en la discusión, y la facultad de deducir sus reparos, son, sin duda, prerrogativas de

---

un orden sublime, que haciéndose de ellas un uso prudente y circunspecto, traerán sin duda bienes inmensos.

En resumen: El proyecto presenta al Poder Ejecutivo tan fuerte como basta para hacer observar las leyes, conservar el orden y la tranquilidad pública en el interior, preservando al Estado de ataques exteriores; tan respetable cuanto debe ser un funcionario del primer rango, pero al mismo tiempo con todas las restricciones precisas para garantizar a los ciudadanos de que no abusará del Poder que se le confía.

El Poder Judicial, cuya completa organización se deberá a las leyes secundarias se ve en el proyecto constituido en tal independencia, que ella sola bastara ara aseguramos que no serán en lo sucesivo los hombres quienes nos juzguen, sino las leyes. **Si en este ramo, el mas difícil y complicado sin duda, podemos algún día conseguir la perfección, no quedará nada que desear para ver afianzada la libertad.** El proyecto presenta las bases de ese gran edificio; y siendo ellas firmes, no quedará expuesto a ruinas.

Para concluir mi exposición, que ya temo pueda cansar la atención de los señores Representantes, manifestaré que la discusión general, a que se ha puesto el proyecto, no puede ofrecer grandes embarazos, ni ocuparnos mucho tiempo.

Ella debe sólo versarse sobre la conveniencia o inconveniencia, oportunidad o inoportunidad de la Constitución. La Asamblea se halla íntimamente penetrada no sólo de lo conveniente y oportuno, sino hasta de lo importante y necesario que es ya constituir el Estado. Para expresarme con mas propiedad, diré que es



---

ya una obligación forzosa, de que no podemos desentendernos: nos ha sido impuesta por una estipulación solemne que respetamos, y en la que no fuimos parte a pesar de ser los mas interesados en ella. Apresurémonos, pues, Señores, a cumplir de un modo digno los votos de nuestros comitentes, llenos de ese fuego sagrado, que inspira el verdadero amor a la Patria; desprendámonos de todo sentimiento, que no sea el del bien y felicidad de los pueblos, cuyo pacto social vamos a establecer en su nombre. La Comisión, que ha sentido vivamente el que nuestros conciudadanos no le hayan favorecido con sus observaciones en este tiempo intermedio, repite que se prestará con docilidad a cuantas modificaciones o supresiones se presenten fundadas en el curso de la discusión, pues sus mas vivos deseos son los del acierto.

He dicho.

---

## Las pobres realidades del caudillismo:

En otra obra hemos señalado la importancia del documento literario en el derecho en general, y esto es especialmente cierto cuando nos acercamos a la historia del derecho.<sup>122</sup>

### FACUNDO IMPERIAL

Por Javier de Viana

A Martiniano Leguizamón.

No es fábula, es una historia real y triste, acaecida en una época todavía cercana, bien que sepultada para siempre; es una historia vulgar, un crimen común, sin otra originalidad que el procedimiento empleado para realizarlo; trasunto de los tiempos bárbaros y avergonzadores del caudillismo analfabeto y sensual, repugnante episodio de despotismo cuartelero que ya sólo puede revivir en las creaciones evocadoras del arte.

I

En la campaña del litoral, en casa de un rico hacendado, al finalizar la esquila. A la tarde se ha merendado en el monte bajo amplio cenador silvestre formado por apretadas ramazones de sauces y guayabos; la alfombra era de trébol y gramilla.; los adornos, 'tapices escarlatas de ceibos en flor, albos racimos de arrayán, guirnaldas de pasionarias y rubíes de arazá; la orquesta, cuatro guitarras que sabían gemir como calandrias cantando amores en el pórtico del nido al apagarse el sol; por únicos manjares, doradas lonjas del tradicional

---

<sup>122</sup>Véase Carlos Aparicio Introducción al derecho del Siglo XXI, capítulo Uno. Concepto de Derecho. Realismo Jurídico

---

asado con cuero.

Por la noche se bailó en la sala de la estancia. Muchas parejas, mucho gaucho burdo, mucha criolla tímida; destacándose en el conjunto de rostros bronceados y de polleras almidonadas, Rosa, la morocha de ojos más negros, de labios más rojos, de cuerpo más airoso; entre los hombres, imponiéndose estaban Santiago

Espinel, comandante, comisario y caudillo, Facundo Imperial, joven, rico y buen mozo.

Ambos cortejaban a Rosa: ambos se odiaban.

Espinel era bajo y grueso; tenía estrecha la frente y pequeños los ojos, roma la nariz, carnosos los labios, copiosa la barba.

Imperial era alto, delgado, garboso; linda la cabeza de rizada cabellera, enérgica la aguileña nariz, algo pálido el rostro y de un rubio oscuro la barba muy sedosa y muy brillante; los ojos color topacio, tenían la mirada suave, aterciopelada, de las razas que mueren.

Rosa sentía instintiva predilección por el comisario, cuya insolente grosería emparejaba con las tendencias cerriles de su alma; pero sus veinte años elevaban mezclado con el simple aroma campesino, el acre perfume de una filosofía práctica. Rosa había estado en la ciudad; sus dedos habían gustado el voluptuoso placer de estrujar telas de seda sus ojos se habían deleitados en la contemplación de blondas de encajes, de pieles de plumas y de joyas, y en su imaginación flotaban indefinidos ensueños de riqueza y de lujo.

287. Como Imperial era rico y bueno, la criolla dudaba.

Esa noche en el baile, Facundo fue, desde el principio, su preferido. Espinel, furioso al verse desdeñado, no tardó en partir, yendo a cruzar campos en lo lóbrego de la noche, para mascar la raíz amarga de la derrota y rumiar la venganza.

Facundo quedó solo y triunfante. Rosa, un tanto mortificada al principio con la brusca partida del comisario, recobró sin demora su alegre frivolidad, extremando las amabilidades para con su cortejante

Y cuando éste tímido, trémulo, tartamudeante le dijo, casi al oído:

-- ¿Hoy también nos separaremos sin que me dé ese sí que. . . - ella lo interrumpió, exclamando:

- - ¿Está muy apurado?. . .

-- Siempre hay apuro en conseguir la felicidad..

-- Si la suya consiste en conseguir mi cariño, no necesita andar mucho.

---

---

--- ¿Entonces? ...¿me acepta?

--- Lo quiero, dijo ella simplemente, tendiendo la mano que el mozo estrecho con fuerza entre su ancha y ruda mano de paisano laborioso.

No vio Imperial que la mujer adorada ligaba su existencia a la suya, en pacto solemne, sin asomo de emoción; no vio la glacial, la humillante tranquilidad con que había resuelto el más fundamental problema de la vida. No vio nada. Cuando un hombre ama a una mujer, y esa mujer le dice: "¡Te amo! ¿Quién, se detiene a observar a analizar su semblante?... El amor solo entra en nosotros cuando la razón, centinela del espíritu, se queda dormida

288. Poco tiempo después Imperial y Rosa se casaron. El gaucho cesó de concurrir a las reuniones. Ya no cuidaba parejeros, ya había olvidado el naipe y la taba, y hasta descuidaba un tanto sus haciendas, para consagrar mayor tiempo a su adorada. Vuelto del trabajo sentábase junto a Rosa, bajo el toldo esmeralda de un venerable paraíso, y era aquel su paraíso.

Mientras su mujercita cebaba el amargo, él recostaba la cabeza en el seno opulento, y su mano callosa jugaba con la larga y negra trenza. Las tiernas frases, expresión de su cariño y de su dicha, se formaban sin adquirir sonido. En las sombras tibias del crepúsculo, en el silencio infinito de la campaña, su alma se adormecía, sus labios buscaban los labios de la morocha, y su corazón latía despacio, con la inefable tranquilidad del obrero que ha concluido su trabajo y reposa.

-- ¡Prenda! -- murmuraba el gaucho.

- ¡Vidita! - exclama ella besándolo.

- ¿ Me querés mucho?

- ¡Bobol! . . .

289. Y las sombras se iban espesando, un toldo plomizo sustituía al dosel azul; el paraíso suavizaba sus contornos, se apagaban los rumores y dulcísima paz acariciaba el alma del paisano.

Diez meses habían transcurrido así, cuando una tarde se presentó de improviso el comisario. Facundo empalideció, presintiendo una desgracia; pero el caudillo sonriendo mansamente, le tendió la mano, y le dijo:

- Buenas tardes, amigo Imperial y la compañía. . . ¿ No interrumpo ?

Rosa se emporpuró. Facundo ofreció una silla. El comisario se sentó, aceptó un mate y durante un tiempo habló de cosas indiferentes y sin importancia.

Después, poniéndose de pie, dijo con acento extraño:

- Siento tener que molestarlo, amigo Imperial, pero el jefe lo manda llamar.

---

---

-¿A mí? . . . ¿Para qué?

-'No afirmo, pero colijo que sea por cosa de elecciones.

- Está bien, mañana iré - respondió Imperial..

Espinel se despidió y partió.

Facundo no durmió esa noche, luchando con un enjambre de ideas negras y pesadas como nubes de tormenta. Rosa también padeció inquietudes. Se levantaron de madrugada. Pronto a partir, Imperial tomó en sus brazos a Rosa

y

'la besó apasionadamente en la boca y en los ojos, exclamando con acento triste:

- No sé por qué temo que algo malo me espera.

- No seas tonto. ¿Qué te va a pasar?

290.-N o sé - replicó Facundo, y al fijar sus pupilas leales en las pupilas oscuras de

su amada, le pareció advertir que su amada no experimentaba pena alguna con su partida.

Tornó a besarla, y notando que las lágrimas amenazaban afrentar sus ojos varoniles, montó a caballo y partió a galope, sin volver la cabeza.

Al llegar a la Jefatura de Policía, el coronel lo recibió afablemente y lo convidó a comer, pero esquivó todas las explicaciones que Imperial solicitaba con insistencia. Concluida la cena el jefe díjole:

- Usted debe estar cansado; vaya a acostarse y mañana charlaremos.

El paisano intentó protestar; pero el coronel impuso silencio, ordenando al oficial que estaba al lado suyo:

Acompañe al señor.

Lo condujeron al fondo del edificio, hacia una pieza sin luz. Facundo, receloso, se detuvo en el umbral de la puerta. El oficial que le acompañaba, dióle entonces un violento empujón, y antes de que el gaucho hubiera vuelto de su asombro, varios soldados le cayeron encima, agarrotándole.

291.I I

Esa misma noche, cargado de cadenas como un bandido peligroso, lo llevaron en compañía de una veintena de infelices, a cuartel de infantería situado en ciudad próxima.

Al día siguiente le cortaron el pelo, le afeitaron y lo obligaron a trocar su traje civil por el uniforme de soldado de línea, sin que él opusiera resistencia, atolondrado como estaba con la insólita, inexplicable aventura. Pero cuando se

---

---

vio uniformado, dándose cuenta de que había dejado de ser un hombre libre, cuando contempló los muros siniestros de aquel cuartel famoso, la reflexión comenzó a obrar, descubriéndole la terrible verdad.

Lo habían cazado, y en adelante sería uno más entre los infelices "voluntarios", como con sangrienta ironía se les llamaba en esa época.

¡Lo habían cazado!. . . Pero ¿Por qué?

En las razzias enderezaban al gancho pobre y desvalido; cuando un individuo de alguna significación se hacía sospechoso, en vez de encerrarlo y hacerlo marcar el paso, se recurría medios más expeditivos.

Luego, él, rico, considerado, sin enemistades de política, por cuanto nula casi fue siempre su actuación en ella, ¿Obedeciendo a qué causa lo humillaban así? .

.  
292.La clave del enigma estaba cercana, y bastóle a Facundo evocar un nombre para

aclarar el misterio: ¡Espinel ! . . . . Espinel, herido en su orgullo de hombre, de comisario, de comandante y caudillo, abusando de su poder y de su influencia para realizar la más atroz venganza!

¡Ah, miserable!. . . - exclamó Imperial y de inmediato otra idea, más dolorosa y mas terrible nació en su espíritu; ¿si Espinel le hubiera hecho aherrojar para...? ¡No, no ! imposible! . .

¡Rosa se dejaría matar antes de ceder a tan infame propósito!. . .

En ese estado de ánimo se encontraba cuando un sargento, un negro y fornido, entró y le dijo con voz áspera y conminatoria:

- ¡A la estrucción! . . .

El gaucho observó al sargento, quien, muy marcial dentro del uniforme de brin blanco y almidonado, lo miraba impassible, frío, sin una expresión en su rostro de ébano.

El cautivo salió, andando, inseguro, obedeciendo sin saber por qué.

En la espaciosa plaza de armas estaban ya, formados en pelotón, sus veinte compañeros de infortunio. Un cabo, armado de una vara de membrillo, les hacía marcar el paso.

293.Y la vara funcionaba, cimbrándose sin piedad sobre las piernas de los reclutas,

quienes inclinaban la cabeza, humildes, rendidos de antemano, sometidos y resignados a los vejámenes.

En cuanto a Imperial, la contemplación de aquella escena le encendió el rostro

---

---

en un borbollón de grana, y al ordenarle el sargento, ¡ firme!, él echó un pie atrás, sacudió la cabeza con ademán de gaucho bravo dispuesto a jugar la vida, y, rabioso, escupió una palabra fea.

Rápidamente, el sargento armó la bayoneta, pero en ese mismo instante un capitán, que cruzaba el patio y que había visto y oído, corrió, espada en mano. Bajo, grueso, trigueño, el quepis inclinado sobre la oreja y como incrustado en la crespada melena de mulato, un hombro alzado, caído el otro, entornados los párpados, desdeñoso el labio, el capitán gritó con voz nasal:

- ¿Qué dice ese sarnoso? . .

Facundo, pálido de coraje, fulgurantes los ojos, respondió:

-- ¡Digo que quiero hablar con algún jefe, que quiero saber por qué me han traído aquí, a mí que soy un vecino, un estanciero! -Y luego en un arranque de orgullo agresivo: - ¡Tengo tres leguas de campo y mas de seis mil vacas. . .

- ¡Seis mil palos te vi' atracar yo, trompeta! replicó el oficial; y uniendo la acción

a la amenaza, descargó un hachazo feroz sobre la cabeza del rebelde que se desplomó ensangrentado y sin sentido. Sin compasión, sin misericordia, el bárbaro continuó dando palos, hasta cansarse el brazo. Entonces ordenó:

- ¡Cepo colombiano! . .

294.Unos cuantos soldados presentes cargaron con la víctima, conduciéndola al calabozo donde habría de someterse al castigo decretado.

Los reclutas habían presenciado horrorizados la rápida escena. El cabo instructor gritó:

- ¡Vivo! ¡vivo! . . ¡Un dos, Un dos, dos, dos... -- y la vara de membrillo continuó cayendo, inclemente sobre las piernas, sobre las espaldas, sobre las cabezas de los desdichados que marcaban el paso sin una protesta, sin ánimo de -rebelión, perdida la conciencia de hombres libres.

295.I I I

Durante todo el día y durante toda la noche permaneció Facundo en el cepo colombiano.

Al concluir la tortura, su cuerpo ardía, sus, sienas latían con fuerza, los ojos tenían reflejos metálicos, los labios estaban descoloridos y resecos. Hubo que pasarlo a la enfermería.

El médico diagnosticó una fiebre grave; sin embargo, la robusta constitución del gaucho se impuso, y pocos días después entraba en convalecencia. Cierta tarde, el soldado que le llevó el rancho, preguntóle afablemente:

---

- ¿Cómo sigue don Facundo? . . .

El prisionero volvió la cabeza, extrañado de que lo llamasen por su nombre, y más extrañado aún de escuchar voces afables en aquel sitio que comenzaba a considerar como un infierno, donde todos los rostros expresaban odios y donde todas las palabras traslucían rencores. El soldado comprendiéndolo dijo :

- Soy Lucas Ríos, de Pago Chico.

-- ¡Ah!

- Si en algo puedo servirlo. . .

Lucas Ríos había sido peón de Facundo: lo conocía era un paisano bueno y leal a quien en cierta ocasión había prestado un servicio importante.

-- Gracias, amigo, -- contestó con evidente emoción; y luego :

- Si pudiera conseguirme con qué escribir una carta. . .

-- ¡Cómo no!. . . ¡Y llevarla ande quiera también!. . .

4 Al correo, no más.

296.- Aurita güelvo.

A poco volvió, efectivamente, y merced a su buena voluntad, Imperial pudo escribir y enviar a su esposa, a su inolvidable a su siempre amada Rosa, la carta que sigue:

"Mi china querida: Ya sabrás que me agarraron como malevo y me metieron en un cuartel lo mismo que pudieran hacer con cualquier gaucho de maletas, vago y bandolero. Yo sé quien fue el autor de la artería: uno que te codiciaba, mi prenda y que, en su despecho, quiso hacerme pagar muy cara la dicha de guardarte en mi rancho y vivir en tu corazón. Maniado como oveja me trajeron al cuartel, me vistieron de tropa y un mulato con galones intentó afrentarme. No pude defenderme, no tenía armas; me golpearon, me apalearon. ¡ Me apalearon, mi vida, me apalearon, a mi, a tu Facundo!. . . Me dejaron sin sentido y he estado en cama, medio por morirme no sé cuántos días.

Lo que sufrí no lo sabrás nunca, porque es imposible explicarte el entrevero de penas que estuvieron mordiéndome el cuerpo y el alma. . . Ahora empiezo a criar

fuerzas y, siempre pensando en vos, mi chinita querida, voy empollando el desquite.

Me han humillado, se han limpiado las manos en mí Yo siempre fui bueno y tranquilo; vos lo sabés y todos lo saben en el pago; pero Facundo Imperial no es perro manso que se agacha si lo castigan.

¡Todavía me arde la marca y la sepultura está esperando al bandido que me

---



---

sableó indefenso.

297. Ya lo he pensado bien, en las largas noches sin sueño, pasadas en este cuarto, solo con mis dolores y mi vergüenza. Lo matará al indigno, lo mataré infaliblemente; pero eso será mas luego. Antes tengo que arreglar otras cuentas.

En seguida que esté sano me ingeniaré para ganar la puerta, desertarme y volver al pago en busca de Espinel. Lo encontraré, lo encontraré, aunque se meta en la tierra y cave como peludo; y entonces, mi vida, entonces, a pesar de ser grandote, icuerpo le va a hacer falta para recibir puñaladas!... ¡Por algo se ha

de desgraciar un hombre, y yo te aseguro que a ese sabandija, cobarde y traicionero, lo dejaré muy pronto con la panza hacia arriba y las achuras de afuera, para evitarles trabajo a los caranchos y a los chimangos!...

Después te alzaré en ancas de mi tordillo, te llevaré muy lejos, donde Dios quiera ampararnos, te esconderé en pagos ajenos, te guardaré muy bien, estrellita mía, y volveré para concluir mi venganza ¡Porque mientras viva uno solo de los miserables que me humillaron, tendrá vergüenza de decir que soy hombre.

¡ Adiós mi vida, mi flor de Ceibo, mi lindo lucero!"

298. I V

Transcurrió un mes. Facundo Imperial marcaba el paso junto a los otros reclutas, y, como ellos, aprendía el ejercicio al rayo del sol, en el amplio patio del cuartel.

En apariencia sometido, estaba a la espera del momento oportuno para huir, conservando vivas en el alma las altiveces y los rencores acumulados durante el afrentoso cautiverio.

Y así, en resignada expectativa, pasó otro mes. Sus compañeros empezaron a tener puerta franca ; pero para él no se abría nunca aquella puerta maldita. Los demás iban amoldándose a la suerte; en cambio, Facundo enflaquecía, languidecía, consumíase lentamente requemado, por las ansias de vengarse y el deseo de volver al pago.

Pasó otro mes. Era un sábado. Se había pagado a la tropa y se había dado puerta franca; casi todo el batallón se lanzó a la calle en busca de aire, de luz, de libertad, de bajos e innobles placeres que hicieran olvidar momentáneamente los diarios sufrimientos de sus existencias de esclavos en la

---

---

ignominia cuartelera.

Solo para Facundo no tenía tregua el encierro. Nunca una licencia, jamás una salida, ni aún para las guardias fuera del cuartel: se le guardaba con precauciones, como a una bestia peligrosa.

Ese día su corazón rebosaba amargura.

Cuando todos hubieron partido, cuando se vio solo 'en el inmenso patio rodeado de murallas, cuando observó la Única puerta guardada por bayonetas, sintióse

299. ahogado por una tristeza infinita. Más que el deseo vehemente de vengarse,

más que el deseo ardoroso de ver a su mujercita, fue In nostalgia del pago, extendiéndose en espeso nublado por su espíritu, El recinto del cuartel, no obstante su amplitud, aparecíasele con estrechez de celda, en la cual sus pulmones, habituados al derroche de aire y luz en las inmensidades camperas, trabajaban con fatiga. Flaqueó su energía, una lágrima humedeció, sus ojos. . .

Por largo rato anduvo errante, fumando con vicio, baja la vista, el cuerpo encorvado y el pensamiento distante, muy distante, recorriendo los llanos y las cuchillas, las cañadas y los arroyos de la comarca nativa, o durmiéndose a la sombra del frondoso paraíso del patio de su estancia, junto a Rosa, sol de sus días, luna de sus noches, estrella del rumbo en el viaje de la existencia. . . Sin duda alguna el sufrimiento iba desgastando rápidamente sus energías orgullosas.

Sólo así podía explicarse que se acercara a un grupo de oficiales reunidos bajo el corredor del cuartel y que, cuadrándose y haciendo la venia, dijese:

- Mayor. . . 'Vengo a pedirle que me dejen salir siquiera una vez. . .

Los oficiales lo miraron con asombro.

¿Quién es este idiota? - preguntó el Jefe.

Imperial respondió, humildemente, sin experimentar el ardor de la bofetada:

-- yo soy un vecino bueno, señor; no he hecho mal a nadie, se me trajo por maldad, tengo familia, señor; no he cometido ningún delito.

El mayor lo miró fijamente y dijo:

300.- ¿Tenés mujer? ...

- Sí señor.

- ¿Es linda?

Imperial comprendió y enrojeció de indignación. Le castañetearon los

---

dientes, se le inyectaron de sangre las conjuntivas, tembló todo y respondió con

voz ronca :

-- ¡Es linda y es mía!... ¡Es mía como el ganado de mi señal y los caballos de mi marca!... Vos, ¡canalla!, no has de tener... ¡ni padre!...

Jefe y oficiales pusiéronse de pie echando mano a las armas. El primero gritó:

- ¡Cabo cuarto! y cuando aquel llegó presuroso, acompasado de dos soldados, agregó, serenado ya :

-- Lleven ese hombre al calabozo y delen cincuenta azotes.

Facundo no intentó resistir: sus fuerzas físicas y morales estaban agotadas. Se sometió; lo llevaron y soportó resignadamente el tormento. ¿Que había de hacer el infeliz? ¿Qué puede hacer un hombre a quien le cae encima una montaña o lo arrastra un río desbordado? . .

301.V

Pasaron dos meses más, y Facundo escribió a su esposa una segunda carta concebida así:

"Mi prenda querida: Hace cerca de medio año que me tienen encerrado; en todo ese tiempo no he salido a la calle ni una sola vez; y no te imaginas como es triste

tal vida de galpón para un potro como yo. ¡No sé porqué me muestran tanto rigor; no sé; por qué me queman con la marca tan sin piedad! . .

- El coronel me prometió darme salida un día de éstos.

Me dijo que no se me dejaba salir temiendo me desertase. He contestado que no. ¿Adonde voy a ir? Protesto y no me creen. El coronel es bueno, no me trata mal, pero desconfía, a pesar de que yo, sin renunciar a mis propósitos, trato de ocultarlos, convencido de que solo la astucia puede ayudarme en este trance. Será lo que Dios quiera. Adiós mi amada, muy amada". . .

Ya Imperial era un soldado hecho; ya no se mostraba tan huraño; hablaba con los camaradas, en ocasiones aceptaba un trago de caña y a veces reía. La barbara disciplina del cuartel había quebrado su carácter altanero, su soberbia gaucha.

Las humillaciones diarias, los repetidos insultos, los continuos castigos, habían concluido por domarlo. Carcomida la dignidad, coraza mortal, la moral se

302.destruía precipitadamente, como se destruye una muela después de averiado el

marfil protector.

---

---

Llegó a ser, al igual del mayor número, un esclavo sometido. Pero así y todo no le dejaban salir. Ahora, mordido en lo hondo por la degradación progresiva, la idea vengativa había casi borrádose en su mente; apenas le atormentaba el recuerdo de la esposa ausente, de la fortuna secuestrada, de la vida antigua de señor rico en pago propio. Al oír, en el crepúsculo de la cuadra, las relaciones de los camaradas cantando sus divertimientos durante las veinticuatro horas de

franquicia, la envidia le roía el pecho, desesperado por salir, por beber con ellos el duraznillo en el almacén de la esquina, por echar con ellos una moneda de cobre en el cuadro de una ruleta, por amacarse como, ellos, en las danzas lascivas de una academia, por gozar, como ellos, la embriaguez consoladora de las negras abyecciones. . .

Salir,- aun cuando fuese por un rato, abandonar siquiera por una hora la terrible cárcel, llegó a ser una obsesión en Facundo. Venciendo las últimas resistencias del amor propio, se atrevió un día a solicitar humildemente del coronel un permiso de salida. El jefe contestó con sequedad : --NO.

-- Pero señor -- balbució Imperial --

vea que hace un año que me tienen encerrado.

¡Déjeme salir un ratito no mas!. . .

- ¡He dicho que no, retírate!

Facundo insistió :

303.- ¿Qué crimen tengo señor, para que me traten así?

- El de ser bobo con mujer bonita.

El gaucho enmudeció; púsose densamente pálido ; subióle algo amargo a la garganta, se le nubló la vista, resurgió el orgullo y tornó a salir a flote la dignidad adormecida a palos.

-- Miserables!- Exclamó.

Y ante el asombro del jefe, repitió:

-¡Miserables!... ¡Sí, miserables! ¡bandidos! ¡Verdugos! ¿todos ustedes!...

Cinco minutos después, Imperial golpeado y maniatado era conducido al calabozo, de donde debería salir la madrugada del día siguiente para sufrir el inquisitorial castigo a que lo había hecho acreedor su incalificable insubordinación.

Al venir la aurora, el batallón estaba ya formado en cuadro en la plaza de armas.

Reinaba un profundísimo silencio, y entre aquellos cuatrocientos hombres más o

---

---

menos envilecidos, ningún labio se atrevía a sonreír.

Imperial, custodiado por cuatro soldados, llegó hasta el medio del cuadro.

Trajeron una silla; el coronel hizo su entrada, se sentó y cruzó la pierna.

Cuatro reclutas llegaron llevando un poncho patrio, que tendieron en el suelo; otro apareció con un balde de salmuera; dos soldados siguieron cargados con haces de varas de membrillo.

Todos estos preparativos realizábanse en medio de un silencio absoluto, siniestro, casi fúnebre. Hacía frío, el aire estaba inmóvil; escasa claridad  
304. Llegaba hasta la plaza de armas, y los soldados rígidos, mudos, el arma en descanso, parecían hileras de peñascos sombríos.

A una señal del jefe adelantaron diez cabos que se abrieron en dos filas.

Imperial despojados de sus ropas, fue llevado allí obligado a acostarse, boca abajo, sobre la bayeta roja del poncho patrio. Los cuatro reclutas lo sujetaron de pies y manos. Entonces el coronel sacó del bolsillo de la blusa un cigarro habano, le quebró la punta con los dientes, escupió el fragmento y con voz imperativa, ordenó:

-¡Rompan Diana!

Luego, encendió, el puro, aspiró una humada, y dijo:

- ¡ Rompan el castigo !

El primer cabo de la derecha, hincó una rodilla en tierra, apoyó el codo de la diestra sobre la otra rodilla y la vara de membrillo se alzó, silbó y cayó sobre las carnes desnudas. La víctima lanzó un grito se encogió forcejando inútilmente por escapar a los reclutas que le tenían amarrado. El cabo, después de descargar rápidamente los diez azotes reglamentarios, se levantó cediendo el sitio al contiguo.

Facundo se revolvía desesperado, mientras las varas caían incesantemente, rítmicamente sobre las carnes maceradas.

Y los gritos, los rugidos, las súplicas y las blasfemias eran apagados por la voz de bronce de los clarines y el sordo redoble de las cajas.

305. Por fin el coronel arrojó el cigarro. Era la señal: los verdugos suspendieron el

castigo; la diana cesó. Uno de los cabos tomó el balde de salmuera, y, con un hisopo de trapo, roció las carnes despedazadas de Facundo, quien yacía sin conocimiento.

En seguida el coronel se puso de pie, adelantóse hasta el centro del cuadro, y con voz tranquila, suave, paternal, como quien da un bondadoso consejo, dijo,

---

---

dirigiéndose a la tropa:

-- Que ésto sirva de ejemplo.

V I

Sólo después de transcurrido un mes pudo Facundo volver a las filas.

Pero ya no era Facundo: ya no quedaba de él nada del paisano noble y altivo, del hombre de vergüenza, del ser libre, consciente y amante de su derecho. Olvidó que tenía campos y haciendas ; olvidó hasta la mujercita tan entrañablemente adorada. Las heridas abiertas en su alma por las primeras humillaciones, habían cicatrizado.

Ni recordaba la injuria ni pensaba en venganzas. Por el contrario, adulaba los jefes, se había hecho servil como todos sus compañeros de infortunio.

De tiempo en tiempo, muy de tarde en tarde, solía recibir cartas de Rosa; cartas breves, frías, indiferentes; frases de condolencia y protestas de cariño que sentía falsas, que no llevaban el mínimo calor de las almas que quieren

y padecen: Imperial sufrió; sufrió, pero disculpó, perdonó.

Andando el tiempo, Rosa dejó de escribir; Facundo mismo lo hacía muy de tarde en tarde, y sus cartas no tenían ya la vehemencia cariñosa de las anteriores. Su amor, como todos sus sentimientos, fue apagándose de una manera lenta y continua, en la disolución progresiva de su sentido moral. Si alguna vez recordaba sus campos, sus rodeos, sus caballos, el viejo edificio paterno, no lo hacía echando de menos los bienes perdidos, sino considerándolos como propiedad ajena, como algo que no había sido suyo y que le gustaría disfrutar.... Solía ocurrirle en las noches, tendido boca arriba sobre 307.la dura tarima de la cuadra, solía ocurrirle evocar el recuerdo de Rosa, solía

imaginársela en brazos de otro hombre, sin experimentar torturas.

Había aprendido a emborracharse, estaba iniciado en todas las infamias y en todas las degradaciones cuarteleras. Su existencia anterior no existía en la memoria. El embrutecimiento iba invadiendo cada día una nueva zona del cerebro.

Ya no sabía pensar. Su cuerpo holgaba dentro del uniforme; su rostro, demacrado, color ocre, mostraba los pómulos salientes entre. El hueco de las mejillas y el hueco orbitario; en el fondo de éstos, los ojos de córnea amarillenta parecían sin movimiento y sin luz como si se hubiese roto la

---

---

comunicación con el alma. El cabello comenzaba a ralearse y a blanquearse; surcos profundos marchitaban la frente y multitud de arrugas estriaban las sienes. Y, sin embargo, el cuerpo erguido, la cabeza alta, las piernas firmes, parecían no sentir extenuación

ni dolor. Su cuerpo, al irse secando, había concluido por perder la sensibilidad física, del mismo modo que su alma, corrompiéndose, había perdido la sensibilidad moral.

Pero el mal iba haciendo estragos y un día lo abatió, en un instante, de un solo golpe. Hubo que conducirlo al hospital.

Allí pasó muchos días, muchos días, humilde y resignado como una bestia enferma.

La monótona igualdad de sus horas fue turbada en la tarde de un jueves por un extraordinario acontecimiento, la inesperada visita de su mujer. Facundo la reconoció apenas. La encontró gruesa, vulgar, ajada y negra.

308. ¿Por qué había venido? .

Tomando, quizá su enfermedad como pretexto para divertirse en la capital que no conocía.

Esta suposición le hizo advertir que Rosa vestía un traje de seda y un elegante sombrero, no salidos, seguramente, de las torpes manos de las modistas del pueblo.

- ¿Cuándo viniste? - preguntó el enfermo, sin entusiasmo, sin emoción, olvidado en absoluto su pasado.

- Hace cinco días - replicó Rosa; y luego comprendiendo su aturdimiento, agregó:

- No vine a verte antes porque llegué algo enferma. ¡Con el viaje tan largo! Y ¡con

los disgustos! ¡los disgustos, sobre todo! . . . Además no tenía nada que ponerme; vos sabes lo que son las modistas de allá: unas mamarrachas.

Facundo sonrió tristemente. En otro tiempo le habría desgarrado el alma la impiedad de las palabras que escuchaba; ahora en su miseria infinita, tenía el alivio de una insensibilidad completa.

- ¿Viniste sola? - preguntó.

Rosa se turbó, se puso escarlata, tosió y dijo después:

-No; Espinosa me acompañó... El pobre siente mucho lo que te pasa y se ha comprometido a trabajar para que te suelten.

Enseguida, recobrando el aplomo, empezó a bordar su mentira, explicando con

---

---

frases precipitadas, como el comisario le había ofrecido, muy respetuosamente, ¡eso sí! Asegurándole que él no tenía ninguna culpa, que estimaba mucho a su amigo Imperial y que estaba dispuesto a sacrificarse por servirlo.

El enfermo oyó todo eso con profunda indiferencia, como quien oye la narración de sufrimientos tan ajenos y lejanos que ni conmueven ni interesan.

Al cabo de media hora de charla vacía y necia, Rosa se levantó, pretextando una visita al médico.

- ¿No precisás nada?

- Nada, gracias.

Ella le tendió la mano, sin atreverse a darle un beso, y partió, haciendo crujir la falta de seda. Los demás enfermos sonrieron. Imperial cerró los ojos y quedó inmóvil en su deliciosa insensibilidad de bestia, que, cansada de trabajar, se siente morir sin dolores.

Durante un mes Rosa visitó con frecuencia a su marido; las primeras veces sola, luego cínicamente acompañada por Espinosa, cuya presencia no impresionó de ningún modo a Facundo. En una de esas visitas que eran cada vez más breves, Rosa se despidió la primera y salió. El comisario entonces preguntó al enfermo:

- ¿No precisa nada amigo Imperial?...

Ya sabe, si algo se le ofrece, ocupe al amigo, con confianza...

Facundo reflexionó. Su mujer no le había llevado en sus visitas el más insignificante obsequio; nunca fue capaz de dejarle una moneda, ni él de solicitarla, no por vergüenza, sino por timidez. Un momento permaneció indeciso; luego, con la impudicia de los seres miserables, hundidos en la crápula, saturados de ignominia, exclamó:

Si tuviera unos realitos... Pa' tabaco...



---

## LA JUSTICIA EN CHINA

Por Florencio Sánchez

---

En las naciones muy centralizadas suele pasar el derecho a segundo plano, perdiendo protagonismo en la estructura social.- Cuando esto sucede, puede llegarse a formar una simple oficina de legitimación de los requerimientos de los detentadores de la fuerza.-Este cuento de Florencio Sánchez, escrito por principios de siglo, puede dar una imagen aproximada de una organización social de esa naturaleza.-En distintas oportunidades, Florencio Sánchez utilizó el seudónimo de Jack the Ripper para firmar colaboraciones periodísticas. La que aquí se reproduce corresponde al año 1900 en El Sol. Julio Imbert la recogió en Florencio Sánchez Vida y creación, 1954.

Es sacada de Dardo Cuneo: Florencio Sánchez Teatro Completo. Editorial Claridad. 1922. Pags. 490 a 492.----

Los magistrados del Poder Judicial, son muy severos en la China, lo mismo que en todos los países civilizados.

En Pequín había un juez llamado Tio Kin, que era un modelo en el ejercicio de su ministerio. Sabía de memoria todos los códigos del Celeste Imperio, y recitaba todos los artículos de la ley con una precisión admirable.

Me parece que lo veo, sentado en su tribunal, con su fisonomía rechoncha, los ojos diminutos, a la moda del país; la cabeza afeitada y la coleta tiesa como un rabo de zorro.

Varios personajes rodeaban el estrado, y le ayudaban en la administración de justicia.

Sus fallos eran inapelables.

Cuando pronunciaba sentencia, el Secretario abría un gran libro amarillo, en el que estaban ya redactadas, para mucho tiempo, las fórmulas de la ley, y no había más que llenar los blancos, así como se llenan las matrículas de los peores conciertos en nuestras comisarías de Policía. Cierta día compareció ante

---

el juez un pobre chino, a quien se le acusaba de haberse robado y comido un huevo.

El magistrado se revistió de la mayor gravedad, y le interrogó así:

-Como te llamas

-Kin Fo.

-¿Por qué te comiste ese huevo?

-Porque tenía hambre.

-Pues bien: la ley es muy clara a este respecto. Escucha tu sentencia:

"todo el que robare alguna cosa, por pequeña e insignificante que sea, será

castigado con la pena de muerte", Artículo 31, del Código Verde. Te condeno a

la horca, administrando justicia, etc.

El secretario abrió el libro amarillo y llenó cuatro vacíos con estas palabras: Kin-Fo-Huevo-Horca.

El reo dio un golpe sobre la mesa, para llamar la atención del juez, y le mostró una pluma de pavo. Era la insignia de los mandarines. El reo era, pues, un Mandarín, y esto no lo había advertido a tiempo el magistrado.

El doctor Tio Kin, se rascó la cabeza, como hombre que no sabe qué hacer, y al fin dijo:

-Estas leyes del Celeste Imperio son tan intrincadas, que bien puede dispensarme el señor Mandarín que está presente, acusado por una pequeñez, el que medite un momento sobre su causa.

Meditó un rato el chino, o hizo que meditaba, y declaró que, aunque la ley hablaba del robo en general, no encontraba en ella ningún artículo referente al robo de huevos, lo cual significaba: que no había castigo alguno para esa falta, y, en consecuencia, administrando justicia, etc., le declaraba absuelto.

El secretario volvió a abrir el libro amarillo, tachó la palabra Horca, puso Absuelto.

¡Con qué facilidad se hacen estas cosas en la China!

El juez, entretanto, se decía para su coleta: ¡Qué plancha habría hecho yo si hubiera condenado a ese Mandarín de tres colas!

Aún no se había retirado éste del juzgado, cuando fue acusado también de haberse robado la gallina que puso el huevo anterior.

El magistrado sudaba de frío. ¡Ya el delito era mas grave! ¡Cómo transigir!

---

---

Sin embargo, muerto de miedo, escarbó el código y encontró un artículo que decía: "Al que se apropiare de animales ajenos, como gallinas, patos, cerdos, etc., se le cortará la cabeza".

El reo confesó su delito, con gran disgusto del juez, que hubiera querido que lo negara.

¿Qué hacer, pues? La ley era terminante; Tío Kin, recordaba que algunos mandarines, habían sido ajusticiados en otra época, y aunque la mano le temblaba un poco, firmó la sentencia.

Pero, al levantar la vista, observó con asombro que el reo tenía pendiente del cuello el botón de cristal, símbolo de los grandes chambelanes del imperio.

Inmediatamente se pusieron todos de pie ante el sindicado y le saludaron con el mas profundo respeto. Sólo el secretario, que era algo miope y estaba ocupado por la tercera vez en enmendar la sentencia, demoró algo en levantarse y doblar el espinazo.

Pasado el primer momento de sorpresa, volvió el juez a registrar el código, estudió mejor el plazo y declaró, citando en su apoyo la opinión de notables juristas chinos, que aquello de "se le cortará la cabeza", que constaba en la ley, se refería únicamente a la cabeza del ave robada, nunca a la del ladrón, por lo cual suplicaba a éste tuviera la bondad de decapitar a la gallina, para satisfacer a la vindicta pública.

El secretario se puso los lentes, abrió el libro amarillo, borró y escribió por la cuarta vez.

-Pero, es el caso -exclamó el reo, sacando la corona de príncipe imperial y poniéndosela en la cabeza-, que como el dueño de la gallina me impidiera despojarle de su propiedad, yo le maté en seguida.

El personal del juzgado le hizo una profunda reverencia, en tanto el portero, impuesto de lo que ocurría, corrió a izar la bandera amarilla, en el balcón del palacio, para que supiera el pueblo de Pequín, que un príncipe honraba la mansión con su presencia. Y cuando estuvo izada, vino trayendo el almohadón de seda y el dosel de púrpura para el hijo del soberano; pero ya éste salía gravemente de la sala entre dos filas de altos dignatarios encorvados hasta el suelo y precedido por el magistrado, que rompió la marcha tocando el gong. Sólo el secretario andaba algo rezagado, motivo de haber tenido que romper, cuidadosamente para que no se notara, la página 3.114 del libro de las sentencias.

---

Al día siguiente, cuando se instaló el tribunal, fue denunciado un vendedor de té, que no se había posternado cuando salía el príncipe del palacio de justicia.

Y, por supuesto, lo ahorcaron, porque la justicia es muy severa en Pequín.

-¡Qué cosas que pasan en la China! dirán mis lectores.

-Sí -digo yo-; parece que pasaran aquí.

---

\* \* \*