

Deberes Sociales: La justa distribución de lo superfluo

Por el R. P. RUBEN VARGAS UGARTE, S. J.

ex Rector de la Pontificia Universidad del Perú.

La sociedad debe al Cristianismo una concepción de la propiedad más en armonía con el bien común y más humana, en el amplio sentido de esta palabra. En esta parte, como en otras muchas, el Evangelio se constituyó en defensor de los desafortunados, que eran los más, y tendió a establecer un orden social más justo, mediante una mayor difusión de la riqueza. Al concepto individualista con exceso y ególatra de la propiedad que se forjó en el paganismo, reemplazó el concepto altruista y benéfico de la doctrina de Cristo (1). Con el Renacimiento empieza a perder la propiedad su carácter social y gradualmente se llega al siglo diez y nueve, cuyo liberalismo económico patrocina la tesis individualista de la propiedad y desata en consecuencia la lucha de clases. Por natural reacción, el comunismo suprime la propiedad privada, atribuyendo a ella el malestar social, apartándose de la verdadera solución tanto o más que el sistema de donde se deriva y subvirtiendo el orden social. "Por lo tanto diremos, con el augusto Pontífice Pío XI, hay que evitar cuidadosamente dos escollos. Como, negando, atenuando el carácter social y público del derecho de propiedad, por necesidad se cae en el llamado **individualismo** o al menos se acerca uno a él; de semejante manera, rechazado o disminuído el carácter privado

(1) Bueno es, sin embargo, advertir, que Aristóteles en su Política (Lib. 11, 5) se declara partidario de un régimen económico que ocupa un término medio entre el colectivismo y el **individualismo**, cuyos inconvenientes señala. Además, como ya lo dijo Rodolfo von Ihering, en su libro "Espíritu del Derecho Romano": "No se da ninguna propiedad absoluta esto es, desligada de toda consideración al bien común. La Historia ha cuidado de inculcar esta verdad a todos los pueblos". Por lo que, con razón, advierte el P. **Nell-Breuning**, que el derecho absoluto del propietario sin respeto alguno al bien común, es en realidad concepto extraño a dicho Derecho.

e individual de ese derecho, se precipita uno hacia el colectivismo o por lo menos se rozan sus postulados" (2).

La Iglesia Católica, maestra de la verdad, se ha mantenido en el justo medio. Ha reconocido siempre el derecho de todo hombre a poseer como propios aquellas cosas que son necesarias para la vida y también aquellas otras que sólo sirven para la comodidad y el regalo, pero al mismo tiempo ha señalado a la riqueza un fin social, el contribuir a acrecentar el bienestar de los demás. Es indudable que el régimen de la propiedad privada, por sí mismo y de un modo espontáneo y que podríamos llamar necesario, contribuye, al bien común y no puede menos de ser así, dad que dicho régimen es el más conforme a la naturaleza del hombre, pero, fuera de esta contribución indirecta, la propiedad debe contribuir **voluntariamente** al bien común, haciendo que sus semejantes entren a la parte en el uso de los bienes temporales.

En los primeros siglos no fué cosa fácil inclinar los ánimos hacia esa voluntaria dispensación de la riqueza, ya que a las tendencias egoístas de nuestro ser venía a añadirse la costumbre contraria. Y así se explica el que los Santos Padres hayan insistido tan repetidas veces y con tanta eficacia en inculcar los sentimientos de solidaridad y caridad cristiana. Para ello no vacilaron en asentar una doctrina que si bien no desconoce la propiedad individual, le señala también sus deberes y sus límites y convierte al rico no en señor absoluto de sus riquezas, sino más bien en pródigo administrador de esos bienes tanto en provecho propio como en provecho de los demás. La Iglesia ha sido la primera en hablar de los **deberes** de la propiedad. Ha afirmado este derecho a los que poseen bienes terrenos la obligación que les incumbe. No es otra la doctrina que en nuestros tiempos nos enseñan los Sumos Pontífices. Recordemos aquellas palabras de León XIII en la "*Rerum Novarum*": "Ellos (los bienes temporales), deben servir al perfeccionamiento propio, pero, al mismo tiempo, considerándose los ricos como instrumentos de la Divina Providencia, se han de valer de ellos en provecho de los demás".

Esta comunicación de bienes la exige, ciertamente, el fin que el Creador les ha señalado y, por lo mismo, hay casos en que la obligación de dispensarlos a otros, se basa en estricta justicia, pero, de ordinario, es otra virtud la que nos incita a ser generosos con nuestros hermanos. La Caridad, presea y distintivo del cristiano, es y debe ser el primer motor de la beneficencia. Ella puede llegar en esta parte aun al heroísmo, como lo vemos en aquellos fieles de la Iglesia Primitiva que iban a poner a los pies de los Apóstoles todas sus riquezas, a fin de que éstos las distribuyeran entre todos los miembros de la comunidad, pero están lejos de convertirse en regla estos actos de desprendimiento. Sería un error pensar que, según

(2) Encíclica "Quadragesimo Anno".—Con razón Mons. Jacques Leclercq, afirma que hoy los economistas conceden muy poca importancia al derecho de propiedad, en tanto que la Iglesia continúa defendiéndolo y la razón de esta divergencia no es otra sino el valor que la Iglesia concede a ese derecho, bajo el punto de vista humano y moral, en tanto que la economía prescinde de uno y otro concepto.

el espíritu del Evangelio, tal práctica constituye un régimen normal. No, la Iglesia ha condenado, por este motivo, como herética la doctrina de aquellos que como los denominados **Apostólicos** tenían por antievangélica a la propiedad individual y la hacían derivar del pecado de Adán.

Más aún, la Iglesia tampoco favorece la tesis modernísima de los Universalistas (3), para quienes la función social de la propiedad está por encima de su función individual. Para los tales el derecho a los bienes externos habría de definirse, como lo hace Orel: "el de disponer de ellos libremente para la propia utilidad y la de los demás, **conforme al derecho natural**" (4). Esta concepción del dominio vendría prácticamente a abolirlo, ya que el carácter distintivo de este derecho es precisamente el libre uso. Los universalistas incurren en un error al confundir el orden moral con el jurídico, pues si bien el uso de los bienes temporales ha de ser siempre honesto esto es ha de ajustarse a los principios de la sana moral, de allí no se sigue que el quebrantamiento de éstos indique a su vez una violación de la justicia. Lo moral, como sabemos, tiene mucha más extensión que lo justo.

En cambio, si la justa distribución de la riqueza no puede exigirse siempre en justicia estricta, a ella nos obliga la **justicia social**, en razón de la convivencia y por el fin mismo señalado por Dios a las cosas terrenas que no es otro que el **servicio del hombre**, tomado indistintamente. Pero, además, también nos obliga a ello la caridad, imponiéndonos el precepto de la limosna, urgente siempre y en muchos casos grave.

Para quienes se inspiran en una filosofía naturalista el nombre sólo de limosna resulta odioso. En su concepto hay que descartarla de plano, pues sobre no concederle valor alguno en el orden social, la juzga contraria y depresiva de la dignidad humana. Cuán lejos se hallan de la verdad nos lo dice claramente la razón y la experiencia. Baste recordar esta frase de d'Haussonville: "Si en nuestra sociedad cada vez más compleja se suspendiese por un sólo día el ejercicio de la caridad, sobrevendría una horrenda explosión de miseria y se alzaría un grito tal de dolo y de angustia que haría retroceder aun a aquellos mismos que pretenden abolirla" (5).

Pero téngase presente que la limosna es sólo una de las formas de ejercitar la caridad, es sólo un episodio dentro del vasto campo de su acción. Existen otras muchas formas de llevarla a cabo y, por consiguiente, de poner en práctica esa justa distribución de lo superfluo que pesa sobre los ricos. El socorrer al desvalido que nos tiende la mano o nos representa su necesidad es ciertamente un acto laudabilísimo y muy en consonancia con el espíritu de verdadera fraternidad humana, pero hay otras mil maneras **indirectas** de socorrer la necesidad de los pobres y de contribuir a mejorar la condición de los deheredados. Aunque no se le

(3) Son los sucesores de la escuela romántica alemana y el núcleo de ellos, residentes en Viena, reconoce como jefe al Dr. Eberlé.

(4) Recuérdese que La Tour du Pin definió ya de un modo parecido el derecho de propiedad.

(5) *Revue des Deux Mondes*, 1894, om. 124.

dé a estas formas el nombre de limosna, en lo esencial vienen a reducirse a ella, si, como debe ser, las inspira el amor a Dios y a nuestros semejantes.

Por esta razón nos referimos a ella en nuestro medio, mas, para inteligencia del lector, conviene extender su concepto y aplicar lo que de ella digamos a cualquiera utilización de lo superfluo en provecho de los demás. Esto supuesto, a fin de exponer con claridad y precisión nuestro pensamiento, ajustado a las enseñanzas de la Iglesia, resumiremos desde un principio las conclusiones que pretendemos demostrar, advirtiendo, además, que, dirigiéndonos a católicos, echamos mano de argumentos de la Escritura y de la Tradición, pues para ellos no pueden menos de tener gran valor.

I

1.—Dios ha impuesto a los ricos la obligación de socorrer a los pobres de lo superfluo; 2.—Esta obligación subsiste en las condiciones actuales de la sociedad; 3.—Es de suyo grave; 4.—Mas, como en cada caso particular no puede urgirse la gravedad del precepto, a menos que de ordinario se niegue alguno a socorrer a sus prójimos en sus necesidades graves y manifiestas; 5.—El cumplimiento de dicho precepto se ha de urgir no tanto por razón de la pena en que incurrirá el que lo quebrante, cuanto porque así lo exigen la ley de la caridad, la dignidad del hombre y la felicidad del género humano; 6.—Por tanto el Estado comete un abuso al intentar proscribir el ejercicio de la limosna; 7.—Yerran gravemente los que piensan ser su práctica contraria a la dignidad humana y al verdadero progreso.

¿Qué es limosna? Toda obra buena que hacemos al pobre por Dios, movidos a compasión a la vista de su miseria. ¿Qué se entiende por bienes superfluos? Aquellos de los cuales no tiene necesidad el hombre para vivir. Como esta necesidad puede considerarse con relación a la persona que posee dichos bienes o bien con relación al que carece de lo necesario, bienes superfluos absolutamente, son aquéllos que no son necesarios para vivir según la propia condición o estado y relativamente superfluos aquellos que, teniendo en cuenta la necesidad ajena, pueden considerarse como innecesarios. Por tanto, para determinar en concreto cuáles sean bienes superfluos, es necesario tener presente la condición de la persona que los posee, no lo que al hombre le basta en absoluto para vivir; pero también se ha de mirar a la necesidad del indigente, cuya miseria puede convertir en superfluos para nosotros lo que en otras circunstancias no lo sería. Como esta noción de bienes superfluos, es muy elástica y de ella no poco se abusa, es menester advertir que muchos dan el nombre de bienes superfluos a los que podríamos llamar, sencillamente, inútiles y aun nocivos. En esta parte la regla a la que se han de ajustar nuestras apreciaciones, no son la vanidad o la ostentación sino la dignidad y el decoro correspondientes a la clase a que pertenecemos. Que un ministro de Estado posea

uno o dos automóviles, 2 ó 3 criados, que vista con cierto lujo y disfrute de rica mesa, se comprende y nos parece justo que así sea, pero que a un burgués acomodado se le antoje gastar lacayos con librea y gaste en caballos y en perros lo que no gastaría un marqués y tenga abono en los mejores teatros, sólo por el capricho de darse tono, o que una señora no se contente con media docena de sombreros, sino que haya de estrenar uno por mes y en zapatos y telas consume lo que bastaría para que viviesen con holgura tres o cuatro familias de obreros, es cosa que pasa la raya de lo superfluo y se convierte a todas luces en innecesario, en fastuoso derroche y pecaminosa vanidad. No digamos nada de los que en un perro de aguas o en un gozquecillo faldero gastan lo indecible, prodigándoles los mismos cuidados que no alcanzarían a prodigar al pilluelo desarrapado y hambriento que se abalanza a la portezuela del coche a pedirle una limosna por Dios (6).

Pero, pasemos adelante. La limosna, según la hemos definido, supone dos cosas: primero que haya una necesidad que remediar; segundo, que a subveniría nos mueva la caridad, esto es el amor de Dios y del prójimo, en quien resplandece su imagen. Cualquiera de estos elementos que falte, la limosna deja de ser tal. No existiendo necesidad, la limosna podrá ser un obsequio, un donativo, una prueba de afecto y hasta un estímulo de la holgazanería, pero no un acto de caridad. No moviéndonos a practicarla la compasión que en nosotros causa la vista de la miseria de nuestro prójimo, a quien debemos el amor que debemos a Dios, la limosna podrá ser un acto de filantropía, un acto de desprendimiento, sin otro mérito que el de la honestidad natural que en él se encierra.

La limosna es pues, obra de misericordia y por tanto acto de caridad, que es la virtud que nos mueve a hacer el bien a los demás. No obstante, en el caso de que tratamos, o sea bajo el punto de vista de la obligación y considerándola como acto de precepto, la limosna, como advierte Santo Tomás (7), es imperada por la piedad. Interviniendo la obligación es fuerza que intervenga la justicia; ahora bien, la piedad es parte potencial de la justicia y a ella se refiere, en cuanto que nos inclina a prestar la reverencia debida a aquellos con quienes nos ligan los vínculos naturales de la sangre y de la patria. Mirada bajo este punto de vista, la limosna es no sólo un acto de caridad sino de justicia y como la piedad incluye la reverencia, ella también procede del afecto reverencial hacia el pobre.

Así entendida, la limosna crece en nuestra estimación y deja de ser un socorro prestado al mísero importuno para convertirse en una de las muestras más significativas del mutuo amor que debe existir entre los hombres, del aprecio que todos debemos hacer de la dignidad humana y transforma al que la practica en instrumento de la Providencia, que en frase de la Escritura hizo contradizos al pobre y al rico para bien y provecho de entrambos.

(6) Santo Tomás. Suma Teológica, (2^a 2^ae. q. 32 a. 5).

(7) Coment. al IV Lib. Sentent.

No todos, sin embargo, están de acuerdo en la conveniencia y necesidad de la limosna. Véase, si no, lo que dicen algunos pretendidos filósofos modernos. En sentir de los evolucionistas y transformistas, la limosna es un mal y el ejercicio de la caridad se ha de proscribir como se proscribía el ejercicio de todo aquello que tiende a favorecer el incremento de la miseria y de la degeneración de la raza. Según Darwin, la caridad "hace esfuerzos por prolongar la vida de los débiles cuando se les debía dejar perecer, a fin de obtener de este modo la depuración de la sociedad"; difícil, dice Spencer, y pone trabas al trabajo de eliminación natural que va privando a la sociedad continuamente de sus elementos nocivos. Otro tanto enseñan los socialistas, que consideran la limosna como una afrenta hecha a la dignidad del hombre y juzgan que las diferencias sociales no se han de nivelar, mediante el ejercicio de la caridad, sino por el reparto equitativo de los bienes materiales (8).

Todas estas doctrinas son consecuencia de los principios de la filosofía positivista y materialista de Comte, Nietzsche y Schopenhauer. Conocidas son las frases del segundo, por las cuales se deja entender cuál será su sentir acerca de la limosna: "Dejemos morir lo que está maduro para la muerte; tengamos el valor de no sostener a los que sucumben, antes bien procuremos empujarles para que caigan más aprisa". No menos crudo se muestra Schopenhauer, cuando dice: "El derecho a la vida es exclusivo de los fuertes y poderosos. En el género humano es necesario hacer una selección de sus individuos..."

Fruto de estas teorías es la práctica adoptada en algunos países protestantes y, por desdicha, importada también en algunos países católicos, por la cual se prohíbe o limita el ejercicio de la caridad pública, imponiendo graves penas a los que imploran el socorro de los demás en las calles y paseos y estableciendo un impuesto, (*taxe des pauvres*), con el fin de sostener las obras de beneficencia y de caridad para el auxilio de los menesterosos (9), ya, también incautándose de la administración de todas las obras benéficas, sostenidas por los particulares o con sus bienes, bajo pretexto de atender de un modo más eficaz y regular a las necesidades del pobre (10).

De aquí que en los países protestantes, sobre todo, se ofrezca el lamentable espectáculo de que se hacía en Ozanam, después de una visita hecha a los barrios bajos de Londres: Una miseria espantosa y sin esperan-

(9) Augusto Roger, en su obra: "La Question sociale á travers les áges", dice al respecto: "les causes de la misère sont trop á l'esprit de chacun pour les rappeler ici: tout le monde les connait, c'est le remède qu'il faut chercher pour faire oublier á tout jamais ce mot *Charité* qui est indigne de l'humanité, parce que la charité entretient la misère en ce qu'elle n'apporte qu'un soulagement momentané et surtout de trop peu de durée".

(9) En Francia, por ejemplo, existe un impuesto que grava las diversiones públicas en provecho de los asilos de indigentes, dispensarios, hospitales, etc. El monto del impuesto varía según la calidad del espectáculo y, sobre todo, de su condición de permanente o pasajero. Es una de las formas de intervención del Estado, lícitas sin duda, a fin de que los ricos cumplan con los deberes prescritos por la justicia social.

(10) Así lo hizo en la Argentina el Presidente Perón.

za de ser aliviada o reducida a sujetarse a las imposiciones del Estado que, como todos los estados modernos, no busca otra cosa en todo sino la utilidad.

Aun en países católicos se va introduciendo la idea de desterrar de la vida pública la mendicidad, prohibiendo en absoluto la limosna en las calles y conminando con penas pecuniarias a los infractores. Así, por ejemplo, un Alcalde de Madrid, no ha muchos años, dió una orden en este sentido y mandó que los mendigos fuesen conducidos a los asilos municipales y que los forasteros fuesen repatriados, encaminándolos a los Ayuntamientos de donde eran originarios. Tales medidas suscitaron, como es de suponer, la protesta de muchos, no sólo porque la cosa en sí lo exigía sino porque el remedio que se pensaba aplicar en este caso era sencillamente un grave mal para la clase menesterosa. Los asilos, en efecto, adonde trató de conducirlos, eran unos solares desprovistos de toda condición higiénica y en los que vivían amontonados, con serios peligros para la salud y la moral, toda suerte de individuos de todas edades y procedencias. Por lo demás, en la repatriación de los mendigos, se obraba con no escasa precipitación y lijereza, enviando a veces muy lejos del verdadero lugar de su nacimiento a los pobres, con las molestias consiguientes a las contraórdenes y largos viajes. Bien está que la autoridad vele porque los mendigos válidos no tomen la mendicidad como un oficio lucrativo o un medio de encubrir su holgazanería y en ambos casos el remedio no es otro que el facilitarles trabajo y obligarles a él, pero no se ha de llegar al extremo de proscribir el ejercicio de la caridad aún con aquellos que, por no poder valerse a sí mismos, necesitan del auxilio del prójimo. Esto no quiere decir que no convenga reglamentar la mendicidad, puesto que de ella como de otras muchas cosas en sí buenas se puede abusar. Así, por ejemplo, se ha de evitar que la ejerciten de ordinario los menores de edad o las personas que adolecen de alguna enfermedad contagiosa o los ancianos cuya vida puede peligrar en el tráfigo de las ciudades modernas o, finalmente, aquellos que por su edad y condiciones de robustez podrían fácilmente, trabajando, procurarse lo necesario y sólo mendigan por holgazanería y dejadez.

¿Qué se entiende por ricos? Visto lo que precede, no será difícil definir la clase de hombres a quienes cuadra el apelativo de ricos. Estos son los individuos que no sólo poseen lo necesario y aun conveniente, para atender con decoro a las necesidades propias y de su familia, ya sea que consideremos su estado presente ya también el porvenir, sino que además tienen de sobra para procurarse aquellos bienes y comodidades, sin los cuales se puede holgadamente pasar la vida y que sólo sirven para la ostentación, el bienestar o el regalo. Como se ve estas cosas no pueden medirse con una regla única ni se ha de reducir a una sola categoría a todos los ricos, sino que esta denominación se extiende más o menos, variando según los tiempos y las regiones.

Esto supuesto y entendidos los términos de que hacemos uso en nuestra tesis, podemos pasar a explicar cada una de sus partes.

II

1.—Dios ha impuesto a los ricos la obligación de socorrer a los pobres de lo supérfluo.

Las palabras de esta primera parte de la tesis no necesitan explicación. Como de los argumentos se desprende, teológicamente es cierta. Suárez llega a decir que es de fé, si la necesidad es común y del mismo sentir son Belarmino, San Alfonso y otros. El P. Bucceroni cree que se puede defender con probabilidad esta sentencia. Pasemos a probarla (11).

Dios crió todas las cosas para uso y provecho del hombre, dejando no obstante al ejercicio de la actividad humana la repartición y división de los bienes terrenos; quiso además que no obstante la desigualdad que entraña consigo este orden de cosas y que es imposible evitar, todos los hombres se amasen como hermanos y reinase entre ellos la debida paz y concordia, infundiendo en el ánimo del hombre el amor a sus semejantes y la inclinación a hacerles bien. Por consiguiente, so pena de perturbar este orden y de apartar de su fin natural las cosas criadas, es preciso reconocer que, anterior al derecho que cada individuo particular posee sobre ciertas clases de bienes, es el derecho de todos los hombres a usar de los bienes terrenos para satisfacer sus necesidades, porque esos bienes que originariamente fueron destinados al provecho común y por tanto negativamente no reconocían un poseedor determinado, secundariamente y accidentalmente han llegado a ser propiedad de tal individuo de donde se deduce que este derecho adquirido sobre ellos no debe perjudicar al primitivo derecho de todos los hombres, pues sería contra el orden señalado por el Criador. Luego si este orden exige que, en determinadas circunstancias, compartamos esos bienes con nuestros semejantes, a fin de que ellos no se vean privados de su uso, estamos obligados a hacerlo (12).

En segundo lugar, a la obligación natural viene a añadirse el precepto de la caridad, impuesto por Jesucristo a todos los hombres, el cual nos manda no sólo desear al prójimo todo bien, sino además hacer el bien que nosotros desearíamos se nos hiciese. Llenas están las Escrituras de exhortaciones a la práctica de la caridad para que los prójimos, pero bastará traer a la memoria aquellas palabras de San Pablo, en su carta a los Romanos, en las cuales, después de decirnos como todos somos miembros de un mismo cuerpo en Cristo Jesús y cada uno miembro del otro, nos incita a emplear los dones que hayamos recibido del cielo en beneficio de todos y, en general, a prestarnos en todo mutuo auxilio, como es justo que lo hagan los miembros de un mismo cuerpo. Otro tanto nos enseña en la carta Primera a los Corintios, en donde expresamente dice, que es razón que los miembros se compadezcan del dolor de uno solo como se alegran

(11) V. Sto. Tomás. Sum. Teol. (2^ae. q. 32 art. 5 — ibid. q. 66 6^a. 7).

(12) V. la Encíclica Rerum Novarum.

con el bienestar de cualquiera de ellos (13). Lo mismo repiten San Juan en su Primera epístola (14) y San Pedro (15).

Ahora bien, que este precepto se haya de entender no sólo de la caridad interna o de aquella que sólo acude al prójimo en sus necesidades espirituales, sino también de las temporales, se deduce no sólo de la generalidad del precepto, que nada exceptúa de la razón formal de la caridad, que es nuestro prójimo imagen de Dios y semejante nuestro, sino además de las palabras con que esta virtud se nos recomienda y en especial de aquella gráfica y pintoresca definición que nos dejó Cristo Nuestro Señor de cuál era nuestro prójimo en la parábola del buen Samaritano, así como de aquella sentencia del Apóstol San Juan (16): "Si alguno posee bienes de este mundo y viendo a su hermano en la indigencia no se moviese a socorrerlo en su interior, ¿cómo es posible que subsista en él el amor de Dios? (17).

I I I

Probada, pues, la obligación de socorrer a nuestro prójimo mediante la limosna, pasemos a considerar la naturaleza de esta obligación, pero antes convendrá decir algo acerca del segundo propuesto, o sea de si esta obligación subsiste en las actuales condiciones de la Sociedad.

A alguno, en efecto, le podrá parecer que en el mundo moderno existen otros muchos medios de atender a la necesidad de los indigentes, los cuales dispensan a los particulares de mirar por su bien, ya sea por la facilidad de hallar trabajo acomodado a las fuerzas de cada uno, ya por el crecido número de obras de beneficencia que el Estado o algunas sociedades humanitarias sostienen en las poblaciones, ya también porque es muy difícil, por no decir imposible, el conocer con certeza cuándo es verdadera la necesidad del prójimo o cuándo es fingida o maliciosa.

Que dicha obligación subsiste se desprende del hecho innegable y patente de la existencia de la miseria, puesto que la obligación nace precisamente de este hecho, es a saber, de que hay pobres a quienes remediar... Ahora bien, el mundo moderno no ha suprimido a los pobres, antes bien ha aumentado su número y agravado su situación y lo que es más de lamentar ha hecho más dura su condición, ahondando las diferencias entre los afortunados y los menesterosos. Es indudable que en muchas naciones el

(13) I ad Cort. cap. 12. v. 26 - 27.

(14) Cap. 3. v. 11 - 18.

(15) I Epist. Cap. 4. v. 8 y sig.

(16) I Joan. Cap. 3 v. 17.

(17) Véanse en confirmación las siguientes autoridades: Deuteronomio, cap. 15 v. 11; 58 - 7; Tobias 4 - 7; en donde tan claramente se nos pintan las excelencias de la limosna; I Epist. ad Timot. 6 - 17; Epist. Jacobi. 2 - 14 y s., en donde se nos enseña que la caridad no se ha de contentar con desear a nuestro prójimo todo bien sino a hacérselo.

número de los desheredados ha disminuído y el bienestar social se ha ido extendiendo gradualmente, pero esto no quiere decir que haya desaparecido la miseria y, por tanto, el deber de los que tienen de sobra de aliviar la suerte de su prójimo, antes bien podemos decir que siendo muchos más los que gozan de relativo bienestar se ha extendido la obligación de dar parte de lo supérfluo a los que carecen de lo necesario. Todos los economistas están contestes en afirmar que en los estados modernos la riqueza está repartida muy desigualmente y que la riqueza se va concentrando en las manos de unos pocos, el número de las medianas fortunas va cada día en aumento. Y esto es consecuencia forzosa de la acumulación de la riqueza, porque el oro, a manera del imán, atrae el oro y los pequeños caudales empleados en las negociaciones pequeñas no pueden resistir el empuje de los grandes capitales, en cuya corriente vienen por fin a sumergirse, ya que no les es posible hacer frente a su avasallador arrollamiento. Ahora bien, entre tantos hombres sin fortuna, es natural que haya muchos pobres, porque dadas las escasas reservas con que cuentan, basta cualquier accidente o mudanza de las cosas humanas para que se vean sumidos en las angustias de la miseria.

Pero se dirá que el Estado y la Iglesia ya atienden y velan por el socorro de los necesitados y que hoy se hace innecesario el ejercicio de la caridad individual, ya que la beneficencia para con el pobre se ha convertido en un ramo de la administración pública. Mas a estos se responde que el Estado ni debe ni puede usurpar por entero el ejercicio de la caridad. No debe porque, como hemos visto, todos y cada uno de los individuos de la sociedad están obligados a hacer el bien a sus prójimos, y la obligación de dar limosna a los indigentes, que de ese precepto natural y divino se deriva, afecta a los individuos, no a la sociedad ni al Estado, al menos directamente, y por consiguiente a éstos, no al Estado, compete **primera-**mente este deber por donde el Estado se arrogaría un derecho que no tiene, absorbiendo esta obligación. No es pues su oficio atender al remedio de los pobres, sino ayudar a los individuos en el cumplimiento de ese sagrado deber impuesto por la caridad y cooperar con ellos en la obra de auxiliar al indigente.

Además, el Estado no puede remediar como conviene la miseria del pobre, ni puede extender su acción benéfica a todo y a todas las necesidades. En efecto, la limosna para que produzca sus fines, para que sea lo que debe ser, en el plan de la Divina Providencia, es necesario que brote del amor mutuo de unos y de otros y realizando la unión tan anhelada de pobres y ricos, y esto, no lo puede obtener el Estado. Por otra parte, si el pobre recibe la limosna de manos del Estado, como una especie de pensión a que le hace acreedor su título de ciudadano, no admitirá este socorro como fruto de la caridad sino que considerará que se le debe por título de justicia y entonces la limosna no es ni puede llamarse tal. Esta, para que lo sea, es necesario que vea en el prójimo a quien socorre un hermano, cuyos padecimientos físicos le mueven a condolerse de su estado, pero que penetra más hondo y se compadece también de los males que afligen su alma, como que es fruto espontáneo de la caridad. Su acción no se limita a estos o aquellos individuos, ni obedece a cálculos humanos o a preocu-

paciones egoístas o a provincialismos y afectos nacionales, sino que es ancha como la caridad y extiende su mano bienhechora a todos aquellos en quienes resplandece la imagen de Dios y han sido rescatados con el precio infinito de la sangre de Jesucristo. Ahora bien, ¿Cuándo y cómo podrá la acción benéfica del Estado reunir estas cualidades? (18).

I V

Veamos ya cómo esta obligación es de suyo grave, esto es, que el que deliberada y voluntariamente falta a ella es reo de culpa moral. Pero ¿cuándo llegará a ser grave dicha obligación? Dos cosas, según Santo Tomás, se requieren para que lo sea (19): Necesidad de parte del pobre y abundancia de bienes de parte del rico; necesidad que ha de ser grave en el indigente, esto es, que de ella se le siga o pueda seguir un daño grave; y abundancia de bienes, esto es, que el rico posea bienes superfluos. Ambas condiciones se requieren y bastan, porque si la necesidad no es grave, el precepto de la caridad no urge que pongamos a ella remedio y, por tanto, la limosna deja de ser necesaria y consiguientemente obligatoria; basta, sin embargo, que lo sea de los que tienen de sobra de aliviar la suerte de un prójimo, antes bien podemos decir que, siendo mucho más los que gozan de relativo bienestar se ha extendido la obligación de dar parte de lo superfluo a los que carecen de lo necesario, porque si suponemos que no bastase, muy raro sería el caso de tener que acudir a los indigentes y rara vez faltamos a esta obligación, contra lo que la Sagrada Escritura y los Santos Padres nos enseñan. Es menester, por otra parte, que haya bienes superfluos, porque nadie está obligado con detrimento propio a socorrer al prójimo, siempre que el daño que a nosotros se siga sea mayor o al menos igual que aquel que padece el otro.

Puestas dichas condiciones la mayor parte de los moralistas, por no decir todos, están conformes en afirmar la gravedad de la obligación. Así opinan San Antonino, Vásquez, Laymann, Ballerini, Palmieri, Génicot, Noldin, Bucceroni, Vermeersch. Otros como Suárez, San Alfonso van más allá y aseguran que basta que la necesidad sea común, esto es, que no dependa de las circunstancias particulares de un individuo determinado sino que alcance a gran número de ellos independientemente de su voluntad y por razones de carácter general. Esta sentencia es probable; no obstante, sus autores reconocen que es difícilísimo en la práctica urgir su obligación y además tales condiciones exigen para imponerla que rarísima vez la obligación llega a ser grave. Queda pues asentado que la necesidad del pobre ha de ser grave y esto por la sencilla razón de que tanta es la obligación de dar limosna cuanta es la ne-

(18) V. la Encíclica *Rerum Novarum* y asimismo la de S. S. Pio XI *Quadragesimo Anno*.

(19) Sto. Tomás, *Sum. Teol.* 2^a 2^aae q. 32 art. 5 y 6.

cesidad del pobre; por consiguiente, en el caso de que la necesidad sea grave y sólo en este caso, la obligación también lo será. Adviértase, de paso, que siguiendo la opinión más probada, nos colocamos en el terreno más seguro y urgimos la obligación para el caso más cierto.

Pasando ya a probar la gravedad de esta obligación, ella se deduce:

1^o—De los testimonios de la Sagrada Escritura, en los cuales se conmina con graves penas a los infractores de esta obligación y se nos impone el precepto de la limosna con la mayor eficacia que puede ser, indicándonos los grandes males que se nos seguirán de su quebrantamiento y los grandes bienes que reportaremos si lo cumplimos. Ahora bien, un precepto impuesto en estas condiciones no puede ser menos grave, porque sería ridículo e injusto hablar y proceder de hecho así, no pecando gravemente el que lo quebranta.

Muchos testimonios pueden alegarse, pero nosotros no haremos aquí más que recorrer los principales, sin más comentario, pues ellos de por sí tienen suficiente eficacia para poner de relieve y ante nuestros ojos la gravedad e importancia de la limosna hecha al pobre necesitado.

Habla Jahvé, esto es Dios, con su pueblo y le manifiesta cuál es el ayuno de su agrado y le dice: "¿No consiste acaso en que rompas tu pan con el hambriento y des acogida en tu casa al desdichado sin abrigo y en cubrir el desnudo y en no desentenderse de tu propia carne?" Isaías, Cap. 57. v. 7) — Haz limosna de tus bienes, dice el anciano Tobías a su hijo, y no apartes tu rostro de ningún pobre a fin de que el rostro de Dios no se aparte de tí". (Tobías. 4 - 7). — "Id, dirá Jesucristo a los réprobos en el día del Juicio, malditos, al fuego eterno, preparado para el demonio y sus ángeles, porque tuve hambre y no me disteis de comer. Tuve sed y no me disteis de beber. Era extranjero y no me hospedasteis. Estaba desnudo y no me vestisteis, enfermo y en prisiones y no me visitasteis. . . En verdad os digo, cuántas veces dejásteis de hacer esto con los pequeñuelos otras tantas lo habéis dejado de hacer conmigo". (S. Mateo. 25-42 y c.). — San Pablo exhortando a Timoteo, le encarga recomiende a los ricos "a no ser altivos, a no poner su esperanza en las riquezas caducas sino en Dios que con abundancia nos concede cuanto necesitamos para la presente vida, a hacer el bien, a atesorar buenas obras, a distribuir prontamente y con generosidad los propios bienes, a fin de reunir de este modo un sólido tesoro que les alcance la vida verdadera". (1 ad Timot. 6 - 17 y s.). — Lo mismo nos repite San Juan, exhortando a todos a amar al prójimo no sólo de palabra y con la lengua sino con las obras y de verdad. (Epist. 1 Joan. 3 - 17).

2^o—El precepto de la caridad, según opinión de todos, nos obliga a apartar de nuestros prójimos un grave mal, cuando podemos fácilmente hacerlo, y dicho precepto, en general, es grave y no consiste su cumplimiento en las palabras, como ya hemos indicado, sino que ha de traducirse en obras, esto es, en un auxilio eficaz prestado al prójimo; ahora bien, la limosna, cuya obligación se deriva de éste precepto, es, en el caso de

que tratamos, necesaria a fin de evitar el daño grave del prójimo y, por tanto, la caridad nos la prescribe bajo pena de faltar gravemente a ella (20).

3º—Los Santos Padres hablan de este precepto con palabras gravísimas y tales que se necesita estar ciego para no reconocer que, en su sentir, faltaría gravemente el que, en las condiciones arriba expresadas, no socorriese con sus limosnas al prójimo. Veamos algunos textos escogidos entre los muchos que pudieron citarse.

San Basilio. (Homilia sobre el Evangelio de San Lucas, comentando aquel pasaje: "Destruiré los graneros..."):

"¿Porqué era fértil el campo del hombre que de su fertilidad no había de hacer ningún bien? Para que resplandeciese más la tolerancia divina que extiende su bondad hasta los tales, puesto que sobre los justos y los injustos hace que descienda la lluvia y que luzca el sol sobre los malos y los buenos". Y, en verdad, estos beneficios nos vienen de Dios..... ¿Y cuáles son los que descubrimos en este hombre? Costumbres despiadadas, aborrecimiento de los hombres, tacañería suma. He ahí cómo retornaba a su liberal bienhechor. No paró mientes que todos somos iguales, no le pasó por pensamiento que debía distribuir lo supérfluo entre los pobres: no hizo caso alguno de aquel precepto: "No dejes de hacer bien al menesteroso" (Prov. 3-17), y de aquel otro: "Divide tu pan con el hambriento" (Isaías 58 - 7). ¿A quién ofendo reteniendo y conservando lo mío? Pero, dime, ¿Qué tienes tuyo? ¿De dónde lo trajiste al entrar en la vida? Los ricos de esta laya se parecen a quien, habiendo ocupado su sitio en la platea del teatro, pretende arrojar a los que entran después, creyendo que sólo ha de ser para sí lo que está destinado al uso común, sólo porque adelantándose a ocupar las cosas comunes, con esta pretensión se las adjudican. Mas si cada cual tomase lo bastante para satisfacer una necesidad y al pobre dejase lo que le sobra, no habría ricos ni pobres. ¿No saliste acaso desnudo del vientre materno? ¿No haz de tornar desnudo a la tierra? ¿De dónde pues te vienen los bienes que posees? Si los atribuyes al hado, impío eres, no reconociendo al Criador, ni mostrándote agradecido a tu dispensador, pero si dices que los has recibido de Dios, dime, entonces, ¿porqué los has recibido? ¿Es acaso Dios injusto, al repartir desigualmente las cosas más necesarias para la vida? ¿Porqué, siendo tú rico, es aquél pobre? No es, por ventura a fin de que tú recibas el premio de tu benignidad y fiel dispensación y aquel sea galardonado con la excelsa corona de la paciencia? ¿Y piensas tú que guardándolo todo en el seno insaciable de tu avaricia y privando a muchos de lo necesario, no cometes injusticia alguna? ¿Quién es ladrón? El que se apodera de lo ajeno. ¿No eres tú avaro, no eres ladrón? Y te adueñas de lo que te fué dado para socorrer a los demás? ¿se llamará ladrón al que desnudaste, al que anda vestido y al que no vistiese al desnudo, pudiendo hacerlo, se le dará otro calificativo? Del hambriento es el pan que tú guardas, del desnudo el manto que en el arca ocultas, del descalzo, el calzado que se pudre en tu casa; del necesitado

(20) Santo Tomás. *Ibid.* art. 5.

el oro que tienes soterrado, por donde a tantos agraviados, cuantos son los que podrías socorrer" (21).

San Ambrosio. "A tí aprovecha lo que dieres al pobre: en tu haber apunta aquellos de que te desprendes: con el manjar que das al necesitado tú mismo te nutres... La misericordia siembra en la tierra para cosechar en el cielo: planta en el pobre y fructifica en Dios". No digas, dice Dios (Prov. 3..28), daré mañana"... El que no sufre que digas: daré mañana ¿cómo sufrirá que digas: no daré? No das al pobre de lo tuyo sino que le devuelves lo propio. Porque lo que se ha dado para común utilidad de todos, tú solo lo usurpas. La tierra es de todos, no de los ricos, pero son menos los que no usan de lo suyo que los que usan. Devuelves pues lo que debes, no das lo que no debes. Por eso te dice la Escritura: "Da oídos al pobre y con dulzura dale una respuesta que lo regocije" (22).

San Agustín (23). "Ya en otra ocasión, hermanos, expuse a vuestra caridad aquel lugar de la Escritura que confieso me mueve mucho y debo exponeros a menudo. Os ruego que consideréis lo que el mismo Jesucristo Señor Nuestro ha de decir, al fin de los siglos, cuando viniere a juzgar y congregate ante su vista a todas las gentes, dividiéndolas en dos bandos, y colocando a unos a su derecha y a otros a su izquierda. "Venid benditos de mi Padre.....", dirá a los de la derecha y a los de la izquierda: "Id al fuego eterno....." Indaga las causas de tan gran merced y de tamaño castigo... ¿Porqué recibirán aquellos el reino? Porque tuve hambre y me distéis de comer. ¿Porqué han de ir éstos al fuego eterno? Porque tuve hambre y no me distéis de comer. ¿Qué significa esto, os pregunto? Yo veo que aquellos recibirán el reino por haber dado como buenos y fieles cristianos, por no haber despreciado las palabras del Señor y haber obrado así, esperando confiadamente en sus promesas; y si no hubiesen obrado así, no hubiera concordado su mezquindad con su buena vida. Quizá fueron castos, no defraudaron, no se embriagaron, se abstuvieron de hacer el mal, si no hubieran añadido esto, hubieran permanecido estériles. Hubieran cumplido el: "apártate de lo malo", no hubieran puesto en práctica el: "haz el bien". Porque, a la verdad, no les dice Jesucristo". "Venid, recibid el reino por haber vivido castamente, por no haber cometido fraudes, por no haber oprimido a los pobres, por no haber transgado el ageno lindero y haber jurado en falso; no dijo esto, sino: 'Recibid el reino, porque tuve hambre y me distéis de comer...'" A los otros, por el contrario, dirá: "Id al fuego eterno...." ¡Cuántas cosas podría echar en cara a los impíos, si le preguntasen. por qué vamos al fuego eterno! ¿Porqué preguntas, adúltero, homicida, defraudador, sacrílego, blasfemo, infiel? Nada de esto les dice, sino "porque tuve hambre y no me distéis de comer".

"Advierto que os habéis conmovido y yo también lo estoy. Y cierto la cosa no es para menos. Y la razón que hallo, en cuanto alcanzo,

(21) Migne. Patrología Graeca. Vol. 18.

(22) In Lib. Nabuthe Jezraelita. C. 12. 53 Migne. P. L. vol. 15.

(23) Sermo 60.9. Migne. P. L. vol. 38, p. 406. V. también el Sermon 61. ibid. vol.

de hecho tan admirable no os la ocultaré, está escrito: "Como el agua apaga el fuego así la limosna borra el pecado" (Eccli. 3.33), y también: "Esconded la limosna en el corazón del pobre y ella intercederá por tí ante el Señor" (Eccli. 29.15), y asimismo: "Oye, oh Rey, mi consejo y redime tus pecados con limosnas" (Dan. 4.24), y otros muchos lugares de la Divina Escritura nos enseñan que la limosna tiene poder para expiar y borrar los pecados. Por tanto, a los que ha de condenar y mucho más a los que ha de coronar, sólo les pondrá delante sus limosnas, como si dijera: Dificil cosa es que, examinando, pensando e inquiriendo con diligencia otras acciones, no halle por donde os pueda condenar, pero id al reino, porque tuve hambre y me distéis de comer".

San Juan Crisóstomo. "Y porque, efectivamente, conste, cómo es verdad que sembramos con escasez, examinemos, si os place, quienes son más en la ciudad, si los ricos o los pobres; y quienes no son ni ricos ni pobres, sino de mediana posición. Pues bien, una décima parte es de ricos; otra décima de pobres, desprovistos absolutamente de todo: los restantes son de los de fortuna media. Dividamos, pues, por los pobres toda la muchedumbre de la ciudad, y veréis. ¡qué oprobio tan grande es el nuestro! Efectivamente, los muy opulentos son pocos; pero los que están en segundo lugar son muchos, y a su vez los pobres son muy inferiores en número. Y con todo siendo tan numerosos los que pueden alimentar a los hambrientos, hay muchos a quienes coge la noche con hambre: no porque no puedan fácilmente socorrerlos aquellos que tienen, sino por su gran crueldad e inhumanidad. Porque si los ricos y los de mediana fortuna se repartieran entre sí a los que necesitan pan y vestido, apenas si a cincuenta o ciento de aquellos tocaría un pobre. Y a pesar de eso, viéndose envueltos entre tal abundancia de quienes pueden socorrerlos, todos los días se ven precisados a lamentarse".

"Y —porque veas la humanidad de aquellos— la Iglesia apenas tiene las rentas de un potentado y de uno menos opulento, y considera a cuántas viudas, a cuántas vírgenes socorre cada día: pues la lista de ellas llega al número de tres mil. Agréguese a esto los encarcelados, los enfermos en el hospital, los sanos, los peregrinos, los faltos de algún miembro, los que acuden al altar buscando alimentos y vestido, en fin, los que fuera de cuenta se acercan todos los días: ¡y con todo eso, en nada ha recibido menoscabo su hacienda! De suerte que con diez hombres tan sólo que quisieran gastar a esta proporción, no habría ningún pobre" (24).

"No busquemos, pues, siempre el placer, para que allí gocemos placer: antes abracemos los trabajos de la virtud, cercenemos lo supérfluo, y no busquemos otra cosa, sino gastemos toda nuestra hacienda con los necesitados. ¿Qué excusa tendremos, siendo así que El nos promete el cielo, y nosotros ni siquiera le damos pan? ¿Cuándo El hace salir por tí el sol y te presenta todo el servicio de la creación, y tú ni siquiera le das un vestido, ni le haces participar en tu techo? Y ¿qué digo el sol y la creación? Su

(24) F. Ogora. Homilias Selectas de S. Juan Crisóstomo, vol. III. Hom. 666 in Evang. Mathei.

propio cuerpo no te puso delante, y te dió su sangre preciosa: ¿y tú no le das siquiera de beber? ¿Es que se lo diste ya una vez? Eso no es misericordia: siempre que, teniendo, no le socorras, no llenas todo tu deber. Así también las vírgenes tenían aceite en sus lámparas, pero no en abundancia. Porque razonable era, que aunque dieras de lo tuyo, no fueras tan parco: pero ahora, una vez que das las cosas de tu Señor, ¿porqué eres mezquino? ¿Queréis que os diga la causa de tal inhumanidad? No es sino que los tales hacen su hacienda por medio de la avaricia, y son luego, duros para la limosna; pues quien de esa manera gana, no entiende de gastar. ¿Cómo ha de ser, que quien así está dispuesto a robar, se incline a hacer lo contrario? El que lo ajeno coge, ¿cómo podrá dar a otro lo propio? Perro que se haya acostumbrado a gustar la carne, no sabrá guardar el rebaño; por eso a los tales los matan los pastores. Para que no nos suceda a nosotros lo mismo, abstengámonos de semejante manjar. Porque carne comen también esos tales que causan la muerte de los (pobres) por medio del hambre. ¿No ves con cuanta razón el Señor a todos nos dió las cosas comunes y de primera necesidad? Si permitió que entre los ricos hubiera pobres, hizolo así para consuelo de los ricos, para que por medio de la misericordia con aquellos pudieran despojarse de los pecados. Mas tú, en esto eres cruel e inhumano. Por donde se echa de ver que si en las cosas mayores y de primera necesidad tuvieras la misma facultad, causarías innumerables muertes, y privarías aún de la luz y de la vida. Para que así no fuese, cerró la entrada por fuerza a la insaciabilidad de tales hombres. Si os duele oír estas cosas, mucho más me duele a mí el verlas."

"¿Hasta cuándo (crees que) serás tú rico, y el otro pobre? Hasta el caer de la tarde y nada más. Tan corta como eso es la vida y todo (lo venidero) está a las puertas, de suerte que todo lo de acá se puede reputar por una breve hora. ¿Para qué quieres despensas que rebosen, y muchedumbres de esclavos y sirvientes? ¿Porqué no tienes más bien, a millares por pregoneros de tus limosnas? Las despensas no dejan oír su voz, antes excitan la codicia de muchos ladrones; pero las limosnas depositadas en los pobres subirán hasta el mismo Dios, te harán dulce la presente vida, anularán todos tus pecados y te acarrearán gloria ante Dios y honor ante los hombres" (25).

San Gregorio Magno. "Ninguno se crea seguro, diciendo: "Yo no tomo lo ajeno, sino que disfruto de lo adquirido lícitamente, porque este rico no fué castigado por haber tomado lo ajeno sino por haberse entregado sin moderación a los bienes adquiridos. Esto fué lo que le arrojó al infierno, el no haber sido parco en su dicha, el haber usado con arrogancia de sus riquezas, el no haber tenido entrañas compasivas, el no haber redimido sus pecados teniendo sobrado para rescatarlos. Hay algunos que no tienen por pecado el refinamiento en el uso de vestidos preciosos y delicados, más si en ello no hubiese culpa no nos daría el alerta la palabra de Dios, advirtiéndonos que el rico atormentado en el infierno se vestía de púrpura y lino..."

(25) Ibid. Hom. 77 in Evang. Joannis.

"Debemos también considerar cómo Dios Nuestro Señor lo dispone todo sabiamente... Porque he aquí que yace ante las puertas del rico, Lázaro, el mendigo, cubierto de úlceras, con lo cual el Señor pretendía dos cosas: tal vez podría alegar una excusa el rico si el mísero y llagado Lázaro no hubiese estado tendido a su puerta, si se hubiera hallado lejos y no saltase a la vista su miseria; al mismo tiempo, si el rico no hubiese estado en la proximidad del ulceroso mendigo menos fuerte habría sido la tentación que soportaba, pero al colocar a la puerta del rico, nadando en delicias, al pobre leproso, de un lance hizo que la condenación del despiadado rico fuese inexorable y probó más la paciencia del pobre con el boato del poderoso... Cada día veía (el rico), a aquel de quien no se apiadaba y éste (el mendigo), al que constituía la prueba de su paciencia. Dos pechos se agitaban en el suelo, en tanto que uno los contemplaba de lo alto, y a éste, tentándolo, lo disponía para la gloria y a aquel, tolerándolo, lo aguardaba para el suplicio."

"Pero vosotros, hermanos, que conocéis la felicidad de Lázaro y el castigo del rico, obrad con cautela, buscad quien interceda por vuestras culpas y procurad que los pobres sean vuestros abogados en el día del juicio. Ahora tenéis muchos Lázaros a vuestras puertas los hallaréis postrados y careciendo de aquello que, después de saciaros, arrojáis de vuestras mesas. Las palabras del relato sagrado nos enseñan a guardar el precepto de la piedad..." (26).

4º—A lo dicho por los Santos Padres podemos añadir el testimonio de los sumos Pontífices.

Véase León XIII en sus Encíclicas "*Quod Apostoloci Muneris*", "*Rerum Novarum*" y "*Graves de communi*". En la primera de estas tres encíclicas se expresa así: "(La Iglesia), además, prescribe a los ricos que den a los pobres de lo superfluo y les amenaza con el juicio divino que los condenará a eterno suplicio si no alivian las necesidades de los indigentes. En fin, eleva y consuela el espíritu de los pobres, ora proponiéndoles el ejemplo de Jesucristo, que, siendo rico, quiso hacerse pobre por nosotros, ora recordándoles las palabras con que les declaró bienaventurados, prometiéndoles la eterna felicidad.

¿Quién no ve que aquí está el mejor medio de arreglar el antiguo conflicto surgido entre los pobres y los ricos? Porque, como lo demuestra la evidencia de las cosas y de los hechos, si este medio es desconocido o relegado, sucede forzosamente o que se reduce a la mayor parte del género humano a la vil condición de siervos como en otro tiempo acacció entre los paganos, o la sociedad humana se ve envuelta en agitaciones continuas y devorada por la revuelta como hemos podido comprobarlo, por desgracia, en estos últimos tiempos".

Pío X en su Motu Proprio de 18 de Diciembre de 1903, decía: Obligación de caridad de los ricos y de los que poseen es socorrer a los pobres e indigentes, según el precepto evangélico, el cual obliga **tan gravemente**

que en el día del juicio se pedirá cuenta especial de su cumplimiento, según lo dice el mismo Cristo".

Benedicto XV insiste en lo mismo e inculca la necesidad de predicar a los ricos que hagan buen uso de sus riquezas, socorriendo a los pobres de lo supérfluo. Finalmente, Pío XI, en su notabilísima Encíclica "Quadragesimo Anno" nos dice: "Mas para asegurar estas reformas es menester que a la ley de la justicia se una la ley de la caridad "que es vínculo de perfección". ¡Cómo se engañan los reformadores incautos que desprecian soberbiamente la ley de la caridad, porque sólo se cuidan de hacer observar la justicia conmutativa! Ciertamente, la caridad no debe considerarse como una sustitución de los deberes de justicia que injustamente dejan de cumplirse, pero, aun suponiendo que cada uno de los hombres obtenga todo aquello a que tiene derecho, siempre queda para la caridad un campo dilatadísimo. La justicia sola, aun observada puntualmente, puede, es verdad, hacer desaparecer la causa de las luchas sociales, pero nunca unir los corazones y enlazar los ánimos. Ahora bien, todas las instituciones destinadas a consolidar la paz y promover la colaboración social, por bien concebidas que parezcan, reciben su principal firmeza del mutuo vínculo espiritual, que une a los miembros entre sí: cuando falta ese lazo de unión la experiencia demuestra que las fórmulas más perfectas no tienen éxito alguno".

V

A pesar de la gravedad de esta obligación, es preciso tener en cuenta que en un caso particular, no es posible urgirla y esto por varias razones. En primer lugar, por la naturaleza misma del precepto, cuya vaguedad, como ocurre con otros de la ley cristiana, v. g. el de la oración, el de la participación del cuerpo de Jesucristo, etc., nos manifiesta que su cumplimiento ni se ha de reducir a los estrechos límites a que podría circunscribirlo una ley definida y precisa, ni se ha de tomar con tanta latitud que de él pueda dispensar un pretexto cualquiera. La caridad es la que ha de urgir la práctica de la limosna, y ella revelará a la conciencia de los remisos que su conducta es vituperable y pecaminosa y espoleará suavemente a los benéficos a ensanchar cada vez más los senos de su misericordia para con el pobre.

En segundo lugar, como hemos dicho antes, para que la obligación sea grave requiere, de parte del pobre que su necesidad sea también grave y, de parte del rico, que éste posea abundancia de bienes. Ahora bien, en la práctica no es fácil determinar si ambas condiciones se cumplen y aunque así fuese habría que averiguar más bien que en cada caso a quien le corresponde remediar al pobre, es decir, si para quien la cooperación se hace necesaria para este sujeto determinado. Por otra parte, los ricos pueden excusarse, ya diciendo que no están obligados a buscar a los pobres y que ellos no tienen noticia de que alguno se hace en grave necesidad, ya que de otra manera dan limosna, bien, suministrando trabajo a

muchos obreros, pagándoles un equitativo jornal, bien contribuyendo con crecidas sumas a sostener las cargas del Estado, el cual, por su parte, atiende a remediar la miseria. No se me oculta que algunas de estas razones son especiosas y podrían fácilmente rebatirse, pero como quiera que sea, siempre será cierto lo que ya advertía Santo Tomás (27), esto es, que no puede establecerse una regla fija sobre la disposición de los bienes superfluos o que se consideran como tales.

Finalmente, la mayoría de los moralistas opinan como nosotros, aun los más rigurosos en esta materia, como Suárez, Sánchez, San Alfonso, Lemhkuhl. Pero, téngase en cuenta que, dado el lujo y derroche de muchos ricos de nuestra edad, es difícil que se les pueda excusar y, por consiguiente, a estos más que a otros urge la obligación de socorrer a los pobres de lo superfluo. ¿Quién no reprenderá la prodigalidad con que malgastan su dinero en caprichos y vanidades tontas, ya que de las riquezas como de todas las cosas criadas nos ordena el Criador que hagamos el uso que es debido? ¿Y cómo podrá excusárseles de pecado y de pecado grave, si conociendo, como es imposible que no conozcan que hay pobres necesitados de todo, no procuran dar de lo que les sobra para aliviar su pobreza?

V I

A esto se ha de añadir que si su conducta es tal que de ordinario se niegan a socorrer al prójimo en las necesidades graves y manifiestas, no hay moralista que con buena conciencia les pueda eximir de pecado grave.

Véase lo que dice Bucceroni: "Si un rico sin causa alguna razonable repeliere a los pobres no estaría indemne de pecado". Por su parte, añade Lemhkuhl: "Con mayor certeza llega a ser grave la obligación (de la limosna) si con frecuencia se rechaza la demanda de los que se ven afligidos por alguna grave necesidad". Y en efecto ¿cómo podrá decirse de quien así obrase que cumple con el grave precepto de la caridad cristiana, de la caridad tal como nos la define San Juan en su Primera Epístola? Por último, o la obligación es grave, y entonces ciertamente lo es en este caso, o no lo es, contra lo que arriba hemos probado largamente.

V I I

Viniendo ahora a tratar de la manera que se ha de seguir en la ejecución de este precepto, el Apóstol San Pablo la insinúa en su Primera Epístola a Timoteo (Cap. VI, v. 17 - 18). "Recomienda a los ricos de este

(27) Sum Teol. 2ae. q. 32 art. 6.

mundo el que no sean altivos, que no pongan su esperanza en las riquezas caducas sino en Dios... que practiquen el bien, hagan acopio de buenas obras y se muestren prontos a dar con generosidad de lo suyo, atesorando así para lo futuro un tesoro que les permita alcanzar la vida verdadera". La caridad cristiana es la que ha de suplir esa imprecisión, llamémosla así, del precepto y es bastante eficaz para inducir a los hombres a compartir de grado sus bienes con los pobres y a ir más allá de lo que están obligados en conciencia. No pensemos que por esto la práctica de la limosna sea menos frecuente, porque los que no socorren al pobre de lo superfluo, excusándose con este o aquel pretexto y creyéndose exentos de esta obligación porque la ley no les dice terminantemente: "da tanto y tantas veces", tampoco abrirían la bolsa al menesteroso en el caso de ser el precepto más concreto.

Por otra parte, los ricos deben pensar que es muy justo que el hombre no sea de peor condición que los animales, a quienes la naturaleza proveyó de lo necesario con abundancia; que es en gran manera conducente para la paz y felicidad social que el desequilibrio de las fortunas y la desigualdad de clases no sea tan honda que resulte en extremo onerosa para los menos afortunados; que, finalmente, el hombre no tiene aquí abajo morada permanente sino que está de paso para una vida mejor y, por tanto, ha de reprimir la codicia de amontonar bienes terrenos, que no puede llevar consigo al sepulcro, antes bien ha de procurar con el ejercicio de la limosna y buenas obras atesorar las riquezas que siempre duran y sobreviven más allá de la tumba.

V I I I

Sobre el abuso que comete el Estado arrogándose a sí solo el deber de subvenir a la necesidad de los pobres, ya dijimos arriba bastante y así no será menester repetir aquí las razones que prueban su exagerada intromisión en esta materia. La única sociedad encargada de velar por el alivio de las necesidades del pobre es la Iglesia, y ésta buena madre en todo tiempo ha mirado a los indigentes como la porción escogida del rebaño que a sus maternales cuidados confió Jesucristo. Basta leer el admirable sermón de Bossuet sobre la dignidad de los pobres en la Iglesia para convencerse de ello. La Historia, además nos enseña que ella, con la palabra y con el ejemplo, ha atendido siempre a dulcificar la suerte de los pobres y ha dado todo cuanto poseía, hasta llegar a vender los vasos sagrados, por remediar sus necesidades, entendiendo que la vida de uno de sus hijos es más precioso que todo el oro del mundo (28).

(28) V. Guitart. *La Iglesia y el Obrero*, p. 264.

I X

Réstanos ahora, resolver algunas dudas y disipar algunos reparos que se pueden oponer a nuestra tesis, entre los cuales no es el menor la falsa idea que de la limosna se ha formado la escuela socialista, teniéndola por indigna del hombre. En efecto, los que así piensan, parten del falso supuesto que no existe otro mal que el físico y que, por lo tanto, la verdadera felicidad consiste en rodearse de toda clase de bienes materiales y desechan lo más lejos posible todo lo que nos impida su goce. La limosna, para los que así opinan, no tendrá otro fin que el hacer más duradera la infeliz existencia de los desheredados de la fortuna y por tanto es un mal, puesto caso que el remedio estriba en procurar que todos disfruten por igual de los bienes terrenos. La respuesta no se ha de buscar muy lejos. Basta negar el fundamento en que se apoyan y hacerles ver que el hombre es cuerpo y alma y que ésta tiene destinos inmortales que le esperan más allá de la vida presente. En segundo lugar, suponen los adversarios que el espectáculo de la miseria humana es degradante y contrario a las leyes de la moderna cultura. Y se echa de ver que los que así hablan tienen un falso concepto de lo que es cultura y de lo que en realidad degrada y rebaja al hombre. Y no es de admirar, pues vemos que mientras se prohíbe a los mendigos, en las ciudades modernas, implorar el auxilio de la caridad pública, se toleran y aun fomentan espectáculos inmorales, exhibiciones deshonestas, centros de corrupción, fumaderos de opio, casas de juego y otras muestras parecidas de cultura a la inversa, que no faltan en el mundo contemporáneo.

Mas ¿quién no ve que semejantes principios agravan las condiciones físicas y morales del hombre, arrebatándole el consuelo de la caridad y el bálsamo suave de la misericordia cristiana? ¿Qué sería del mundo si de él desaparecieran las almas generosas que consagran sus bienes y sus vidas al socorro y alivio de los males del prójimo? Desterrad la caridad de la tierra y el mundo se convertirá en un campo de batalla, donde sólo lucharán dos partidos, el de los fuertes y el de los débiles, el de los poderosos y el de los desheredados, como en medio del mundo pagano. El egoísmo cada vez mayor de la sociedad ha hecho que los males sociales crezcan y el odio de unos y otros se exacerbe cada día más. A ello ha contribuído, en gran manera, el mal empleo de la riqueza, el desmedido lujo de las clases elevadas, y el refinamiento de costumbres de los ricos. El pobre no puede ver impasible su fausto derrochador sin que le asalte el deseo de aquellos bienes. Y no puede menos de herirle la desigualdad entre él, privado aún de lo necesario, y el magnate que abusa de lo superfluo. Si no llega a descubrir en el poderoso al amigo que le ayuda a llevar el peso de su pobreza, tiene que mirarle como injusto detentador de unos bienes, a los cuales él se cree también con derecho. Por eso, dijo con mucha razón Ozanam que la cuestión social se reducía a saber quién sería el vencedor: o el espíritu de egoísmo o el espíritu de caridad. o el

ideal comunista, para lo cual los bienes de la tierra han de ser patrimonio común de todos o el ideal cristiano que une en fraternal consorcio al pobre y al rico, exhortándolos a caminar juntos por el áspero camino de la vida, según la voluntad del Criador que, como se lee en el libro de los Proverbios: "Hizo encontradizos al pobre y al rico, porque de ambos es el Señor". Dos pasajeros que hacen un mismo camino suelen trabar amistad porque saben que con la conversación se hace más sufridero el hastío de la jornada y con la compañía se vencen más alegremente las dificultades del viaje y muy arisco e intratable había de ser el caminante que se negase a departir con el que hace la misma jornada y dejase de prestarle auxilio; pues bien, en el camino de la vida, Dios ha puesto al rico y al pobre no para que ande el uno apartado del otro sino para que mutuamente se ayuden y animen a llegar al término del viaje, el rico, socorriendo con generosidad a su hermano el pobre, éste, orando y amando a su hermano el rico, para que así unidos lleguen entrambos a la puerta de la casa paterna, donde el Padre común de todos, Jesucristo, rico en misericordia y pobre por enriquecernos, dará al uno y al otro el premio prometido a los justos.

Pero, dirá alguno, la beneficencia pública crece cada día y llegará un momento en que será inútil la práctica de la limosna. Respondemos que nunca llegará a sustituirla por completo y mucho menos a hacerla innecesaria (29). Pobres los ha de haber siempre por mucho que mejore la condición de la sociedad, y nunca ha de faltar campo de acción a la misericordia. Pero, aun dado que así fuese subsistiría la obligación de contribuir al aumento de bienestar de nuestro prójimo.

Pero, la limosna favorece la vagancia. La limosna nó, el uso mal entendido o imprudente de la misma sí. La limosna es un acto de virtud y por tanto ha de ir regulada por la prudencia y por la recta razón, de allí que si ésta ve que de ella ha de tomar ocasión el prójimo para entregarse a la holgazanería, debemos negársela o mirar de otro modo para su bien. Así lo ha entendido siempre la Iglesia, como puede verse en estas palabras de las Constituciones Apostólicas (30). "La pereza es madre del hambre y no merece ser socorrida". Ya San Ambrosio en su Libro De Officiis (Lib. II. Cap. 166), dice: "Claro es que en la generosidad debe haber moderación para que no se convierta en inútil prodigalidad. Esta moderación han de observar principalmente los sacerdotes... Vienen a pedir limosna hombres sanos, vienen sin otra causa de su miseria que la vagancia... Si alguien les da crédito con facilidad pronto se agotaría lo que ha de emplearse en limosnas para los verdaderos necesitados". Por su parte el Concilio II de Tours (a. 567), en el cánón V, prescribe "que cada ciudad sustente sus pobres, a fin de que éstos no anden vagando por otras ciudades".

Mas, al fin, la limosna es humillante para el pobre. No puede ser humillante lo que se dispensa con amor y se dá al prójimo como a hermano. Si la limosna se diese con altanería, con desprecio, no se pondría en práctica

(29) V. León XIII Encíclica "Rerum Novarum".

(30) Const. I. 4.

el consejo del Apóstol y no merecería aquel socorro el título de cristiano. "Los pobres, dice Pío X, en su Motu Proprio de 18 de diciembre de 1903, no deben avergonzarse ni rechazar la limosna de los ricos, sobre todo, teniendo delante el ejemplo de Jesús Redentor que pudiendo nacer en la opulencia, se hizo pobre para ennoblecer la indigencia y enriquecerla con méritos incomparables para el cielo".

Finalmente, se replicará, no faltan pobres que engañan y finjen sus necesidades. A esta objeción responderemos, en primer lugar con las palabras siguientes de San Juan Crisóstomo: "Hagamos lo mismo tratándose de la limosna, y tengamos compasión de nuestros prójimos, y no despreciemos a los que se consumen de hambre. ¿Cómo no ha de ser absurdo que nosotros estemos sentados a la mesa en risa y placeres, y que al oír a otros gemir en las encrucijadas, ni aun siquiera nos volvamos a sus lamentos, antes nos enfademos y los llamemos **engañadores**? ¿Qué dices, hombre? ¿Por un pan va uno a ponerse a engañar? Sí, respondes. Pues razón de más para compadecerte de él: razón de más para que le saques de su necesidad. Pero si no le quieres dar, tampoco le ultrajes; si no quieres sacarlo del naufragio, a lo menos no lo empuejes al abismo. Porque considera, cuando hubieres arrojado de ti al pobre que te acercaba, quién serás delante de Dios, qué fuerza tendrás cuando le pidas. Pues con la medida con que midiereis, dice, se os medirá también a vosotros. Considera cuán atribulado se va el pobre, cabizbajo, sollozando, después de recibir, además de la pobreza, la herida del ultraje. Que si el mendigar tenéis por maldición: no recibir mendigando, y salir tras eso ultrajado, mirad qué tempestad tiene que levantar" (31). Mas si en verdad se tratase de alguno que finge la necesidad que no tiene, neguémosle el socorro que pide y no dejemos de advertirle el daño que se hace a sí mismo, pues cuando **su necesidad** fuese verdadera se expone a no ser creído.

Antes de poner término a este trabajo conviene que digamos algo acerca del modo de practicar la limosna. Esta puede ser de dos clases, o colectiva o individual. Ambas son necesarias y recomendables, pero la última, sobre todo, se ha de aconsejar por su eficacia y también, porque es la que menos se practica. La colectiva puede hacerse de varias maneras, ya **directamente**, fundando o sosteniendo aquellas instituciones y obras piadosas destinadas al alivio de las miserias humanas, ya **indirectamente** mirando por el bienestar de los obreros y gente necesitada, mediante la creación de cajas de ahorro, de escuelas nocturnas dominicales, de asilos para la infancia, en donde puedan recibir educación los hijos de los trabajadores o bien hospicios de lactantes, en donde se críen las criaturas cuyas madres se ven obligadas por la necesidad a buscarse algún trabajo, etc., etc. No se ha de mirar tampoco como obra ajena de esta clase, la de las misiones católicas, ya que éstas se desenvuelven principalmente entre la clase menesterosa y atienden no solo al bien espiritual de los neófitos sino también a su bienestar temporal. La limosna individual, puede hacerse también de muchas maneras, ya inscribiéndose en las Sociedades de San Vicente

(31) Ogara. Homilias selectas de S. Juan Crisóstomo, tom. III. Hom.

de Paul y visitando en persona a los pobres, ya distribuyendo en determinados días alguna limosna, ya procurando socorrer a los pobres vergonzantes que no se atreven a mendigar en público el auxilio que necesitan. En una palabra la caridad es industriosa y ella mejor que nadie le dictará a cada uno la manera de socorrer al prójimo, y entendámoslo bien, la caridad puede mucho más de lo que nosotros pensamos, en orden a devolver la paz a la sociedad. "Si ella dejase de actuar un solo día, dice un escritor francés, el estallido de la miseria sería grande". Lo que es menester es que la practiquemos, puesto caso que como decía uno de los portaestandartes del Socialismo francés, Guesde. "Si los católicos practicasen su doctrina, no habría lucha social ni Socialismo posible". (32).

BIBLIOGRAFÍA

- Vermeersch. Quaestiones de Justitia.
 Dictionnaire de Théologie Catholique, art. Propriété.
 Petit Manuel d' Education Syndicale. (Action Populaire), París.
 N. Noguera. El Lujo y el Derecho de Propiedad. Razón y Fé. Diciembre 1920.
 B. Ibeas. Derecho de Propiedad a la Riqueza, España y América. Abril y Mayo 1920.
 L. Harmel, Manuel d'une Corporation Chrétienne. Catéchisme du Patron.
 Civiltá Cattolica. Enero y Diciembre 1920.
 A. Brucculeri. La Funzione sociale della Proprietá. Civiltá Cattolica. Octubre 1938.

(32) Citado por el P. T. Rodríguez. O. S. A. La Cuestión Social, Rev. La Ciudad de Dios, 1910.

El Beato Contardo Ferrini, Profesor Universitario ⁽¹⁾

Por el Dr. Carlos RODRIGUEZ PASTOR,
ex-Ministro de Estado,
Catedrático Titular de Derecho Romano.

Se cumple en el presente año el primer centenario del nacimiento de Contardo Ferrini, en vida eminente Profesor de Derecho Romano y después de su muerte elevado a la dignidad de los altares.

Dentro de la concepción providencialista, que es connatural a todos los creyentes y que reconoce la intervención de una voluntad suprema hasta en el más imperceptible movimiento de las hojas de los árboles, importa ciertamente una admirable coincidencia que el Beato Ferrini apareciese ubicado, por razón de su nacimiento, precisamente en un ámbito como el de la ciudad de Milán en donde vió la luz primera.

Milán tiene trascendente significado para el sentimiento católico. Ante todo, por el famoso Edicto que lleva su nombre, expedido por el Emperador Constantino el año 313 de nuestra era. El Edicto de Milán consagratorio del principio de la libertad religiosa, si bien en abstracto colocó a todas las confesiones sobre un idéntico plano de igualdad, concretamente representó para el Cristianismo la clausura de la persecución y la apertura de un ciclo de tolerancia que, en virtud de su extraordinario poder expansivo, le permitió desenvolverse, tanto en una dirección centrípeta que iba desde la periferia hasta el corazón del Imperio, como en una línea ascendente que avanzaba, desde los más bajos estratos sociales, hasta el apoderamiento de las clases dirigentes.

Se ha calificado a este respecto de actitud acomodaticia, contradictoria e implicante, el hecho de que la Iglesia Católica, cuando está sojuzgada, como ocurrió bajo los Emperadores Romanos, se limite a reclamar tímidamente nada más que un clima de libertad, que signifique equipararla a

(1) Conferencia dictada, en la Facultad de Derecho, con motivo del Primer Centenario del nacimiento del jurista y romanista italiano.

las demás confesiones. En cambio, cuando goza del privilegio del reconocimiento oficial, se oponga resueltamente a la tolerancia de cultos y niegue a las demás religiones la misma libertad que anteriormente exigió para sí. Sin embargo, esta aparente incongruencia tiene su explicación perfectamente obvia en el firme e incommovible convencimiento de que el Catolicismo se siente y es la única Religión verdadera, por lo que no admite claudicantes contemporizaciones ni vergonzosas convivencias con las demás sectas, en base a la irreductible antinomia existente entre el bien y el mal, y a la irreconciliable oposición que media entre la verdad y el error.

La ciudad de Milán fué, también, escenario del celo militante de San Ambrosio quien, después de haber ejercido con brillo la Abogacía en Roma, es proclamado su Obispo a la voz de un niño, y actúa como contundente martillo del arrianismo. Afirma a la vez la supremacía de la potestad eclesiástica sobre el poder laico, al obligar al célebre Emperador Teodosio al cumplimiento de la penitencia pública que le impusiera para levantarle la excomunión dictada contra él, a raíz de la matanza de Tesalónica. El arrianismo constituyó una de las herejías más peligrosas y abominables de los primeros siglos, porque importó una corriente gnóstica que atacó al Catolicismo en su misma sustancia, al negar la divinidad de Cristo como consecuencia del rechazo a su filiación divina. *Entonces como hoy Cristo Hombre o Cristo Dios* representaban el más grave problema de la Historia. Si bien es cierto que el virus heterodoxo de Arrio inficionó principalmente la región oriental, también dejó sentir su malsana influencia en el Imperio de Occidente cuya Capital, la ciudad de Milán, estaba especialmente abierta a los impactos orientales. La enérgica actitud de San Ambrosio en Milán detuvo la aberración arriana en Occidente, tal como la resistencia de San Atanasio en Nicea frenó dicho movimiento en el Oriente. Vinculado asimismo a la ciudad de Milán, está un hecho cuyas ulteriores proyecciones alcanzaron vigorosa relevancia. Me refiero a la obediencia del Emperador Teodosio al Obispo San Ambrosio, interpretada como índice de la supremacía de la potestad eclesiástica sobre el poder cívico. Sólo a base de esta jerárquica subordinación, fué posible ir elaborando paulatinamente, dentro de la escala axiológica, el concepto de la Cristiandad como una realidad unitaria, armónica, coherente, plena, homogénea e integral, vale decir, ecuménica, universal y católica, en su acepción etimológica y en su contenido semántico.

Mientras la Cristiandad, como resultante de la sincrónica confluencia de esas dos grandes fuerzas, la espiritual y la material, logró mantener dependiente ésta de aquella, no fué posible hablar de una crisis en el seno del Cristianismo. El conflicto se produjo cuando estos dos factores constitutivos se dislocaron y, dentro de una transposición de valores, el Estado pretendió prevalecer sobre la Iglesia, erigiendo lo material sobre lo espiritual, la razón sobre la fe, el laicismo sobre la Religión. Por eso es de destacar, en su profundo significado, la actitud del Emperador Teodosio, sumiso ante la soberanía espiritual del Obispo de Milán. Fue igualmente esta ciudad donde Agustín de Tagaste que había llegado a dictar clases de Retórica, recibió el rayo de luz que, iluminando las sombras de su inteligencia obscu-

recida por el error, le sublimó a la vida de la verdad, de la gracia y de la santidad.

Tales acontecimientos históricos han impreso una huella tan indeleble y han dejado una impronta tan poderosa en el alma de la ciudad, que se hacen presentes en el aire que se respira, en el ambiente por donde se circula, en la tradición que la impregna y satura, cuyas viejas raíces, hundidas en el subsuelo de la fé Cristiana y revitalizadas a lo largo de una trayectoria multiseccular, han florecido y fructificado en expresiones de vigoroso y acendrado valor religioso. Así, la Catedral de Milán, levantada con el esfuerzo de cuatro siglos, magnífico monumento, quizá el más soberbio exponente del arte gótico italiano; así la Iglesia de San Carlos, notable por su originalidad y majestad, consagrada a la memoria de San Carlos Arzobispo de Milán, cuyas eficaces gestiones en la Secretaría de Estado decidieron la reanudación del Concilio Tridentino, y al que San Pío X, en la Encíclica dedicada al tercer centenario de su canonización, propuso como el modelo de la integridad de la fé y el prototipo de la lucha contra el error. Así la célebre Biblioteca Ambrosiana, que fundara el Cardenal Borromeo, también Arzobispo de Milán, enriquecida con más de 200,000 volúmenes, preciosos palimpsestos y 8,300 manuscritos, gran parte de ellos iluminados con primorosas miniaturas, la primera que tuvo carácter público, después de la de Oxford y en la que actuaron eminentes bibliotecarios, entre otros Monseñor Aquiles Ratti, más tarde elevado del Arzobispado de Milán al Solio Pontificio con el nombre de Pío XI. Así, la Universidad Católica del "Sacro Cuore", atalaya de la cultura religiosa y ateneo del catolicismo en Italia, cuya autonomía fué expresamente reconocida en el Concordato subsiguiente a los históricos Pactos de Letrán, presidida hasta su reciente muerte por el Padre Agustín Gemelli, uno de los más conspicuos filósofos italianos y quizá el epigono más esclarecido del neoescolasticismo actual.

Fué en esta ciudad, religiosa por antonomasia, en donde vino al mundo el Profesor Contardo Ferrini, cuya semblanza no es muy hacendera dado la carencia de fuentes bibliográficas y la dispersión de los datos históricos pertinentes. Sin embargo, utilizando los que me ha sido dable disponer, trataré de pergeñarla, ciñéndome en sus aristas fundamentales, a la breve pero densa biografía contenida en la Alocución pronunciada por Su Santidad Pío XII, de inolvidable memoria, el 14 de abril de 1947, al culminar el proceso de su Beatificación.

Hijo del Profesor Rinaldo Ferrini, docente de Física en la Escuela Superior de Ingeniería de Milán, hizo sus primeros estudios en el Liceo Beccaria de su ciudad natal, en donde el padre Ceriani, Director de la Biblioteca Ambrosiana, le inició en el conocimiento del hebreo y de algunas lenguas muertas. Este dominio de los idiomas antiguos y su aprendizaje de algunos modernos, le convirtieron en un verdadero poliglota, facilitando así sus investigaciones ulteriores en el área del Derecho. Al llegar a la adolescencia, prosiguió sus estudios secundarios en el Colegio Mayor Borromeo de Pavía, población cercana a Milán, de donde pasó después a estudiar Jurisprudencia en la antigua Universidad de dicha ciudad, fundada en 1630, y en cuyas históricas aulas aprendieron y enseñaron, signos representativos

de la Ciencia, como Andrés Alciati, uno de los más originales romanistas, inspirador de la Escuela Humanista italiana que en la primera mitad del siglo XVI ilustró las cátedras de Avignon y Bourges en Francia; como Lázaro Spallanzani, uno de los más famosos naturalistas del mundo, notable por sus trabajos experimentales en el campo de la fecundación animal; como Alejandro Volta, el fundador de la Teoría de la Electricidad; como Antonio Scarpa, ilustre anatomista y Director de la Facultad de Medicina; y como tantos otros eximios varones, cuya paradiamático ejemplo debió servirle de acicate, estimulándole a conferir profundidad, amplitud y circunspección a su formación científica, e inclinándole, como apunta el Pontífice Pío XII, a las arduas empresas de la investigación, en una edad en la que otros jóvenes se abandonan al jolgorio, al libertinaje estudiantil y a la inconsideración. A los 21 años, su carrera estudiantil llegó a la cúspide, al optar el Grado doctoral con una tesis redactada en Latín, que intituló "El Provecho que el Criminalista puede obtener del estudio de Homero y de Hesiodo". En este ensayo académico que, pese a ser el inicial, tuvo perfiles excepcionales, Ferrini articuló en admirable euritmia, los dos aspectos más fecundos de su cultura y las dos líneas más enfáticas de su orientación intelectual, a saber, la Jurisprudencia y las Humanidades, demostrando así que el dominio de las disciplinas jurídicas debe asentarse sobre el substracto de una auténtica formación humanística. Las conclusiones a que arribó en su trabajo, respondieron a sus profundas convicciones religiosas. Su erudición histórica, sus conocimientos filológicos, su preparación jurídica, su ortodoxa formación filosófica, su dominio metodológico, le condujeron como por sobre un plano inclinado, dentro de una recia trabazón lógica, a reconocer la eficacia de la sanción ultramundana, contraponiendo de este modo al positivismo materialista de la época, una concepción medularmente espiritual que afirmaba la acción inmanente de la justicia punitiva, como expresión de una trascendente realidad divina.

El extraordinario éxito de sus estudios y la brillante coronación de los mismos, le valieron una beca de perfeccionamiento en Alemania adonde viajó en 1880, radicándose por tres años en la ciudad de Berlín. Ferrini llegó a Alemania en un momento de renovación de los estudios romanistas, que abandonaban la estéril frialdad del dogmatismo jurídico para nutrirse de la savia vivificante de las aportaciones sociológicas, culturales, filológicas e históricas, bajo la influencia en gran parte del insigne Savigny. Es indudable que las exhaustivas investigaciones del fundador de la Escuela Histórica y sobre todo la vasta concepción jurídica, insita en su inmortal obra "Sistema del Derecho Romano Actual", debieron influir poderosamente sobre el espíritu del joven estudiante italiano, inclinado por temperamento y por vocación a indagar el proceso evolutivo del Derecho y a detenerse en el escudriñamiento de su sentido estructural. Contardo Ferrini pudo encontrar confirmados, con la precisión científica en que el Profesor de la Universidad de Berlín era maestro insuperable, sus propias intuiciones y sus personales estudios. Su versación histórica, su cultura humanística; su dominio de la filología; su abrevamiento en el hontanar de la "Filosofía Perenne"; le exigían reconocer la trascendencia del impacto

cristiano sobre el Derecho Romano, singularmente al clausurarse su ciclo final. La tónica innegablemente religiosa que se advierte, si no en el Digesto, al menos en el Código y en las Novelas de Justiniano; las notas de austeridad y de solidez en torno al vínculo matrimonial que el paganismo había relajado y que la Iglesia trataba de vigorizar, según se infiere de muchas **Constituciones imperiales**; el desarrollo que van adquiriendo las **personas morales**, principalmente las de factura eclesiástica; la incorporación de una función prevalentemente social en el concepto de la propiedad quirritaria; la atenuación de las facultades drásticas de la "manus" marital del poder dominical y de la "patria potestas"; la introducción, dentro del área del Derecho, de figuras e institutos inspirados en el abatimiento de los poderosos y en la exaltación de los humildes; la protección de los expósitos; la proscripción de determinadas formas de explotación del hombre sobre el hombre; las reformas del procedimiento debidas a los Prelados, en las llamadas "audiencias episcopales", son, para no extender esta enumeración, síntomas expresivos de la acción manifiesta o imponderable del Cristianismo sobre el Derecho que Roma creó y que llevó, a través de una asíntota multiseccular, a los más distantes confines del orbe. Con cabal acribia, Tertuliano en su famosa Apología, dirigiéndose a los paganos les decía: "Nacimos ayer y hoy ya llenamos el Imperio, las ciudades, las islas, las decurias, el Palacio, el Senado, el Consistorio. Sólo os hemos dejado vacíos vuestros templos".

Por cierto que la penetración de la ideología Cristiana en la arquitectura jurídica Romana no disuena con la concepción historicista de Savigny. La tesis de que el Derecho tiene un fin general que cada pueblo realiza históricamente, punto nodular de la Escuela Histórica, conjuga "lo histórico" que es lo particular, con el principio "común de vida" que es lo general. Refiriéndose a esta convergencia, Manuel Durand y Bas, Catedrático que fué de la Universidad de Barcelona, escribió en el Prólogo de la edición española del "Sistema de Derecho Romano Actual", que si el Derecho existe para el hombre, su fin no puede ser distinto para cada nación; sino común a todas las agrupaciones de seres de nuestra especie, localizadas en un punto del espacio y organizadas bajo un régimen político y social. Por eso Savigny se vió en el caso de reconocer que el Cristianismo no existe sólo como regla de nuestra conducta. De hecho, escribe, "ha modificado la Humanidad y se encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aún de las que parecen serle más extrañas y hostiles".

Es de suponer cómo al calor de las notables investigaciones de Savigny, así como de los ensayos de otros autores y tratadistas tudescos —Mommsen, Kruger, Voigt, sin excluir al más radical opositor de Savigny, el célebre Rodolfo von Jhering— se fué ampliando cada vez más el ámbito de la cultura jurídica de Ferrini, incrementada con algunos viajes, entre otros uno a Copenhague, que siempre recordó con énfasis particular. Simultáneamente con el desarrollo de sus estudios universitarios, aprendía la magnífica lección de pugnacidad con que los Católicos alemanes se enfrentaban a la virulenta ofensiva del Canciller de Hierro en pleno Kulturkampf. Al acercarse a la meta de sus cursos de perfeccionamiento, el destacado romanista Carlos Eduardo Zacharia, a quien se debe una excelente edición

de las Novelas de Justiniano, prácticamente lo tomó a su cargo, hasta que, en 1883, después de obtener el título de Profesor adjunto y previas sendas visitas a las Bibliotecas, Nacional de París, Vaticana y Laurenciana de Florencia, en busca de los códices referentes a las instituciones justinianas, regresó a Pavía, su Universidad de origen, en donde dió comienzo a su actividad de Profesor, dictando las cátedras de "Exégesis de las Fuentes de Derecho Romano" y de "Derecho Penal Romano". Tras breves paréntesis en las Universidades de Messina y de Módena, retornó en 1894 como Catedrático Titular de Derecho Romano, a Pavía, su ciudad adoptiva, escenario final de su afianzamiento por la senda de la sabiduría y de su superación en el orden de la Santidad.

No viene al caso detenerse en digresiones adyacentes o colaterales sobre el sentido de la sabiduría. Pitágoras y Sócrates, con la modestia propia de los hombres superiores, rehusaron denominarse sabios, y se satisficieron con que se les llamase "filósofos", es decir, amantes de la Sabiduría. Pero ¿qué se entiende por sabio? Si nos atenemos a la etimología, sabio es aquel que saborea, que toma el gusto, que capta el genuino sabor de las cosas hasta en sus íntimas esencias. Descartes enfocó la Sabiduría en un acepción lata, desde el ángulo especulativo, como el perfecto conocimiento de la realidad. Mauricio Blondel ha distinguido entre la ciencia como "acto del espíritu que sabe" y la sabiduría como "experiencia del acto mismo"; de lo que es sabido y saboreado; del ser, en suma, que se deja poseer".

Pues bien, dentro de la especialización que hoy es renuente al enciclopedismo de épocas anteriores, Ferrini cultivó con sumo esmero, casi con mística devoción, el predio de la ciencia que había escogido y que estaba acorde con su vocación, hasta poseerlo a plenitud. Dominó su materia en grado superlativo; y acertó a transmitirla a la perfección. Fué un investigador circunspecto y metuculoso y un escritor de fuste. Fué también un maestro en la auténtica acepción del vocablo. En sólo cuatro lustros escribió al rededor de 200 trabajos, muchos de los cuales están reconocidos como insuperables exponentes en su género. Además de su tesis doctoral ya mencionada. brotaron de su pluma numerosas obras que contribuyeron al enriquecimiento del acervo bibliográfico jurídico de su patria y que dieron coyuntura al gran Mommsen para sostener que, debido a Ferrini, el primado de los estudios romanistas había vuelto a trasladarse de Alemania a Italia. Enumero a continuación algunas de sus más notables producciones: "Exposición Histórica y Doctrinaria del Derecho Penal Romano"; "Fuentes de las Instituciones de Justiniano"; "Historia de las Fuentes del Derecho Romano"; "Manual de las Pandectas"; "El Digesto"; "Derecho Romano"; "Teoría General sobre Legados y Fideicomisos". Publicó asimismo varias ediciones críticas de las fuentes del Derecho Romano Bizantino como "Las Paráfrasis de Teófilo"; "Las Basílicas"; colección medieval romanobizantina, y varias otras que traducen su excepcional aptitud investigadora, su laboriosidad indeficiente y su erudición jurídica de primera mano. Colaboró además intensamente en el Boletín del Instituto Lombardo de Ciencias y Letras y en la Revista de la Unión Católica para los estudios sociales.

Desde luego Ferrini no se circunscribió a cumplir su función investiga-

dora con la honestidad que en él era proverbial y que rezuman sus numerosos libros, escritos tras una especie de alumbramiento doloroso, en una tarea ruda, ímproba, ardua, penosa, fatigante, árida, que Pío XI asimiló a un cilicio llano pero llevado por toda la vida; y que Ferrini aceptó de buen grado como el anticipado rescate del éxito futuro. Puesto a transmitir sus conocimientos, y a coparticipar su ciencia con sus discípulos, sobresalió como maestro porque en el ejercicio docente dió muestras de que convergían en él, como en un haz luminoso, los más difíciles dotes y las más excelentes cualidades. De elevada prestancia pero con la humildad que es el marbete de los sabios; claro y sencillo, pero sin descender a manidas vulgaridades; profundo sin pecar de enmarañado o ininteligible; ahito de enjundia doctrinaria, pero sin estirada tiesura; elegante sin llegar al retoricismo, sus lecciones, según quedó acreditado en el proceso informativo abierto con motivo de su Beatificación, constituyeron el módulo de lo que debe ser un Profesor universitario. Empero el docente, como mero transmisor de datos, resultó superado por el maestro en cuanto se equipara a un conductor de almas. De allí que Ferrini, con gesto amable que era la irradiación de su bondad interior, trató de ponerse siempre en inmediato contacto con sus alumnos, para comprenderles; para hacerles ver la conveniencia de descubrir la verdad y no simplemente de repetirla; para ayudarles en sus necesidades; para aconsejarles en sus vicisitudes y preocupaciones; en suma, para entregarse a ellos en una donación espiritual íntegra, magnánima, generosa y munificente.

Este deslabazado bosquejo de Contardo Ferrini pecaría de incompleto, baldío y fragmentario si emitiese referirme siquiera sucintamente a una de las más sugerentes facetas de su existencia, el fulgor de su santidad. Un catedrático creyente o practicante puede ser mirado con cierta desdeñosa sonrisa. Es prejuicio generalizado suponer que a un mayor incremento de ciencia, debe corresponder una notable reducción de la religiosidad o cuando menos un correlativo aumento del indiferentismo religioso. Ferrini dió un mentís a tan burda superchería. Frente a los estímulos y a los acicates del mundo circundante, que inclinan a la frivolidad, al placer fácil, a la anarquía ideológica, a la concupiscencia del dinero o del poder, Ferrini conjugó en admirable coherencia el dominio de la verdad científica con su vigorosa fe religiosa y sus acendradas virtudes evangélicas. No es posible ascender a las cumbres de la Santidad sino a base de una firme resolución de voluntad. La virtud gira alrededor del quicio del carácter. No hay virtud sin fortaleza. El mismo término "virtus", significa fuerza. Ferrini, resuelto a ser santo, enriqueció su vida interior con la tersa limpidez de su alma; con la oración férvida e ininterrumpida; con la sincera humildad, camino real hacia lo infinito como él mismo escribiera alguna vez; con el desasimiento de las cosas perecederas; con la alegría de sentirse auténticamente virtuoso; con el sacrificio callado; con un maravilloso equilibrio entre la contemplación y la acción; con un apostolado militante y eficaz de que fué claro y operante ejemplo cuando actuó como socio de las Conferencias Vicentinas y como miembro del Ayuntamiento de la Comuna de Milán, en tiempos sumamente aciagos y difíciles para el catolicismo italiano.

Así, reconocido por el consenso unánime de sus coetáneos, como sabio y como santo, cargado de méritos aunque no de años, al alcanzar la madurez de una vida plena de fecundidad, pagó su tributo a la muerte el 17 de octubre de 1902, al truncar la Providencia su destino de maestro, para conducirlo a la inmortalidad.

Nueve lustros después, y comprobados los milagros que Roma exige en estos casos, Pío XII, en abril de 1947, enalteció con los honores de la beatitud. Los deseos de Benedicto XV de que este Profesor laico, de que este santo de levita, según se le ha llamado, fuese incluido en el elenco de la hagiografía Católica, como demostración paladina de que la santidad es una flor cuyo terreno propicio se encuentra en todos los ámbitos de la Iglesia, estaban felizmente cumplidos. La Universidad del Sagrado Corazón de Milán al promover el proceso de Beatificación del Profesor Contardo Ferrini, sugirió que se le proclamase como el Santo de las Universidades Católicas. Reconforta el espíritu comprobar que esta sugerencia se halla en vías de cristalizarse y que la señera figura del beato Contardo Ferrini, lejos de esfumarse, devorada por las fauces del olvido, se agiganta inmarcesible con el correr del tiempo, en la medida en que los estudiantes y profesores católicos aquilatan sus virtudes y se estimulan a imitarla, convencidos de que también el frío, oscuro, árido y monótono quehacer de la Cátedra puede conducir hasta las altas cimas de la Santidad.



Hugo Alsina y el Derecho Procesal (*)

Por el Dr. SANTIAGO SENTIS MELENDO

1. Hemos perdido a Hugo Alsina. Como Podetti hace bien poco, como James Goldschmidt, muerto en Montevideo en 1941, falleció inesperadamente, casi instantáneamente. También Lascano, y Couture, y Calamandrei, nos habían abandonado rápidamente, sin permitirnos, en el dolor anticipado, en la "premuerte", tan obsesionante para Couture, habituarnos a la idea de su desaparición. Alsina, que había estado con nosotros cuatro días antes de su muerte (1), parecía entonces plétórico de salud; pero había de dejarnos el 21 de octubre, con absoluta orfandad para los estudiosos de derecho procesal. Antes que él, como he señalado, habían desaparecido Lascano, Podetti, Couture. Era Alsina el último que perdíamos de los que he denominado "nuestros cuatro grandes", de los que hicieron posible aquel año 1941-42 de esplendor máximo del derecho procesal de

* Este artículo publicado en el N° 7238, de Jurisprudencia Argentina, fue remitido al Decano de la Facultad, Dr. D. García Rada, por el Dr. S. Sentis Melendo, a quien agradecemos su amable colaboración a nuestra Revista.

(1) Ese 17 de octubre en que (con las dificultades propias de la fecha) volvíamos algunos de La Plata de acompañar, en su último viaje, a otro gran jurista y gran ciudadano, a Enrique V. Galli, y encontrábamos en la sesión del Centro de Estudios Procesales al maestro Alsina que, por primera vez, asistía a una de nuestras reuniones y que le prometía a Clemente Díaz estar presente pocos días después en Lanús, cuando se examinase el proyecto de ley de organización y procedimiento para la justicia local o justicia de menor cuantía que, con Mercader y con Morello, había redactado para la Provincia de Buenos Aires (Recientemente, en la Provincia de Buenos Aires, el Poder Ejecutivo preparó un proyecto de ley para la denominada "justicia de instancia local", regulando su organización y el procedimiento a seguir. Por su parte, el Dr. Amílcar A. Mercader (profesor de derecho procesal y actualmente Decano de la Facultad) y los Dres. Clemente A. Díaz y Augusto M. Morello (profesores, respectivamente, de las Facultades de Buenos Aires y de La Plata) habían redactado, por encargo del Colegio de Abogados de La Plata, otro proyecto dirigido al mismo fin. La alarma que, entre los profesionales, produjo el proyecto del Poder Ejecutivo, determinó que se convocara un Congreso de Legislación Procesal y Organización de la Justicia en la Provincia de Buenos Aires, que se ha celebrado en La Plata en los días 5 y 6 de diciembre).

lengua castellana: aquellos doce meses en que vimos aparecer el *Tratado de Alsina, Jurisdicción y Competencia de Lascano, Teoría y Técnica de Podetti y los Fundamentos de Couture*. Es difícil que un fenómeno de tal naturaleza se repita; pero mientras todos, o algunos de ellos, permanecieron con nosotros, podíamos confiar en la evolución, en el natural desarrollo, de aquella producción. Es necesario ahora enfrentarse con la realidad de esas ausencias; y enfrentarse, al mismo tiempo, los que quedan, con la propia responsabilidad científica.

Quiero, en estas columnas, recordar a Alsina y contemplar su obra. Es posible que para lo segundo alguno piense que me comprenden las generales de la ley; sin embargo, en el campo intelectual, la amistad y el agradecimiento no deben ser motivos de recusación. En vida de Alsina, esos sentimientos, bien profundos, no me impidieron juzgar, con absoluta objetividad, la obra del Maestro. Hoy esa obra se proyecta en nuestro mundo procesal de manera definitiva. Y creo que puedo examinarla con igual imparcialidad, sin que me ciegue una amistad de tantos años, que no se vió empañada en momento alguno, y un agradecimiento que conservaré mientras viva.

2. Alejado de la Universidad (de la Cátedra y del Instituto de Enseñanza Práctica, al que dedicó tanto esfuerzo), la actividad científica de Alsina estaba concentrada en la preparación de la nueva edición de su *Tratado*, que proyectó en seis volúmenes, dividiendo en dos cada uno de los que formaban la primera edición, por razón de la natural ampliación de materiales (2) y también para darles unas dimensiones más cómodamente utilizables. Lo que esta obra representa dentro de la bibliografía procesal de nuestro idioma lo he puesto de manifiesto en varios trabajos (3), y es objeto principal del presente, así como lo es el señalar de qué manera se fue creando, cómo trabajó Alsina para formar su *Tratado*.

3. Si esta nueva edición, como la anterior, se iba formando en la soledad de su cuarto de trabajo, ello era posible porque antes Alsina había desarrollado una actividad múltiple: el *Tratado* no es la obra del teórico, abstraído en las elucubraciones doctrinales, ni tampoco la obra del práctico obsesionado por las dificultades del caso real que la vida diaria lleva a su bufete de abogado; no es lo uno o lo otro, sino lo uno y lo otro, conjuntamente, en magnífica síntesis. El *Tratado* se pudo escribir como la consecuencia, en primer término, del ejercicio de la docencia, de la labor de cátedra; pero de esa labor apoyada en la realidad de la vida profesional del abogado. Los "casos prácticos" no tienen sentido cuando se inven-

2) A la distancia de más de quince años de la primera edición, en esta nueva se recoge toda la producción doctrinal, legal y jurisprudencial, aparecida durante ellos; pero, además, capítulos, bien importantes, que no figuraron en aquella, como el dedicado al *derecho procesal laboral*, se han incorporado a esta nueva edición.

(3) Fue primero el trabajo publicado en *Mundo Forense*, pocos días después de la aparición del primer volumen del *Tratado*. Después el publicado en *Jurisprudencia Argentina*, con el título de *Los conceptos de acción y de proceso en la doctrina del profesor Hugo Alsina* — Su situación dentro del panorama procesal de nuestra época: recientemente, el publicado en *La Ley*, con el título *La nueva edición del Tratado de Alsina*.

tan cerebralmente; es absurdo inventar casos prácticos cuando la vida nos ofrece tantos, ya bien terminados, bien perfilados. Alsina, profesor, pudo construir su obra sobre el conocimiento de la vida adquirido por Alsina, abogado; y no sólo eran la cátedra y la actuación profesional, sino también, después, uniendo ambas actividades, la dirección del Instituto de Enseñanza Práctica, que aceptó cuando otro gran Maestro, el Profesor Héctor Lafaille, se alejó de la Universidad; y al lado de esas actividades, la enseñanza diaria que proporciona, o a la que obliga, la dirección de una de nuestras grandes revistas, **Jurisprudencia Argentina**; y también, en estos años, la de nuestra **Revista de Derecho Procesal**. Estas actividades y este bagaje, científico y profesional, hicieron posible el **Tratado de Alsina**.

4. Esos elementos lo hicieron posible. Pero ¿cómo se formó? En el orden material, pocas obras de esas dimensiones y de esas proyecciones se habrán realizado personalmente. He tenido en mi poder, algún tiempo después de la aparición del primer volumen, los originales de éste; baste con una mera indicación que alguien podrá considerar muy material: esos originales estaban **totalmente** escritos a mano, y así habían ido a la imprenta, porque la caligrafía primorosamente clara de Alsina lo permitía (4). En pocas obras de esas dimensiones materiales se produce hoy tal fenómeno.

5. El **Tratado de Alsina** ha de considerarse, sin discusión posible, el exponente del derecho procesal argentino; la representación máxima, pero no, naturalmente, la única. Por el contrario, de la importancia del derecho procesal argentino, y del rioplatense (5) y del latinoamericano en general, nace la importancia de ese **Tratado**. No es una obra única y aislada; ni una obra dominando un panorama de vegetación raquítica. Veinticinco años antes de que Alsina publicase el primer volumen de su obra, ya Jofré nos había traído a Chioventa, había dado el grito de alerta, nos había señalado que existía algo más que el viejo procedimiento; había puesto de relieve la imposibilidad de seguir indefinidamente en la corriente trazada por Estévez Sagut, por Malaver y De la Colina, por muy fuerte que esta corriente fuese y por mucho que deba ser el respeto que hayamos de seguir sintiendo por estos viejos maestros; y nos lo había señalado así, indicándonos que en Italia ya se había superado la vieja concepción procedimentalista; que a la influencia de Mattiolo y aun de Lessona y hasta de Mortara, había sustituido la de la doctrina de Chioventa; que al "amplio colchón" en que tan fácil resultaba descansar, del **Tratado de Mattiolo**, habían venido a sustituir los muchos menos cómodos **Principios de Chio-**

(4) No son muchos los autores que pueden permitirse ese lujo caligráfico; pero no le correspondía solamente a Alsina; puedo decir que Couture, en aquellas continuas adiciones y modificaciones, que llegaban hasta la prueba definitiva de páginas, podía hacerlas personalmente sin perturbar, al menos en cuanto a la claridad, la actividad de los linotipistas; que Carnelutti nos entregó de su puño y letra el texto de *Arte del derecho*; y no digamos de los trabajos y de las personalísimas misivas de Amílcar A. Mercader, que sólo por rara excepción llegan mecanografiadas.

(5) He dicho en varias ocasiones que no es posible contemplar el panorama procesal argentino, sino el rioplatense, y que Couture hizo posible este fenómeno. Después habré de volver sobre ello.

venda, que a veces resultaban bastante espinosos, y que no son un lecho para el descanso sino un instrumento para el trabajo. Pero Jofré no descubrió a Chiovenda para conformarse con darnos su nombre y señalarnos su obra; nos enseñó, sin dejar de ser él un procedimentalista, que se puede estudiar y legislar como procesalista; y produjo su **Proyecto**, en 1926, magnífico antecedente del que, un decenio después, formaría Lascano. Estamos avanzando en una tercera década del siglo. Cuando llegamos a la siguiente, es Couture, al otro lado del río, quien, con sus treinta años escasos, empieza a marcar rumbos a la ciencia del proceso: **El divorcio por voluntad de la mujer** y después **Teoría de las diligencias para mejor proveer** no son escuelas monografías procesales; en este último libro, de 1932, siente la necesidad de anteponer a la exposición particular del tema una de carácter general que indique la situación de los estudios procesales en aquel momento. Seguimos avanzando y, en 1935, como antes he dicho, es Lascano quien, en la Universidad Nacional de La Plata, en su Instituto de Altos Estudios Jurídicos, produce el **Proyecto de Código de procedimiento civil** que, aun contando con el antecedente magnífico del de Jofré, debe considerarse como el primero que, en lengua castellana, recoge y utiliza todo lo que la escuela italiana y —a través de ella— la alemana han sabido hacer progresar el proceso civil (6). Ese **Proyecto** no llegó a convertirse en ley; creo que bien escasos retoques hubieran sido necesarios para ponerlo en práctica; pero es indudable que nadie deberá legislar en América, en materia procesal, sin tenerlo presente. Muy poco tiempo había transcurrido cuando se celebraba en Córdoba el **Primer Congreso de Ciencias Procesales** (7) en el que a la denominación correspondió, con absoluta exactitud, el desarrollo del certamen: allí se expuso y se hizo **ciencia procesal**.

He querido señalar nada más que estos jalones en el itinerario procesal; poner de manifiesto que el **Tratado de Alsina** seguía un camino que ya estaba iniciado y que había de continuarse: el iniciador hay que verlo en Jofré; la máxima altura, hasta hoy, nos la marca el **Tratado de Alsina**.

6. Año de máximo esplendor, he dicho. Nosotros no podemos utilizar una unidad italiana o alemana de medida. No contábamos con el

(6) Ante las dificultades insuperables para conseguir la edición oficial de este proyecto, y contando con el permiso de las autoridades de la Universidad de La Plata, lo publicamos en la **Revista de Derecho Procesal**, año XII (1954), segunda parte, cuidando, por medio de indicaciones marginales en la **Exposición de motivos**, de señalar la numeración de las páginas de la primitiva edición.

(7) Véase el volumen publicado por la Universidad de Córdoba, recogiendo los antecedentes y las actas de aquel congreso, y mi nota sobre ese volumen en **Revista del Derecho Procesal**, año I (1943), segunda parte, pág. 96. Muy pocos años después se celebraba en Buenos Aires el Congreso Pro Juicio Oral, organizado por Eduardo Augusto García y Enrique Díaz de Guijarro, con representaciones de todas las instituciones jurídicas del país: poderes del Estado y de las Provincias, Universidades, Colegios de Abogados, etc. En ese certamen ya no se discutía el carácter científico del derecho procesal; no se discutía ni siquiera el estilo, el lenguaje. El Congreso de Córdoba había abierto el camino.

Comentario de Mortara, ni con los **Principios de Chiovenda**, ni con el **Sistema**, de Carnelutti, ni con los **Profili** de Redenti; tampoco con el **Tratado de Rosenberg**, ni con el de Goldschmidt; ni con las obras anteriores de Stein, de Wach, de Hellwig. Nuestra producción era mucho más modesta. Pero algo, como he indicado, se venía haciendo, y, sobre todo, otro lenguaje se venía utilizando; concreción de esas realizaciones y utilización de ese lenguaje nuevo; adaptación, en suma, de todo lo que hasta aquel momento se había elaborado a uno y otro lado del Atlántico, fue la producción que se nos ofreció en aquellos doce meses que van de mediados de 1941 a mediados de 1942. Fueron nuestros cuatro "grandes" y su máxima producción: Alsina, Couture, Lascano y Podetti. No se trata entonces de "auge", ni después de "declive"; ciertas alturas, una vez logradas, basta con conservarlas dignamente. Me parece que tampoco la altura de los **Principios de Chiovenda** o del **Sistema de Carnelutti** se haya superado en Italia, donde se ha contado con el instrumento del nuevo código; igualmente Goldschmidt y Rosenberg siguen figurando como alturas máximas en la Alemania de este siglo. No por eso la ciencia europea ha entrado en decadencia.

Aquel fue el año "grande". Se atenuaría, después de **Jurisdicción y competencia**, la voz de Lascano; Podetti que, ante de **Teoría y técnica del proceso civil**, había producido sus **Comentarios** al código de Mendoza, llenaría después varios años de producción con los distintos **Tratados** integrantes de su **Derecho procesal civil** (8), pero su originalidad máxima ha de apreciarse siempre en aquel interesante volumen; Couture seguiría, a la primera edición de sus **Fundamentos**, las sucesivas hasta llegar a la aparecida después de su muerte; y su **Proyecto**, y las constantes monografías y conferencias; y el **Vocabulario** todavía inédito; pero también, entre su labor magnífica, descollarán siempre los **Fundamentos**.

Con admirable regularidad de obra que se escribe cuando ya se ha preparado totalmente en sus líneas generales y en sus detalles, el **Tratado de Alsina** se continuaría en 1942 y se terminaba en 1943 (9). Pero los que estudiamos derecho procesal hemos considerado siempre que la **esencia del Tratado** está en el volumen primero, en el que se fijaron las líneas maestras de la obra.

7. ¿Cuáles son las características del **Tratado**? De "teórico-práctico" lo califica su autor; y creo que bien acertadamente. No fue un libro dirigido a los teóricos exclusivamente para exponer un cuerpo de doctrina; ni a los prácticos, para tratar de resolverles sus dificultades de cada día en el ejercicio de la profesión. Libros de esta última naturaleza ya teníamos bastantes; no se puede decir lo mismo de los primeros. Se trataba de formar

(8) **Tratado de la tercería, Tratado del proceso laboral, Tratado de las ejecuciones, Tratado de la competencia, Tratado de los actos procesales, Tratado de las medidas cautelares, Tratado de los recursos.**

(9) El 30 de diciembre de 1943 se ponía el colofón al tercer volumen, con precisión cronométrica para que, uniéndose a los otros dos volúmenes, pudiesen ir en busca del merecido primer premio que había de otorgar a la obra la Comisión Nacional de Cultura.

un conjunto orgánico que para los estudiosos fuese "ciencia útil" (10) y no meras elucubraciones doctrinales, y que para los prácticos exigiese el conocimiento de los principios de la ciencia procesal. Es necesario tomar en consideración el momento en que una obra aparece. Cuando se contempla la situación de los estudios de derecho procesal en los países de nuestra lengua durante las primeras décadas de este siglo, resulta fácil comprender que quienes salimos de las Universidades durante ellas lo hicieramos sin haber oído siquiera pronunciar los nombres de autores cuya doctrina enseñamos hoy a los alumnos como de indispensable conocimiento para superar los exámenes (11). Esto es importante. El *Tratado* de Alsina cumplió el cometido, bien extraordinario, de enfrentar a los abogados argentinos (y en seguida a los de América) con la doctrina moderna; de enfrentarlos a través de unos códigos vetustos; y, sobre todo, de enfrentarlos sin violencia (12). Porque no se trata, como he dicho, de ofrecer doctrina moderna a los estudiosos (13), sino de envolver a los prácticos en esa doctrina, de generalizarla, de llevarla a todos los estudios de abogados y a todos los despachos de jueces; de desplazar el caduco procedimentalismo por las nuevas concepciones procesales. Eso lo consiguió Alsina sin resistencia; no me atrevería decir que sin esfuerzo; pero el suyo evitó el de los demás. Para ello, el *Tratado* de Alsina acumulaba todas las condiciones necesarias. He dicho que respondía a su título: "teórico-práctico"; debo añadir que el requisito de la claridad lo ofrece en forma absoluta; si de él no se podrá decir, como de la obra de Couture dijo un ilustre colega venezolano, que hacía del derecho procesal "un canto y una danza", si se podrá afirmar que hizo del derecho procesal una cosa clara, hablándonos, en todas las páginas de sus tres volúmenes, en un claro lenguaje procesal, que a nadie ha exigido un esfuerzo especial para comprenderlo y asimilarlo. Con él, la Argentina se incorporaba al movimiento procesal de una manera plena; acaso de una manera más plena que ningún otro país, porque difícilmente habrá de encontrarse un conjunto de abogados que utilice de una manera más general la mismo obra para el estudio del

(10) En la más exacta acepción de la expresión utilizada por el Maestro de los Maestros, Vittorio Scialoja. Véase su trabajo *Derecho práctico y derecho teórico*, cuya traducción publiqué en *Revista de Derecho Procesal*, año XII (1955), pág. 153 y sigtes.

(11) Puedo asegurar que en la Universidad de Barcelona, hasta 1924 en que yo me licencié, de Chiovenda no nos habían hablado. Se hace necesario que llegue Beceña a la cátedra de Madrid y Xirau a la de Barcelona, para que se tenga conocimiento de que el procedimiento francés ha sido superado y que en Italia no están detenidos en Mattiolo. Aquí, como he indicado, unos años antes, se hace mención de Chiovenda; pero no debemos creer que su doctrina llegue a ser de general conocimiento hasta bastantes años después.

(12) Recuérdese la resistencia de los abogados de los "prácticos" italianos, ante la obra de Chiovenda, resistencia de la que el propio maestro italiano se hace eco: "antes teníamos a los filósofos... ahora han llegado los alemanes" (véase *Ensayos de derecho procesal civil*, t. 1, Bs. As., Ejeva, 1949, p. 4431).

(13) Estos ya estaban conquistados desde años antes, según reconoce el propio Chiovenda (ob. y vol. cit., p. 430), no solamente en Europa sino también en Argentina, Brasil, Uruguay, Cuba, México.

derecho procesal. Parecerá cosa excesivamente material referirse al número de ejemplares que formaron los distintos tirajes de la obra; pero es evidente que cuando de un libro se agotan cinco mil ejemplares, y después cinco mil más; y, al iniciarse la segunda edición, pronto resulta también corto el tiraje de otros cinco mil, ha de pensarse que difícilmente puede haber en la Argentina (por considerado que sea el número de ejemplares enviados al exterior) un abogado que carezca de este libro. Y como su lenguaje, según acabo de decir, ninguna dificultad ofrece, como es un libro esencialmente claro, conceptualmente diáfano, debemos pensar que no puede haber un abogado que se resista a la asimilación de la doctrina procesal y que deje de aplicarla a la práctica. La resistencia que existió en Italia a admitir la doctrina chiovendiana aquí no ha podido producirse.

8. Esa labor de sustituir el viejo procedimiento por el moderno derecho procesal fue Alsina el primero que la realizó en lengua castellana; y quizá el único que obtuvo de ella plenos resultados. Me parece que no es difícil demostrarlo. Que antes de él en América y en España existía "derecho procesal" es cosa innegable: aquí como he indicado, Jofré hablaba de Chioventa en 1916 (14), y lo tomaba en consideración en 1926 al redactar su *Proyecto*; el propio Chioventa señala el conocimiento de su doctrina en América. En España, Becña y Xirau desde la cátedra, y con mucha más intensidad que ellos un desconocido profesor Casals y Santaló, traduciendo los *Principios* (15), divulgaba la doctrina del maestro de Roma; después Prieto Castro traducía a Kisch y a Goldschmidt, y Alcalá-Zamora anotaba la traducción de la obra del profesor de Berlín. Así se llegaba al año 1941. Sin otras manifestaciones que las meramente monográficas de la nueva doctrina. La primera en forma completa es el *Tratado de Alsina*, cuando ni la *Exposición de Prieto Castro* ni el *Manual de De la Plaza* se

(14) Véase Nota en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, p. 669.

(15) Nunca he sabido a qué Universidad estuviese adscrito este "profesor"; y es curiosa su suerte... o su desgracia; creo que no ha habido porcesalista español que haya dejado de dirigirle ataques por su traducción de los *Principios* de Chioventa; los más violentos fueron los de Becña en un trabajo publicado en la *Revista de Derecho Privado*; ataques que determinaron las salvedades del propio Chioventa, en edición posterior de los *Principios*, en cuanto a la labor del traductor. Sin embargo, los *Principios* son conocidos en los países de lengua castellana merced a esta traducción que, no obstante sus indiscutibles defectos, ha logrado difundir la doctrina chiovendiana infinitamente más que la labor de cátedra de Becña (si efectivamente la orientó en tal sentido el profesor de Madrid); no creo que la difusión de los *Principios* haya sido alcanzada por la de las *Instituciones*, traducidas con mayor corrección por Gómez Orbaneja. Otros libros se han traducido más deficientemente y nadie los señaló a su tiempo (basta recordar la ininteligible terminología, en orden al proceso, de algunos pasajes de un volumen de Cicu, *La Filiación*, realizada por quienes, habiendo seguido los estudios de derecho en Italia, tenían el deber de conocer la lengua y la doctrina jurídica); con deficiencias y todo, la traducción de Casals y Santaló cumplió su cometido.

habían publicado (16). La primacía en el tiempo es un hecho objetivo. Después Alsina seguiría trabajando y completaría los tres volúmenes; y, en España, Prieto Castro seguiría elaborando sus obras generales hasta llegar a su *Tratado* del que, en 1952, aparece el primer volumen y más tarde algunos pliegos del segundo; y Guasp iniciaría sus *Comentarios* a la ley de enjuiciamiento civil, de los que tampoco pasa del primer volumen y algunas entregas del segundo; su obra general (parece que en sustitución de la que no llega a completarse) es su *Derecho procesal civil*, en un volumen mamotético. No se trata de hacer la crítica general de cada uno de estos libros ni de compartir méritos científicos que nadie puede negarle a ninguno de ellos. En Manuel de la Plaza vemos el divulgador fácil de la doctrina italiana, o el vulgarizador de ella; Prieto Castro nos acerca a la doctrina germana; uno y otro, sin hacer la exégesis de la ley procesal española, consiguen explicar ésta a través de aquellas doctrinas; Guasp, llamando *Comentarios* a su primera obra general, de gran mérito científico, no logra con ella el menor acercamiento entre la doctrina y la ley, entre la teoría y la práctica; y lo mismo ocurre después con su tratado o manual, carente de bibliografía y de jurisprudencia, de material silueta carneluttiana.

Frente a estas obras, véase la de Alsina, exponiendo la doctrina moderna en toda su amplitud, pero sin apartamiento de nuestros viejos códigos, sino, por el contrario, interpretándolos, en labor semejante a la que un día realizaron con el código de 1865 los maestros italianos; y, al mismo tiempo, incorporando a esa labor la mole inmensa de nuestra jurisprudencia. La obra de Alsina se convierte así en el instrumento del trabajo diario de los abogados y de los jueces; pero instrumento manejado sin esfuerzo, con naturalidad; la doctrina procesal se va infiltrando en los nuevos fallos, porque también se ha manifestado en los escritos y en los informes de los abogados; la simbiosis es perfecta. Y no es sólo que la obra de Alsina pueda ser utilizada por el abogado, sino que ha de ser utilizada porque ella resuelve todos los problemas de la práctica. La obra de Alsina no sólo constituye ese instrumento sino que puede ser instrumento único. ¿De qué obra puede decirse algo similar? ¿Cuál es el libro que por sí solo puede satisfacer todas las necesidades procesales del abogado y del juez?

9. Así se comprende el éxito de este libro. Así se explican esos dos tirajes con cinco mil ejemplares cada uno, de la primera edición, y los cinco mil ejemplares de la segunda edición de los volúmenes publicados; cifras nunca alcanzadas (ni siquiera soñadas) en nuestros países. Así se justifica que esta obra mereciera, de manera indiscutida, el primer premio de la Comisión Nacional de Cultura.

(16) El primer volumen de la *Exposición* de Prieto Castro es de 1941; el primero del *Derecho procesal* de Manuel De la Plaza es de 1942; ninguno de ellos pudo ser conocido aquí hasta bastantes meses después de publicado el primer volumen de Alsina. Ambos fueron comentados en el primer número de la *Revista de Derecho Procesal* (año 1943), en notas que he reproducido en el primer volumen de mi colección de *Ensayos de Derecho Procesal* que se publica ahora bajo el título de *Teoría y práctica del proceso*.

Pero, sobre todo, se explican los resultados científicos: hasta Alsina, el derecho procesal era conocido y estudiado por una minoría; desde Alsina el derecho procesal se estudia por la generalidad de los profesionales; con él entramos en la época del derecho procesal, que Jofré había vislumbrado o nos había anunciado. Esas dos figuras dominan, entre nosotros, esta disciplina en el siglo actual.

10. Por eso, cuando un procesalista español, como Prieto Castro (17), quiere situar "por los años 1931 y siguientes" el despertar de los estudios procesales en las naciones de América, y aprecia ese despertar en la curiosidad con que eran acogidas sus traducciones de obras germánicas (Kisch, 1932; Goldschmidt, 1936) y los estudios menores publicados por él, quizá contempla el panorama de estas naciones, y en particular el de los pueblos del Río de la Plata, de manera muy personal. No es que esas traducciones ni esos estudios no despertaran el interés por los estudios procesales, sino que merecieron atención precisamente porque aquél interés estaba ya bien despierto. Como he señalado antes, Chiovenda fue **descubierto** en castellano por Jofré; al menos no tengo noticias de que, antes de citarlo el Profesor de la Universidad de Buenos Aires, su nombre apareciese en la bibliografía procesal de nuestro idioma (18). Puede ocurrir que nuestros autores *no hayan manejado con la intensidad* que algunos españoles la bibliografía alemana (como nos señala Prieto Castro); pero digamos que en España, por aquella fecha, los procesalistas que utilizaban esa bibliografía bien podían contarse con los dedos de una mano... y sobaban dedos. Y digamos también que si Kisch se tradujo en 1932 y Golschmidt en 1936, publicándose en España ambas traducciones, muy pocos años después fue aquí donde aparecieron sucesivos escritos del Maestro de Berlín, en particular su **Derecho Judicial Material**, que no creo se haya leído mucho en España; que si allí se tradujo a Schönke, aquí traducimos el **Lehrbuch** de Rosenberg; y su **Bewcislast**; que también aquí hemos traducido a Wenger, y hemos realizado la primera versión de Wach y de la obra clásica de Bülow. Todo esto no hubiera sido posible si aquí no hubiera existido un movimiento, una corriente procesal. Y esa corriente nadie la canalizó con mayor método que Alsina. De él no se puede decir que pasara "desde el derecho co-

(17) *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol. II. Madrid 1950, p. 848 (también en *Enciclopedia Seix*, t. I, voz derecho procesal, ps. 945 y ss., especialmente N° 21, p. 973).

(18) Indirectamente pudo ser conocido por las cifras que de sus trabajos se hacen en la obra de Alfredo Rocco, **La sentencia civil**, que, publicada en 1906 en Italia, fue traducida muy pronto al castellano, en edición de La España moderna (sin fecha). Después esa versión fue publicada en México, editorial Stylo, en 1944. Pero no debemos prescindir de la realidad: la obra de Alfredo Rocco, tan excelente, de tan depurada técnica procesal, bien poco influyó en nuestros estudios; acaso se agotaron los ejemplares de la edición de La España moderna, pero no dejó rastro en el público jurídico de nuestra lengua; no nos abrió el camino hacia la producción de Chiovenda sino que, por el contrario, cuando después se conoció a Chiovenda es cuando se volvió hacia la obra de Rocco. Además, la bibliografía chiovendiana en el volumen de Rocco, se refiere naturalmente a las magníficas monografías de los primeros tiempos, pero no puede alcanzar las obras generales del maestro.

mún más cerrado al precioso carneluttiano" (19). Sabía perfectamente lo que significaba aquel "derecho común" y, conociendo bien la doctrina carneluttiana, no se sentía arrastrado al "preciosismo"; prefería detenerse en Chioventa y Calamandrei. En cuanto al "sentido histórico y al contenido de los cuerpos legales vigentes", también Alsina supo comprenderlos en toda su importancia. Bastaría señalar que cuando, recientemente, en Madrid se celebró el Primer Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Procesal, precisamente con espíritu conmemorativo de la Ley 1855 y de la obra de Caravantes, lo cierto es que de aquella Ley y de su glorioso intérprete fue Alsina el autor del mejor recuerdo; de no haber sido por un ilustre paisano de Don José de Vicente y Caravantes, el actual profesor de Valencia (pero aragonés de nacimiento y de espíritu), Doctor Víctor Fairén Guillén, solamente la comunicación del Maestro de Buenos Aires hubiera estado especialmente dedicada a la vieja Ley, que cumplía un siglo, y al autor del mejor *Tratado* de Procedimientos Civiles que se escribió en lengua castellana.

11. Aquí podemos considerar vigente la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855. Es cierto y esa es, o ha sido, nuestra suerte. Porque esa vigencia, prolongada a través de casi todos nuestros códigos (de la Capital y de las Provincias) ha determinado que aquí la obra de interpretación haya sido la de Vicente y Caravantes, olvidada en España al adaptarse a la Ley de 1881 las vulgaridades de Manresa y de Beus. Yo, a Caravantes lo he estudiado en la Argentina; en España no es que estuviese superado; estaba olvidado. Aquí, actualmente, estudiamos procesal; pero la exégesis es bien necesaria en el trabajo diario; y entonces echamos mano de Caravantes, autor actual para nosotros.

Es una fortuna procesal que así haya ocurrido; y Alsina nos ayudó a administrarla, señalándonos el valor científico de la obra de exégesis de una ley que no es más vieja que la dictada para sustituirla en la Península, pero con mucha más suerte en cuanto a quien hubo de interpretarla.

12. Corriente o dirección del derecho procesal, fue la de aquí americana o rioplatense; para que fuera esto último tuvimos —como dije en otras ocasiones— a Couture. En este lado del río, Alsina produjo la obra máxima. Pero no fue solo el *Tratado*. También la *Revista de Derecho Procesal*, que con él, como director, pudo fundarse y subsistir; obra americana toda ella.

La guerra mundial había terminado; el mundo volvía a comunicarse. Italia y Alemania no habían muerto; España iba resurgiendo también sobre sus escombros. Y tuvimos que ir hacia Europa, y pudimos conseguir que nos llegasen los grandes maestros: Goldschmidt, la figura cumbre del procesalismo alemán, había venido a morir en esta latitud; aquí trabajó durante años Roberto Goldschmidt, que después pasó a Venezuela; y en el campo del proceso penal, Marcelo Finzi que retornó a su tierra, para morir en Roma; y Camilo Viterbo, específicamente comercialista, para el

(19) Prieto Castro, *Estudios y comentarios*, cit., vol. II, p. 848.

que no resultaba extraña la disciplina procesal; y, después de haber actuado en Argentina y Uruguay, se radicó en Brasil; Enrico Tulio Liebman que realizó magnífica labor, no sólo de producción escrita sino, más aún, de formación de discípulos (20). Tuvimos aquí y no supimos aprovecharlo, a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, cuya labor ha podido ser más eficaz en México. Y recibimos la visita de Carnelutti, con grandiosas y espectaculares actuaciones. Después los españoles De la Plaza, Viada, Guasp.

Pero hasta aquí, era Europa que venía hacia nosotros. Faltaba el otro aspecto del intercambio cultural. Y se realizó en esta etapa. No fue sólo la actuación brillante de Couture en París y Viena. Fue la colaboración americana, especialmente latino-americana, junto a la europea, en las publicaciones colectivas de uno y otro lado del Atlántico. Aquí se hicieron conmemoraciones magníficas de Chiovenda y de Goldschmidt, después de un grandioso volumen en honor de Alsina (21); pero todavía eso era América. Cuando se trató de publicar estudios jurídicos en honor de Carnelutti y de Redenti y en honor de Calamandrei (que, desgraciadamente, había de aparecer en memoria del gran jurista), y aun en honor de la Cedam, allí el procesalismo americano ha estado presente en calidad y en número; no ha sido ya el estudioso que, por razones particulares y personalísimas, se incorpora a un grupo, en el que puede parecer un cuerpo extraño; por el contrario, en algún volumen, la mayoría de colaboradores la vemos representada por los estudiosos latino-americanos o residentes aquí (22). Nos vienen a la memoria las expresiones (aunque en sentido cambie ahora) de aquellos personajes de la obra de Marquina: "Con que ya somos Euro-

(20) La sola formación de Alfredo Buzaid serviría para justificar los años de permanencia de Liebman en Sao Pablo. Véanse, como de mayor interés, las monografías de este profesor brasileño *A acão declaratoria no Direito Brasileiro* y *Do agravo de peticao no sistema do codigo de processo civil*.

(21) Contemplando, pasados varios años, las colecciones de estudios que se dedicaron a los citados maestros, podría decirse que los Estudios en honor de Alsina fueron principalmente argentinos; que los dedicados a la memoria de Chiovenda tuvieron un carácter más americano; y que los dos volúmenes dedicados a la memoria de Goldschmidt significaron la primera aportación importante europea a una publicación jurídica americana; con nosotros estuvieron las primeras figuras de Alemania y de Italia.

(22) Bastaría comparar, a la distancia de treinta años, el volumen en honor de Chiovenda (1927) y los cinco volúmenes en memoria de Calamandrei. Si se comienza por los integrantes del Comité promotor, vemos que en aquel volumen todos son italianos: Castelli, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Segni; en éstos, al lado de Carnelutti, Liebman, Redenti, Satta y Segni, están Alcalá-Zamora y Couture. Pero todavía ello no da una idea precisa de la aportación americana a la ciencia europea; hay que llevar más lejos la comparación: en 1927 hay dos españoles (Beceña y Xirau) que colaboran en el homenaje a Chiovenda; en 1957 también los españoles (a los residentes en España me refiero) son dos: Fairén Guillén y Pérez González. El elenco de latinoamericanos y de españoles que trabajan en estos países es impresionante: Eduardo B. Carlos, Eduardo J. Couture, Humberto Cuenca, Eduardo García Maynez, Ignacio Medina, Oscar Morineau (en el primer volumen); Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Hugo Alsina, Dante Barrios de Angeles, Lorenzo Carnelli, Rafael De Pina, Adolfo Gelsi Bidart, Werner Goldschmidt, Luis Loreto, J. Ramiro Podetti, Ricardo Reimundín, José Sartorio, Santiago Sentis Melendo, Alfredo Vélez Mariconde (en el segundo volumen, dedicado al derecho procesal y formado por autores extranjeros!); y todavía Mario De la Cueva (en el cuarto volumen), y Roberto Goldschmidt (en el quinto).

pa — y ellos siguen siendo España". Sí; ya somos Europa; pero lo somos porque hubo aquel año 1941-42, nuestro año "grande", y porque después supimos seguir comportándonos como grandes; y ello fue la obra de cada uno de los que he citado y fue la obra de todos. Pero esa obra no hubiera sido posible sin el esfuerzo aglutinador de Alsina, realizado a través de la *Revista de Derecho Procesal* (23) y apoyado en su *Tratado*. Somos Europa

(23) La *Revista de Derecho Procesal* significó el complemento del *Tratado de Alsina*; éste era el elemento sólido, estático, de su obra; la *Revista* fue el elemento fluido, dinámico; aquél significaba el esfuerzo individual; ésta era la obra colectiva de los estudiosos reunidos en torno a Alsina, de la familia procesal argentina y americana. Cuando se inició su publicación, Europa, en plena lucha, no podía preocuparse de la evolución científica del proceso; en aquellos momentos, las dos revistas dedicadas al derecho procesal, la alemana y la italiana, habían dejado de publicarse; libros de esos países difícilmente nos llegaban; la revista española no había iniciado su publicación; fue la nuestra la única publicación dirigida a mantener la vigencia del moderno concepto del proceso. Después resurgiría Europa, en ese milagro científico que Couture anunciaba en 1944 al prologar las *Providencias cautelares* de Calamandrei, con aquel maravilloso estudio que llevó por título independiente el de *La escuela italiana del derecho*. Pero, mientras tanto, habíamos estado solos; y si fue mucho lo que recibimos de la ciencia europea, y en particular de la italiana, algo quisimos y pudimos restituírle, y lo hicimos con la revista dirigida por Alsina. No debemos olvidar que a armonizar la doctrina chiovendiana de la *relación jurídica* y la goldschmidtiana de la *situación jurídica* tendió un trabajo de Alsina, *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica*, presentado al Congreso de Juristas de Lima, celebrado en 1952 con motivo del cuarto centenario de la Universidad de San Marcos (véase en *Revista de Derecho Procesal*, año X (1952), ps. 1 y ss.). Y aunque este trabajo no haya de considerarse como un intento totalmente logrado, es la manifestación de un elevado propósito científico. Creo sinceramente (como he dicho en otra ocasión: *Calamandrei, El hombre y la obra*, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, setiembre de 1957, reproducido en *Ensayos*, t. 1, véase especialmente notas 39 y 40 a p. 472) que la doctrina de la situación jurídica, y en general todas las teorías de Goldschmidt, deben seguir siendo estudiadas; y que solamente entonces nos estaremos dando cuenta de lo que el proceso civil significa. Este trabajo no se hubiera podido realizar sin un conocimiento completo y minucioso de las producciones científicas de ambos maestros y, de una manera más general, de la ciencia procesal italiana y de la alemana. Sin que deba dejar de recordarse que la posibilidad de acercamiento entre una y otra teoría ya se había señalado por Calamandrei en 1951, en su trabajo *Un maestro de liberalismo procesal*, que formó parte del homenaje que nuestra revista rindió a la memoria de Goldschmidt, al cumplirse diez años de su muerte (véase *Revista de Derecho Procesal*, año IX (1951), vol. I, ps. 159 y ss., especialmente en su párrafo 3, p. 162, cuando nos dice: "Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las relaciones internas entre proceso y derecho sustancial, y para demostrar en qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia". Antes de decir esto, Calamandrei nos señala que, a la distancia de más de veinte años, no se sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas expresadas sobre la teoría de la situación jurídica (puede verse su trabajo *El proceso como situación jurídica*, en *Estudios sobre el proceso civil*, traducción de S. Sentis Melendo, editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, ps. 213 y ss.; el trabajo original se había publicado en 1927, en *Rivista di diritto processuale*, primera parte, ps. 219 y ss., como nota a la obra de Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, la obra básica de la doctrina del profesor de Berlín, aparecida en 1925).

porque tuvimos **ese año**; pero en **ese año** estaba el **Tratado de Alsina**.

Por lo demás, que el ingreso científico en el mundo procesal de Europa (24) no es cosa que pueda hacerse sin esfuerzo y sin méritos, resulta fácil observarlo con sólo acudir a tantas notas bibliográficas aparecidas en la **Rivista di Diritto Processuale**, publicación que desde hace más de treinta años, con la crítica ejercida en forma tan enérgica, y a veces tan cáustica (25), por Carnelutti, es la que más ha contribuido a establecer los verdaderos valores científicos (26).

(24) El ingreso, en el caso de Alsina, no solo tuvo lugar mediante las publicaciones a que me he referido, sino también con la incorporación a instituciones como la Asociación Italiana de Estudiosos del Proceso Civil, desde el momento de su formación.

(25) De algún libro de innegable valor, que mereció el honor de la traducción en España, Carnelutti ha dicho que, después de su publicación, todo seguía igual que antes.

(26) Sin embargo, y aun reconociendo que las notas de Carnelutti pueden ser el espaldarazo para quien escribe sobre el proceso, no creo que en los primeros momentos en que él se enfrentó con la producción en lengua castellana, llegara a establecer con perfección los valores científicos. La existencia de una corriente procesal científica, tanto en España como en América, se admite por Carnelutti de una manera más firme y categórica a medida que transcurren los años, desde 1942. Creo que vale la pena de seguir cronológicamente (en la **Rivista di diritto processuale**) las apreciaciones del maestro acerca de los progresos científicos en nuestro idioma. Es primero el comentario a la obra de Manuel De la Plaza (1942, I, p. 239), que "muestra la aspiración y el esfuerzo de la ciencia española"; pero "el diseño general es quizá todavía incierto y compuesto, defecto inevitable para quien no solo no tenga sino que pueda tener una clara visión de los planes en que se ha desarrollado el pensamiento alemán y principalmente el pensamiento italiano en torno al sistema". No es más favorable lo que se afirma de la **Exposición** de Prieto Castro (1943, I, p. 76): "El esfuerzo que la ciencia española del proceso está realizando para salir de su minoridad es manifiesto también en este libro; mientras se trata de la asimilación de conceptos, se está logrando; menos fácil es el cometido respecto del método, sobre el cual sus cultivadores deberán particularmente insistir". Después hay que saltar por encima de los años de silencio de la **Rivista** (precisamente en aquellos en que la nuestra nace y el **Tratado de Alsina** se termina) hasta 1947. Comentando dos libros de Lois Estévez nos dirá (1949, I, p. 158): "Laudables esfuerzos de afirmación de las ideas en torno al proceso en España, país mucho más accesible que Francia a la doctrina alemana e italiana sobre este tema... se exige una profundización de investigaciones a que el autor se dedica con pasión ya que no todavía, con notables resultados". Hemos llegado a 1951, y Carnelutti examina los **Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil** de Jaime Guasp (1951, I, p. 92): "La ciencia procesal española nos ofrece un fruto sano, maduro y sabroso". "En orden a la información, no conozco otro jurista español, y podría decir extranjero, que, como Guasp, sepa tratar las fuentes científicas, predominantemente alemanas e italianas, **en perspectiva**; finalmente, he aquí uno que se ha dado cuenta del **desenvolvimiento de la doctrina**, superando la visión aplanada y confusa a la cual hasta ahora casi todos los libros extranjeros nos habían habituado... su libro comienza actualmente a advenir la previsión que formulé varias veces, diciendo a los españoles, de un lado y otro del Océano, así como a los italianos, que no estaba lejano el día en que deberíamos tenerlos en cuenta, de igual manera que los alemanes han debido hacer con nosotros". Avanzamos un poco más, y lo vemos enfrentarse con el **Tratado** de Prieto Castro (1953, I, p. 175), que "testimonia el empeño del docente y la seriedad de la ciencia española en el campo del proceso". Siguen las obras de Fairén Guillén (1954, I, ps. 239 y 307): "La investigación histórica es interesante y bien conducida, aunque la tesis del libro no es plenamente convincente"; y después: "Una in-

13. Como si una maldición pesara sobre el proceso (recuérdese a Pekelis y a Vizioz, desaparecidos trágicamente), pronto las filas del procesalismo se fueron aclarando; son demasiadas necrologías las que he debido redactar en pocos años; se han sucedido las muertes con demasiada urgencia; de aquellos cuatro grandes, ya no tenemos a ninguno. En Italia, de los que contribuyeron a la creación y a la grandeza de la escuela procesal: Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti, sólo viven el segundo y el último, en plena producción, en su ancianidad gloriosa.

Pero hay que seguir trabajando; para eso, nos abrieron ellos el camino. Hay que seguir trabajando, y no sólo en el orden doctrinal; la doctri-

formación y una diligencia que ofrece otra prueba de la seriedad de los estudios sobre el proceso en España".

Pero veamos, especialmente, América. Contempla Carnelutti el trabajo de Alcalá-Zamora. **Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción** (que formó parte del volumen en honor de Alsina) (1947, I, p. 296): "Aun cuando ayudada por los resultados del trabajo alemán e italiano, no se puede pretender que la América Latina haga milagros"; pero "nuestros hermanos del otro lado del Atlántico hacen su camino. Por ahora, naturalmente, están recorriendo una etapa que para nosotros puede considerarse superada". Un año más tarde (1948, I, p. 50) examina el trabajo del mismo autor (y escrito también en América), **Proceso, autocomposición y autodefensa**: "Este interesante estudio contribuye, según el pensamiento del autor, a aclarar los fines del proceso... Estoy convencido de ello... El mayor mérito del libro está precisamente en la orientación. En cambio, que el paralelismo lleve a colocar, junto al proceso y la autocomposición, la autodefensa, como medio de solución del conflicto, es, si no me equivoco, su debilidad. Pero el defecto está ampliamente compensado por la amplia visión y la rica cultura". Y hasta cuando censura, no deja de reconocer que se sigue avanzando. Así, al examinar el libro de Gelsi Bidart, **De las nulidades de los actos procesales** (1950, I, p. 176): "Si buscamos en éste, como en la mayor parte de los libros jurídicos publicados en América Latina, algo nuevo, por ahora el nuestro es tiempo perdido. Pero no es perdido el suyo en el manifiesto esfuerzo de asimilar, casi enteramente a través de la elaboración italiana, la cultura procesal europea. El peligro está en juzgar la literatura jurídica sudamericana sin tener en cuenta nuestra edad y la de ellos. Cada uno de estos libros por sí, lo mismo en su conjunto, debe considerarse en potencia más bien que en acto. El cuidado por parte de nosotros, viejos maestros europeos y, particularmente, italianos, debe estar en guardarnos de toda exageración, ya sea al desvalorizar el acto, ya sea al valorizar la potencia. Gelsi Bidart, por su parte, demuestra haber comprendido el problema de la nulidad mucho mejor que bastantes de nuestros juristas jóvenes y no jóvenes". Aquí Carnelutti parece haber vuelto al año 1942, a sus comentarios a los primeros libros de De la Plaza y de Prieto Castro; parece haber olvidado que el esfuerzo por salir de la minoridad ya ha dado resultados; y que las obras de los nuestros se pueden criticar en su valor individual, que será mayor o menor lo mismo que el de las obras de tantos italianos, sin desconocimiento del valor del conjunto. En seguida, sucesivas notas a la producción de Podetti: Sobre su **Tratado a la tercera** (1950, I, p. 90): "Uno de los más distinguidos entre los cultivadores argentinos del derecho procesal civil"; "El concepto de Podetti está entendido en gran amplitud, en lo que radica quizá el mayor mérito del libro, diligentísimo e inegioso en recoger todas las figuras"; sobre el **Tratado de los actos procesales** (1956, I, p. 71), con sistematización "algo incierta"; pero el volumen demuestra "el esfuerzo tenaz que los juristas de América Latina están realizando a fin de asimilar los resultados ya conseguidos por la ciencia europea y en particular por la italiana".

na ha de continuar influyendo sobre la legislación y sobre las resoluciones de los tribunales; es necesario que de nuestros códigos pueda decirse que "siguen de cerca la profundidad de los estudios sobre el proceso civil" (27); y que lo mismo se pueda decir de la obra de nuestros tribunales. Y para ello es necesario que todos, viejos y jóvenes, en las distintas latitudes del país, nos agrupemos para la realización de una obra de conjunto. Sólo así podremos continuar la obra de los maestros desaparecidos; sólo así podremos evitar que se pierda el esfuerzo de aquellos que dieron impulso y jerarquía a la ciencia procesal del Río de la Plata.

Ese ha sido también el voto que en su última sesión formuló el **Congreso de Derecho Procesal** celebrado en La Plata, al ponerse de pie todos los concurrentes y guardar un minuto de silencio en homenaje a nuestros muertos, después de la elocuente oración pronunciada por Amílcar Mercader. Ese es el significado de las expresiones de condolencia de las Facultades de Derecho del país, ante la desaparición de Alsina. Seguir trabajando aquí, en el Río de la Plata y en América en general, en memoria de nuestros maestros desaparecidos y en utilización de su doctrina; de igual manera que la ciencia procesal italiana no interrumpió su avance a pesar de la muerte del fundador de la escuela. El mejor homenaje a un maestro, acaso el único, es continuar su labor, es seguirla, es utilizarla, que quiere decir estudiarla, examinarla, criticarla, mantenerla en continua evolución. Así podremos seguir haciendo **ciencia útil** y así podremos seguir contribuyendo a que exista en nuestros pueblos una justicia cada día más perfecta.



Más que estas dos notas, la dedicada al Código procesal civil de la provincia de Mendoza: "Inspirador de este código es el profesor J. R. Podetti, uno de los más conocidos cultivadores argentinos del derecho procesal civil. Se trata de un código de tipo moderno, lo que demuestra cómo en la Argentina el progreso legislativo sigue de cerca la profundidad de los estudios sobre el proceso civil"; sin olvidar la nota dedicada (en 1951, I, p. 369) a la segunda edición de los **Fundamentos** de Couture, "una de las obras más importantes de la literatura sudamericana del derecho procesal", de "arquitectura elegante y sobria", aunque "más elegante, sin embargo, que robusta"; Carnelutti expresa su admiración por "el ingenio, la cultura y el espíritu del autor", y hasta admite que sus observaciones (las de Carnelutti) pueden considerarse como efecto "de la resistencia a comprender el arte moderno que es, desgraciadamente, un carácter... de los artífices de su tiempo". He querido presentar esta serie de momentos en la apreciación de la ciencia procesal de españoles y americanos por el crítico más destacado de nuestra época.

(27) Así hemos visto que se lee en la nota de Carnelutti al código procesal civil de la provincia de Mendoza (*Rivista di Diritto Processuale*, 1954, parte primera, p. 131).

DERECHO CIVIL

Reivindicación, petición, pretensión de herencia

Por el Dr. PEDRO PABLO GUTIERREZ FERREIRA.

SUMARIO.—Introducción.—I.—REIVINDICACION Y PETICION 1) Acciones del heredero en Derecho Romano. 2) La *Petitio hereditatis*: A) Noción. B) Fuentes. C) Clasificación. D) Procedimiento. E) Evolución. F) Conclusión. 3) La tradición romanista en la acción hereditaria: A) Derecho histórico español. B) Legislación española. C) Código Civil italiano.—II.—PRETENSION DE HERENCIA.—1- Planteamiento: A) Distinción procesal. B) La pretensión. 2) Disciplina jurídica en el Código alemán.III.—DERECHO PERUANO. 1) Legislación anterior al Código Civil. 2) Código Civil de 1936.

INTRODUCCION.

Estos y otros nombres recibe la acción hereditaria universal. Muy cierto es que se trata de una materia "cuya reglamentación y sistemática está tan abandonada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos" (1), como también, que pocos temas de Derecho civil reclaman un mayor conocimiento de las fuentes jurídicas —históricas y actuales— y mayor rigor conceptual y dogmático. Importa no separarse del llamado Derecho institucional o estructural, que fija las líneas fundamentales o perfiles jurídicos de las instituciones, y constituye las fórmulas básicas con las que el Derecho positivo se llena de contenido y significación (2).

Para el estudio de esta acción —tan antigua como desconocida y equivocadamente tratada— hay que dirigir, en consecuencia, la mirada a los dos sistemas institucionales básicos del Derecho Civil continental europeo y referirse al núcleo de sus significaciones propias (3). No es en un

(1) Trullenque Sanjuán, José.—La "*actio petitio hereditatis*".—Revista General de Derecho, Valencia, Nos. 47-48, Agosto-Septiembre 1948, Año IV; pág. 473.

(2) Roca Sastre, Ramón María.—Crítica institucional del Código Civil. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año XVI, N° 148, Septiembre 1940, pág. 497.

(3) En este fundamental aspecto, el C. peruano adolece de muchos defectos, y precisa una reforma a fondo; lo cual sería necesario para acabar con su absoluta y despreocupada carencia de unidad institucional, fácilmente observable.

simple artículo donde se podrá dar una solución definida al problema, pero sí poner en evidencia las bases imprescindibles para abordarlo con seriedad científica.

I.—REIVINDICACION Y PETICION.—

1) Acciones del heredero en Derecho Romano.

Para hacer valer sus derechos, tenía el heredero dos clases de acciones, unas recibidas directamente del difunto, y otras que le pertenecían personalmente, fundadas en su cualidad de heredero si era llamado por el *ius civile*, y sobre su cualidad de *bonorum possessor* si era llamado por el derecho pretorio. De este segundo grupo, las fuentes hablan en el primer caso de la *hereditatis petitio*, y en el último, del *interdictum quorum bonorum possessor*, quien mediante una adición en la fórmula, debía ser considerado como heredero civil. Según la tradición justiniana, tenía incluso derecho a una *hereditatis petitio possessoria*, tercer medio de tutela que no parece haber sido conocido aún en época clásica (4).

Además se admitió el *interdictum quam hereditatem*, dado contra el poseedor de herencia que "*lis non defendatur*", a semejanza de cuanto acontecería en la reivindicación, y que fué encuadrado, así como el "*quem fundum*", entre los interdictos "*tam adispiscendae quam recuperandi possessionis*", como dice Ulpiano (5).

2) La *Petitio hereditatis*.

A) Noción.

Aquí nos interesa sólo la acción universal. Esta acción "se dirige, según expresa el Derecho de Pandectas, al reconocimiento del derecho hereditario y a la restitución de lo adquirido en la herencia por el demandado" (6). Tenía para el heredero la importancia de no tener que demostrar el derecho del causante sobre los objetos singulares del caudal relicto; puede reclamar de los poseedores todo lo que el "*de cuius*" tenía en el momento de su muerte, quedando reservado al demandado la demos-

(4) Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang.—Derecho Privado Romano.— Trad. de la 2a. edición alemana por L. Prieto Castro. Editorial Labor, S. A. (Barcelona) 1937; pág. 480.

(5) Di Paola, Santi.—Saggi in materia di *hereditatis petitio*.—Università di Catania. Pub. della Facoltà di Giurisprudenza, 22. Milano, Dott. A. Giuffré, editore, 1954. I. Nº 2 pág. 9.

(6) Binder, Julius y Lacruz Berdejo, José.—Derecho de Sucesiones. Editorial Labor S.A. (Barcelona) 1935, pág. 269. Ferrandis Vilella, José.—La comunidad hereditaria.—Bosch, Casa editorial, Barcelona 1954, págs. 27-28.

tración de que determinados objetos particulares son de su propiedad o tiene derecho de retenerlos (7).

B) Fuentes

Sin hacer hincapié en los muchos errores, mutaciones e interpolaciones que las fuentes romanas han sufrido en el decurso de los tiempos, podemos afirmar que hasta nosotros han llegado en cantidad numerosa. Las disposiciones fundamentales que regulan la hereditatis petitio, se encuentran en el Libro V, Título III, IV, y V del Digesto, y en el Libro III, Título XXX del Código (8). Actualmente se han realizado estudios valiosos sobre la materia (9). Lo cierto es que el Derecho Romano había disciplinado la acción de modo completo (10).

No obstante de que la figura en estudio derive del Derecho Romano, el examen de las fuentes no da una orientación segura, quizá porque ellas no reflejan las modificaciones que debió sufrir no sólo respecto a los cambios de procedimiento, sino, más aún, respecto a la evolución del concepto de heredero, de persona investida de un título personal del cual se deriva la adquisición de la herencia, a persona a la que se atribuía la hereditas como patrimonio o como "universum ius defuncti" (11).

Dicha observación, sorprendentemente anómala, es el efecto de un fenómeno no nuevo, que se verifica con frecuencia en el Derecho Romano: la evolución de los conceptos bajo la apariencia estática de una terminología que permanece inmutable y que puede inducir a engaño.

(7) Ennecerus, Ludwig; Kipp, Teodoro; Wolff, Martín.—Tratado de Derecho Civil. Trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1951. Tomo V; Derecho de Sucesiones, por Theodor Kipp, trad. de la 8a. ed. alemana, notas de Ramón Roca Sastre; pág. 370.

(8) Gatti, Hugo.—Petición de herencia. Facultad de Derecho y Ciencias sociales. Montevideo, Edit. M.B.A., 1955; N° 66, pág. 12. Como fundamentales se citan (Arias) el D., 5.3.9. de Ulpiano; D., 5.3.10. de Gayo; D., 5.5.1. (Ulpiano) y 2 (Gayo); D., 5.3.25.18 (Ulp); D., 5.3.25.11 (Ulp.) C., 3.31.7; C., 3.7.29.2; Inst. 2.1.35; D., 12.1.25.1.; C., 6.31.66.

(9) Arias cita a Longo: Stadi sulla hereditatis petitio; Rivista italiana per la Scienze Giuridiche, IV, 1929, pp. 171 ss. Longo: L'hereditatis petitio, Padua 1933; Dénovez La furis possessio dans la pétition d'herédité en Droit romain; en Festschrift Koschaker, T. II; Weimar 1939; Kaden, en Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte; Romanische Abteilung, LXII, 1942; Carcaterra, La hereditatis petitio, en Ann. Giur., Un. de Bari, III, 1940.

(10) Cfr. D'Avanzo.—Walter.—Delle Successioni, Tomo I, Parte Generale. Firenze, Soc. An. Barberá, editore 1941-XIX.

(11) Cicu, Antonio—Successioni per causa di morte. Parte generale; Dellazione e acquisto dell'hereditá, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, diretto dei professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, Volume XLI, Tomo I. Milano, Dott. A. Giuffré, editore 1954; pág. 223.

C) Clasificación.

Generalmente se ha clasificado esta acción como real. Ciertamente es, como dice Gatti (12), que la división de las acciones en "in rem" e "in personam" fué considerada como la "summa divisio"; mas, acertadamente observa Alvarez Suárez, que "no es posible formular un criterio de clasificación con arreglo al cual puedan ser comprendidas y ordenadas todas las acciones; cualquier ratio dividendi que se adopte es incapaz de encerrar las acciones todas" (13). Las acciones reales civiles —que protegen derechos absolutos sobre cosas (derechos reales), o amparan facultades especiales derivadas de las relaciones de familia o de los derechos de sucesión— se tramitaban, en un principio, por la "legis actio sacramento in rem", acción antigua, "La acción hereditaria tenía naturaleza francamente real, y bien servía a la reivindicación de herencia" (14).

Por diversas circunstancias, los conceptos clásicos perdieron su originario valor, y conservándose aparentemente las mismas clases de acciones, sus diferencias pierden precisión e importancia, llegándose al concepto genérico de "actio", *ius persequendo indicio quod sibi debetur* (15).

No hubo, pues, en Derecho Romano, en la edad clásica, un cuadro de clasificación de las acciones, sino más bien un repertorio enumerativo de ellas; y las clasificaciones, entre ellas las de acciones reales y personales, obra de la Jurisprudencia postclásica de los siglos IV y V, aparece sin formulación, pero nítidamente apreciable en época clásica respecto a las acciones civiles (16), (17), y pierden precisión en derecho postclásico y justiniano. El Emperador, buscando aplicar la clasificación a todas las acciones, incluyó en ellas a la *hereditatis petitio*, no clasificada como acción real ni personal en la jurisprudencia clásica, considerándola real en base a la *hereditas* como entidad patrimonial. Y sin embargo, en el derecho justiniano, es más propiamente una acción mixta, en consideración a las prestaciones y responsabilidades del demandado; por la manera de apreciar ésta, la calificó Justiniano también como de buena fe (18).

(12) Gatti, op. cit., pág. 12. Cfr. Insts., & 1, De acciones, IV, 6.

(13) Alvarez Suárez, Urcisino.—Curso de Derecho Romano. Tomo I: Introducción. Cuestiones preliminares. Derecho Procesal Civil Romano.—Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1955). Pág. 372, nota 330.

(14) Di Paola, op. cit., pág. 15. Nº 3, Explicación de Carcaterra, Gayo, 4.17.: Gayo, 4.31.; D., 3.10.1.

(15) Insts., 4.6. pr.; Alvarez, op. cit., & 126, pág. 372.

(16) Alvarez, id., & 126, pág. 372.

(17) Gayo, 4.3. y 3. Alvarez, id., pág. 378.

(18) Arias Ramos, J.—Derecho Romano, Tomo II-III, 6a. ed.; editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, págs. 1083-84.

D) Procedimiento.

Hablar de "acción de petición de herencia", como hacen algunos tratados (19) y legislaciones (20) es incurrir en una redundancia, ha observado acertadamente Lafaille, pues "la *petitio* constituía en el derecho romano una forma de procedimiento, como el *interdicto*" (21); conforme no se puede decir acción de *interdicto*, tampoco se puede decir acción de petición de herencia. Sólo en época muy posterior, la *actio in rem*, algo más amplia que la acción real, vino a ser llamada *petitio* o *vindicatio* (22); y de allí que se explique el pasaje del *Digesto* (23): "La palabra acción es particular y general; porque toda petición, ya sea personal o real, se llama acción, pero las más veces solemos llamar acciones a las personales, y a las acciones reales peticiones"; de donde el nombre de petición con que ahora se conoce la acción, pero que no está exenta de objeciones.

La *hereditatis petitio* se modeló sobre la *rei vindicatio*, de la cual, en su origen, fué una variedad; y en general, en los derechos antiguo y clásico, una *actio in rem* (24).

Durante la vigencia de las "legis acciones", su conocimiento fué de la competencia del Tribunal de los Centumviro (25), como una *vindicatio* que se operaba simbólicamente sobre una de las cosas hereditarias que representara la herencia de modo más principal, como una casa, un fundo o el huerto familiar (26), haciendo el actor la tradicional afirmación "*Aio hanc hereditatem meam esse ex iure Quiritum*" (27). Era entonces la acción un juicio doble, y exigía que el demandado pretendiera para sí el derecho afirmado por el actor (28). También podía procederse "*per sponsonem*" (29).

Es por ello una *actio* o *vindicatio generalis*, por su fundamental objeto, el título de heredero, y consecuentemente en el derecho más avanzado,

(19) Cfr. Gatti, op. cit., jág. 6. Claro Solar: Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Santiago 1943, t. XVI pág. 233; Coviello, Delle Successioni, para generale, 4a. ed., Nápoles 1935, pág. 302; Irureta Goyena. Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada, versión de Hugo Fabri, pág. 87.

(20) Argentina, art. 3421 y 3423; España, art. 197 (antes de la ley de 8.9.39); Francia, art. 137; Suiza, arts. 598 y 600; Uruguay, art. 76.

(21) Lafaille, Héctor.—Curso de Derecho Civil — Sucesiones. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, Ng 339, pág. 228.

(22) Petit, Eugéne.—Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. Saturnino Calleja, Madrid 1926, pág. 685, N° 673, y nota 3.

(23) Ley 17, p. 2, D., 16 cf. Gatti, pág. 7 nota 9.

(24) Arias Ramos, op. cit., pág. 1083, N° 393.

(25) Que fue el que más tiempo la retuvo, pudiendo decirse que en la última época este Tribunal quedó casi reducido a entender en esta clase de pleitos.

(26) Villa, hortus, heredium; Gayo, 4.17.

(27) Arias Ramos, op. cit., pág. 1083-84.

(28) Jóns Kunkel, op. cit., pág. 477.

(29) Alvarez, op. cit., N° 91, pág. 273.

la abstracta noción de hereditas con todas las derivaciones que ello implica; ésto último hace que pueda no obstante su carácter de *vindicatio generalis*, ejercitarse contra poseedores de cosas concretas y particulares (30).

Introducido el procedimiento formulario, la acción dejó de ser doble (31), utilizándose la fórmula petitoria, "aquella en la que el demandante pretende que la cosa le pertenece" (32), que, no obstante, para la *hereditatis petitio*, sólo se usó con bastante posterioridad (33).

E) Evolución.

La terminología más antigua, en el sistema de las acciones de la ley, llama a la *hereditatis petitio* "*vindicatio hereditatis*", es decir, la acción de la ley para reclamar una herencia considerada como un todo unitario (34). La reclamación de una "hereditas" unitariamente considerada, entrañaba, pues, una verdadera reivindicación (35). La dificultad se planteó en cuanto a la legitimación pasiva del deudor hereditario, y de allí, según Carcatera, vino el recurso a la *sponsio* (366), pues en la primera etapa la *vindicatio hereditatis* era un juicio doble, y exigía que el demandado pretendiera para sí (contra *vindicatio*) el derecho hereditario afirmado por el actor (*vindicatio*), por lo que el círculo de demandados era muy estrecho (37); en cambio, en el procedimiento *per sponsionem*, al único que incumbe la prueba del derecho es al demandante; pero a la par que salvó algunas dificultades, complicó el procedimiento (38).

Es probable, así, que en el origen, en que parece probado el carácter real de la *hereditatis petitio*, "no existió una gran diferencia entre la *vindicatio generalis*, dada para reclamar una cosa determinada" (39). Originalmente sólo las cosas corporales formaron el objeto de la acción hereditaria; esto es una opinión incontrovertible, y para ello se adecuaba la *actio sacramento in rem*; estamos en una época en que la herencia, en cuanto entidad patrimonial autónoma, no puede concebirse sino como la suma de *res corporales* (40).

(30) Arias Ramos, id., id.

(31) Jörs-Kunkel, id., id.

(32) Gayo, 4.92.; Álvarez, op. cit., pág. 374, nota 332.

(33) Así, aún no era empleada en el tiempo de Cicerón: Verr. I. 45; de part. orat., 28; cfr. Álvarez, id., 375, nota 336; pero sí aparece en las fuentes jurídicas posteriores; su "intento" rezaba: "Si paret hereditatem actoris esse": Gayo, Dig., 5.3.10.1. cit. por Álvarez, id., nota 337; Di Paola, pág. 8.

(34) Ferrandis, op. cit. pág. 27; el cual destaca la finalidad reivindicatoria de la acción, y ofreciéndola como una prueba de la existencia de la *universitas iuris*, en D. Romano.

(35) Gayo, 4.17; cfr. Álvarez, & 85, pág. 245.

(36) Di Paola, op. cit., pág. 15, con su particular interpretación.

(37) Gatti, op. cit., & 8, pág. 12 y nota 3, II; cfr. Jörs-Kunkel Nº 215, pág. 376.

(38) Álvarez, & 91, pág. 273, nota 234.

(39) Gatti, pág. 17, Nº 11, y nota 16, II, citando a Girard.

(40) Di Paola, pág. 22-23.

Pero no siempre fué así. La homogeneidad del contenido patrimonial de la herencia debió rápidamente desaparecer luego que de una parte adquirieron individualidad los derechos limitados de goce, asumiendo posición propia y distinta de la propiedad; y de otra, los créditos. Desaparece así la correspondencia entre la estructura de la acción y el contenido patrimonial de la herencia; y mientras antes las relaciones entre acción hereditaria y acciones singulares era un problema de cantidad, ahora se hace problema de cualidad. La *hereditatis petitio*, concebida hasta entonces como acción que miraba la reivindicación de las cosas corporales que constituían la herencia, debió ser abandonada cuando la *hereditas* vino a ser comprendida dentro de las *res incorporales* y considerada como algo que "in iure consistet": "quae tangi non possunt, qualia ea quae in iure consistunt, sicut hereditas" (41), y no emplearse más la intentio con la "hereditatem meam esse" del heredero demandante, sino afirmando éste la titularidad de un derecho, el *ius successionis* (42).

Así, la antigua estructura de la acción vino a menos; pero esto sólo si se acepta una plena correspondencia entre acción y derecho sustancial. Y tal no ocurrió. Ha sido probado con abundancia de textos (43), que en época clásica, como punto firme tenemos que la acción hereditaria miraba sólo y siempre a obtener no las cosas hereditarias singulares, sino toda o parte de la herencia en su complejo y como entidad distinta de los singulares componentes. Mas la *hereditatis petitio* continúa conservando la antigua estructura.

No es de sorprenderse, sin embargo, por semejante posición anómala de la acción hereditaria, que resulta como efecto de un fenómeno no nuevo, sino que se ha verificado con frecuencia en el Derecho romano: la evolución de los conceptos bajo la apariencia estática de una terminología que permanece inmutable y que puede inducir a engaño.

F) Conclusión.

Sobrevive, en consecuencia la vieja forma, que aparece de la antigua *legis actio sacramento in rem*, pero vaciada de su originario contenido. Su significado y valor son dependientes de la suerte que corrieron varios conceptos, como el de *hereditas*, el de *successio*, el de *possessio hereditatis*, que sufrieron una larga evolución, y cuyo estudio deja suficientemente claro la nueva realidad que se ocultaba detrás de la vieja terminología y dentro

(41) Gayo, 2.14.; Di Paola, 1, 4, pág. 25.

(42) Di Paola, I, 5, pág. 266-27.

(43) Ulp. Dig., 5.4.1.1.; Ulp. Dig., 12.2.11.3.; Gayo, Dig., 5.3.4.1. pr.; Dig. 29.4.16; 44.2.9.pr.; Cfr. Di Paola, 1, 6, pág. 31.

de la vieja estructura. De ésto la frecuente confusión de los términos de vindicatio y hereditatis petitio (44).

3) La tradición romanista en la acción hereditaria.

A) Derecho histórico español.

No se puede decir que el silencio del actual Código español en materia de petición de herencia sea un índice de paralela falta de doctrina; el legislador ha entendido dejar su regulación al imperio de las normas tradicionales; su construcción jurídica es un derecho de formación consuetudinaria, elaborado por la doctrina y la jurisprudencia teniendo en cuenta la tradición jurídica y los principios generales del derecho (45).

Bien ha notado al respecto Roca Sastre (466) que esta falta de regulación "hace difícil la tarea de configurar su régimen, en cuyo empeño no hay más remedio que acudir a inspiraciones constitucionales, por cierto muchas veces coincidentes con la regulación romana, y a ciertas normas de la acción reivindicatoria especialmente los arts. 451 y ss. del C. C., y desde luego, a las decisiones jurisprudenciales".

Y la primera fuente es el Derecho romano. Pese a las confusiones de carácter institucional que ha indicado el propio Roca (47), Núñez Lagos (48) ha demostrado que el Código no es una innovación ex novo del Derecho sucesorio, sino la formulación reajustada de una tradición jurídica de la sucesión mortis causa, que es el sistema romanista, probando las frecuentes confusiones con que en la historia ha sido inficionado, agravadas con intérpretes de formación francesa y leyes que han escapado a la captación del espíritu tradicional español.

Numerosos textos del derecho histórico español revelan que la ac-

(44) Cfr. Di Paola, 1, 8, págs. 38-39. Cfr. Jörs-Kunkel, N° 215, pág. 477; llama con el primero de los nombres a la acción en tiempo de la legis actiones, y con el segundo la del procedimiento formulario; Serafini anota que la petitio hereditatis no es más que una aplicación de la acción reivindicatoria a la herencia, una vindicatio hereditatis; Bonfante, que los romanos crearon sobre el propio título hereditario una acción general, ya conocida en el período de las legis actiones, que se llama vindicatio, o, con más frecuencia, petitio hereditatis.

(45) Tampoco mencionan —sino incidentalmente a la hereditatis petitio— legislaciones como la francesa, belga, uruguaya, boliviana, etc.

(46) Cfr. Notas cits. al Ennecerus-Kipp-Wolff, Vol. I, pág. 376.

(47) Roca Sastre, Crítica institucional... op. cit., pág. 497 ss.

(48) Núñez Lagos, Rafael.—El derecho sucesorio en la tradición española y el Código Civil (páginas de un prólogo).—Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XCIX) 4 abril 1951, pág. 385. ss.

ción no fué desconocida (49), en especial en las Partidas (50) y en la Novísima Recopilación (51).

En disposición análoga a la del art. 1016 del actual Código, García Goyena (52) dice en el art. 835 de su Proyecto: "...El derecho para aceptar o renunciar la herencia, se prescribe por el mismo tiempo que las otras acciones reales..."; y luego comenta: "las otras acciones reales, porque lo es el *petitio hereditatis*, o si se quiere mixta de personal y real, según hasta ahora se ha llamado" (53).

B) Legislación española.

No obstante de la falta de tratado de la acción hereditaria que ya anotamos en el Código de 1889 vigente, las incidentales referencias que en él se observan (54) han dado lugar a varias interpretaciones en la doctrina.

Ferrandis (55) simpatiza con la *vindicatio*; indica que la petición de herencia realiza la reivindicación de la herencia. Al caracterizarla, De Diego anota que es lo mismo que la reivindicación para los derechos reales; es una *vindicatio hereditatis* —prosigue— sea *hereditas* en sentido subjetivo, cualidad personal de heredero, o en sentido objetivo, como *universitas* o patrimonio universal del difunto (56).

(49) Así Cfr. De Castro y Bravo, Federico.—Derecho Civil de España.—Instituto de Estudios Políticos, 1949, Tomo II, vol. I, pg. 52. Indica que las acciones *præjudiciales* del Derecho romano fueron identificados casi con las de estado, una vez elaborado su concepto; Carleval incluye entre éstas a la petición de herencia.

(50) Cfr. Part. 6a., ley 7, Tit. XIV: la acción podía ser repelida mediante la *usucapio pro herede* en diez o veinte años; Part. 6a., ley 4, Tit. XIV: "Quizás en ningún otro ordenamiento jurídico, antiguo ni moderno, se registre con tanta nitidez el principio de la validez de los actos de enajenación por el heredero aparente". Cfr. Gatti, op. cit., págs. 141-42.

(51) Cfr. Nov. Rec., ley 9, tít. 8, lib. V: la *petitio* prescribía en treinta años; ley 2a., tít. 8, lib. XI: acción en concurrencia con el poseedor; ley 1a., tít. 14, lib. X, relativa a los derechos de terceros.

(52) García Goyena, Florencio.—Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Tomo II, Libro III, art. 835. Imp. F. Abienzo, Madrid, 1852

(53) Cfr. también, Part. 6a., tít. 14, ley 7: el derecho hereditario se prescribía por 30 años, cuando el poseedor de herencia carecía de *justo título y buena fe*, por 10 entre presentes y 20 entre ausentes, si le asistían los dos requisitos; y que estas prescripciones tienen origen romano; Cód., lib. 7, tít. 39, ley 5.

(54) Así, el art. 197 en su redacción primitiva; art. 1016, se refiere a la acción "para reclamar la herencia"; art. 1021, "el que reclame judicialmente una herencia...", etc.

(55) Ferrandis, op. cit., pág. 37.

(56) De Diego, Clemente F.—Instituciones de Derecho Civil español. Volumen III, pág. 465. Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1932.

Sin mayor crítica, Espinar Lafuente la denomina petición de herencia (57). Foncillas realza la diferencia con las acciones *in rem specialis*, en cuanto éstas sólo tienden a la restitución de cosas particulares, en tanto que la *petitio hereditatis* tiene por objeto los derechos reales y personales a la vez; y todo ello pese a los epítetos romanos de "*vindicatio successio-nis*" y "*actio in rem*", que indudablemente califican la acción hereditaria. La confusión de términos y conceptos deviene así muy clara (58).

Lacruz Berdejo considera que la *hereditatis petitio* persiste en el Derecho español pese al silencio del Código, pues en España no hay un "*numerus clausus*" de acciones (59). No deja de ser ésto un problema para Romero Cerdeiriña (60).

Otros autores se han orientado a intentar una definición y descripción de la *petitio*. Halla De Buen (61) que es una consecuencia directa de la institución de heredero, siendo su finalidad la de conseguir que a la persona de éste se le reconozca su cualidad de tal, y, desconozca tal cualidad; en términos del actual régimen jurídico —continúa— dice Morató: "esta acción compete al heredero testamentario o legítimo contra cualquiera que posea la herencia o parte de ella como heredero o en simple posesión, y también contra el que haya dejado de serlo con dolo, mas no contra el que posea en virtud de un título singular cosas que pertenezcan a la misma: para que se le declare tal heredero, y en su virtud le sean entregados todos los bienes del testador o intestado, con las acciones y frutos correspondientes" (662) (63).

(57) Espinar Lafuente, Francisco.—La herencia legal y el testamento.—Estudio doctrinal y de Derecho positivo. Bosch, Casa Editorial Barcelona 1956, pág. 179, Nº 110; cfr. también pág. 466, nota 211, en que señala la confusión secular de la acción hereditaria con la reivindicatoria del dominio.

(58) Foncillas, José María.—La usucapio "pro herede".—Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nos. 82 86, años 1931 y 1932.

(59) Cfr. Notas al Binder, op. cit., nota 6; pág. 271.

(60) Romero Cerdeiriña, Angel.—En torno al concepto de derecho hereditario "la última moda". Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo V, 1947-48, pág. 275 ss. Cfr. pág. 307: "Lo verdaderamente útil y lo que está necesitando nuestra doctrina es la reconstrucción, con vistas al derecho vigente, de una dogmática de la *petitio hereditatis*, y en general, de las acciones hereditarias, lamentablemente descuidadas en nuestra legislación, según ha hecho observar Diez Pastor en interesantísimas notas inéditas, por la servil imitación del Código Civil francés y el abandono del estudio de las antiguas fuentes".

(61) Colin, Ambrosio; Capitant, H.—Curso elemental de Derecho Civil. Trad. de la Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia, Notas al D. Civil español por Demófilo De Buen, Tomo VIII, pág. 213. Editorial Reus, Madrid, 1927.

(62) Id., id.

(63) Cfr. en la doctrina española actual, igualmente, las obras citadas de Binder-Lacruz, pág. 271, & 30; Ferrandis, pág. 37; De Diego, Tomo III, págs. 4662 ss.; id. Diccionario de Derecho Privado.—D. Civil, Mercantil, Notarial y Registral, Canónico. Directores: Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Tomo II, G-Z, pág. 2060.

También contienen referencias importantes López R. Gómez, López de Haro, Valverde, Manresa.

Royo Martínez (64) anota que del hecho de la transmisión mortis causa y del peculiar derecho sucesorio que al heredero corresponde en cuanto tal, surgen algunas acciones específicas que no existían con anterioridad a la apertura de la sucesión ni estaban comprendidas en el patrimonio del de cuius, resultante de la declaración seguida de aceptación; entre éstas, aparece como fundamental la llamada por los romanos *actio petitio hereditatis* o acción de petición de herencia.

Las alusiones legales referidas se completan con otras muy frecuentes de varias leyes relacionadas con la materia (65). Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es un auxiliar no menos notable (66).

No se puede decir, en consecuencia, que falte en el Derecho español, actual la *petitio hereditatis*; otra cosa es que se haya elaborado ya de ella una teoría completa y apodíctica (67).

C) Código Civil italiano.

Imposible sería, dentro de los estrechos moldes propuestos, analizar el Derecho italiano en su riquísimo y valiosísimo repertorio de fuentes jurídicas y aún extrajurídicas. Pero, siendo el nuevo Código de 1942 tan desconocido aún entre nosotros, trataremos de resumir lo que regula en la materia de que tratamos. Estamos ante un Código de "insuperable técnica, y en el que, si bien se conservan las directrices generales antiguas, presentan, no obstante, notables innovaciones" (68). Y sin duda, la construcción jurídica de la institución, junto con la comprendida en el Código alemán, es la más perfecta y acabada de las vigentes.

El Código de 1865, teniendo como modelo el francés, no disciplinó el instituto; se limitaba a mencionarlo en el art. 44, hablando de la sucesión del ausente; la figura dogmática estaba dada por la doctrina deducida del Derecho romano y construída teniendo presente entre el heredero aparente y el verdadero y entre éste y los terceros que contrataron con aquél (69).

(64) **Royo Martínez, Miguel.**—Derecho sucesorio "mortis causa". Librería Editorial Edelce Sevilla, 1951.

(65) Así, dentro del C. Civil, arts. 196. 1934, 1950, 1960, 650, 989, 997, 1005, 661, 440, 430, 667, disp. transitoria 12, y otras; Ley de Enjuiciamiento Civil, juicios de testamentaria y ob intestato, interdictos; Ley Hipotecaria, arts. 16, 28, 34, 38, 207, etc.

(66) Sentencias de 28.1.1892; 10.5.92; 28.2.1908; 24.2.09; 18.5.32; cits. por Rodríguez, Doctrina Civil del Tribunal Supremo, Tomo II. Y la de 31.5.1904, cit. por Sánchez Román, Felipe.—Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación española. Tomo VI, Vol. III, 2ª. ed., Madrid, 1910

(67) Cfr. Espinar Lafuente, op. cit.

El cual tiene algunas novedades muy discutibles a este respecto.

(68) **Puig Peña, Federico.**—Introducción al Derecho civil español, común y foral. 2ª. ed., Bosch (Barcelona, 1942), pág. 85.

(69) Cfr. D'Avanzo, op. cit., pág. 161.

Tres artículos dedicados a la petición de herencia se contienen en el Código nuevo (70). La definición viene dada en el numeral 433: "El heredero puede reclamar el reconocimiento de su cualidad hereditaria contra cualquiera que posea todo o parte de los bienes hereditarios a título de heredero o sin título alguno a fin de obtener la restitución de los bienes. La acción es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión respecto de los bienes singulares" (71). Pónese en dos casos; "en el primero se controvierte sobre el título de heredero, esto es, si él corresponde al actor o al demandado; en el segundo se presupone que éste, aún no reclamando para sí dicho título, lo niega al actor" (72). Con lo que parece, la acción puede dirigirse así contra el "pro possessore", con tal que éste niegue la cualidad hereditaria en el actor; y aún contra quien no poseyendo bienes hereditarios, se afirma heredero.

La doctrina italiana también se ha ocupado extensamente de la hereditatis petitio (73).

II.—RETENSION DE HERENCIA.

1) Planteamiento.

El origen, evolución y bases de la disciplina germánica en materia de acción hereditaria es totalmente distinto del cuadro que hemos ofrecido respecto del Derecho romano. Esto nos permitirá distinguir claramente lo que se alude con el nombre de pretensión de herencia. Expondremos primeramente la distinción procesal básica que hace el Derecho romano, y luego la significación del nombre del epígrafe.

A) Distinción procesal.

Los problemas que acarrea la investigación de la naturaleza jurídica de la acción hereditaria ha llevado a varios autores, como Trullenque Sanjuán (74) a separar dentro de la petición dos acciones; es imposible denominarla con el calificativo de la naturaleza jurídica de una sola de ellas; y por lo mismo analizar por separado las dos acciones que en ella se contienen, encubriéndolas bajo la denominación general de petición de herencia, un imperativo y un derrotero.

(70) Cfr. Lib. II (De las Sucesiones). Cap. IG del Tit. I, arts. 533 (noción y preceptibilidad); 534 (derechos de los terceros); 535 (poseedores de bienes hereditarios).

(71) Cfr. Gatti, op. cit., N^o 18, pág. 22.

(72) Valverde, Emilio F.—El Derecho de sucesión en el Código Civil peruano. Tomo I, Imp. del Ministerio de Guerra. Lima-Perú, 1951, pág. 210.

(73) Cfr. Coviello, Polacco, bajo la legislación anterior; y para el derecho vigente, las ya citadas de D'Avanzo y Cicu; también, Messineo, Barassi (hay traducción castellana), Degni, Stolfi, Brunelli-Zapulli, etc.

(74) Trullenque Sanjuán, op. cit., cuya exposición seguimos en este aparte a grandes rasgos.

El recurso es la técnica germánica, que ha superado toda posible confusión, calificando en forma distinta las dos acciones, que a su vez constituyen sus dos finalidades. Distínguese en efecto, en doctrina alemana, entre la "Erbchaftsklage", o demanda de reconocimiento, y la "Erbchaftsanspruch", acción contra el poseedor que se crea sucesor, para obligarle a restituir los bienes hereditarios.

Distinción pedagógica es ésta, sin duda, para aclarar la naturaleza jurídica de la acción hereditaria, pero requiere ser convenientemente explicada.

Al lado de las acciones singulares, el Derecho romano conoció la hereditatis petitio, al que siguió el Derecho común. El Código alemán ha transformado notablemente tal petitio —que designa con el título de pretensión de herencia o Erbschaftsanspruch— conservando sólo la pretensión contra el poseedor pro herede, lo que resulta justificado por la transmisibilidad por herencia de la posesión (75). Así, la pretensión se dirige, además, simplemente a la restitución: esto es, ha devenido a pretensión de una presentación. Con lo que el Código alemán, de acuerdo con las modernas teorías procesales, ha separado el momento de la determinación de la pertenencia del derecho hereditario, que formaba parte de la petición de herencia del Derecho común (766), relegándolo a la acción de fijación o declaración de la Ley Procesal (art. 256). Y ello concuerda, según Binder, con el hecho de que el llamado derecho hereditario subjetivo no es, en principio, sino una situación jurídica o relación que puede ser objeto de una acción de declaración o fijación. Así las cosas, "se puede preguntar si aún existía motivo para conservar la pretensión de herencia en nuestro actual derecho, después de haber sido realizada limpiamente la separación entre las acciones de condena y determinación". (77). Tal no era, ciertamente, el caso de la fórmula petitoria en el Derecho romano, ni el del Derecho común, con su condena para el reconocimiento del derecho sucesorio del litigante, los cuales, por no distinguir bien entre una y otras acciones, planteaban dificultades, sobre todo respecto del alcance de la litispendencia y de la cosa juzgada. Mas todas estas dificultades no han sido del todo eliminadas en la legislación alemana. Finalidad principal de la distinción es la de lograr un estudio completo de la acción hereditaria; pero no halla aún cabida entera en sistema jurídico alguno.

B) La pretensión.

Aún podrá llamar la atención la denominación —hasta ahora pasada por alto— de "pretensión de herencia" usada por los alemanes. La cues-

(75) C. alemán, art. 2018.—"El heredero podrá pedir de cualquiera que por virtud de un derecho de sucesión que en realidad no le corresponde, haya obtenido todo o parte de aquélla, la restitución de lo que posea sin derecho". Art. 875: la posesión se transmite al heredero.

(76) Cfr. Binder, op. cit., pág. 271.

(77) Id., id., págs. 270, 71, nota 5, citando a Thur.

ción parece nacer de los diversos sentidos de la *actio romana*. Refiere Arias Ramos (78) un primer sentido a la *actio* como un medio o poder de petición que dirige el particular hacia el Estado, facultad de Derecho público; aparte de éste, en el Derecho clásico aparece, y es más perceptible en el bizantino, el concepto de acción como facultad de Derecho privado, que se tiene frente a otro particular. "Ya en este aspecto, la palabra *actio* está tomada unas veces en sentido formal, como el acto procesal de demandar ante el magistrado; otras, en sentido material, equivalente a lo que la técnica moderna llama pretensión, como el derecho de reclamar algo —*ius persequendi quod sibi debetur*—, la facultad de poder lograr de alguien una pretensión activa o una abstención" (79).

Este concepto de pretensión ha sido incorporado a la técnica moderna por Windscheid, como intermedio entre el de derecho subjetivo y el de acción en sentido *ius-privatista* formal o derecho de demandar judicialmente. La moderna técnica alemana, según esto, distingue: A) la acción en sentido *iurpublicista*, petición contra el Estado de protección judicial, y que no requiere necesariamente demandado a quien condenar, como en las acciones de constatación o declarativas; B) el derecho subjetivo sustantivo, cuyo contenido y ejercicio se conciben sin una dirección contra persona determinada; C) la pretensión, que surge cuando se puede exigir a una persona concreta un acto o una abstención, en cuanto el derecho subjetivo se dirige hacia la sumisión de la voluntad ajena (80); D) la acción en sentido *iurprivatista*, que no se identifica con la pretensión, ya que ésta puede ser satisfecha sin recurrir a aquélla.

Si confrontamos estos conceptos con la breve explicación anotada sobre el Derecho alemán, es comprensible la denominación, en éste, de "pretensión" a lo que estamos habituados a llamar sin distinguos petición de herencia.

Carnelutti (81) advierte que el criterio de la distinción entre acción y pretensión sólo puede ser aclarado mediante la perfecta delineación del concepto de la acción como derecho subjetivo procesal; distinción que es bastante menos clara que la que media entre derecho y acción —derecho subjetivo material y procesal— y cuyo confusionismo domina el lenguaje de la ley y de la práctica, en el que el concepto de pretensión se expresa casi siempre y de manera impropia con el nombre de acción.

En otros dominios legislativos menos avanzados, en los que no se halla una elaboración doctrinaria propia, los conceptos de acción y pre-

(78) Arias Ramos, op. et loc. cit., N° 88, págs. 150-51.

(79) Id., id.

(80) Arias Ramos, id., id., nota 169.

(81) Cfr. Carnelutti, Francesco.—Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II: Composición del proceso. Trad. de N. Alcalá Zamora, notas de id. U.T.E.H.A., argentina, Buenos Aires, 1944.

tensión o derecho subjetivo material se hallan mezclados y confundidos. (82). Mucho esfuerzo entonces, y no siempre del todo provechoso, sería forzar a otros derechos a admitir estas distinciones y aplicarlas a nuestra acción hereditaria.

Reconoce Lacruz (83), que teóricamente es más correcto hablar de "pretensión de herencia", pero estima preferible no romper con la terminología tradicional, correspondiente al concepto civilístico de la acción. Roca. (84) también juzga el concepto de pretensión más técnico que el de *petitio hereditatis* o petición de herencia, si bien estima que pueden ser equivalentes; su existencia es generalmente de una realidad institucional

2) Disciplina jurídica en el Código alemán.

La acción está ampliamente regulada por el Código Civil alemán (BGB), bajo el nombre de pretensión de herencia (85), respondiendo a un tecnicismo más perfecto que el clásico de la *petitio hereditatis*, en los párrafos 2018 a 2031 (86), el primero de los cuales dice: "El heredero podrá pedir de cualquiera que por virtud de un derecho de sucesión que en realidad no le corresponde, haya obtenido todo o parte de aquélla, la restitución de lo que posea sin derecho" (87).

Según este artículo, la pretensión de herencia sólo se dá contra el poseedor de objetos de la herencia que afirma él mismo ser heredero; por ello dice Hübner (88) que si el heredero es impedido de tomar posesión por su contradictor que no contesta el derecho del heredero, pero hace valer otro artículo, entonces el heredero, salvo violenta desposesión, está obligado a invocar una acción, como propietario, para la entrega de la posesión; si la otra persona rehusa la entrega alegando ser heredero o contesta al demandado como heredero, descansando en su posesión ideal, plantea una acción de herencia que le asegura, en el litigio, el preferencial estado de una posesión disfrutada.

Casi todos los demás dispositivos se refieren a las restituciones. La excepción de usucapión la encontramos en el artículo 2026: "El poseedor de la herencia no podrá prevalecer, hasta que la reivindicación haya prescrito, de la usucapión de lo que posea como dependiente de la herencia"; y el 2031 contempla el supuesto de la persona declarada fallecida falsamente:

(82) Carnelutti, op. cit., define la pretensión como la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio; y a la acción, como derecho subjetivo, ya que el interés mediante ella tutelado es un interés esencialmente público.

(83) Notas cits. a Binder, op., cit., pág. 271.

(84) Notas cits. a Ennecerus.

(85) Gatti, op. cit., Nº 15, pág. 21.

(86) Cfr. Lib. V: De las Sucesiones. Sec. II: Situación jurídica del heredero. III, La pretensión de herencia

(87) Cfr. *Texto y Comentarios al Código Civil alemán. Con Exposición de motivos*, trad. de Alejo García Moreno, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1897.

(88) Cit. por Valverde, op. cit.

"Cuando una persona cuyo fallecimiento se haya declarado haya sobrevivido a la época en que se le reputó muerta, podrá exigir la restitución de su patrimonio, con arreglo a las disposiciones relativas a la pretensión de herencia".

La técnica precisa y el avance de los conceptos jurídicos en Alemania, hacen una teoría completa y original de la institución.

III.—DERECHO PERUANO.

1) Legislación anterior al Código Civil.

Es preciso anotar primeramente que si bien muchos de los antecedentes de la legislación peruana coinciden con los de la española —derecho romano y castellano, aplicado a las provincias españolas de ultramar—, desde la iniciación de la República el Derecho civil sufre influencias foráneas no siempre comprendidas por juristas y legisladores. La obra de éstos se dejó ver por vez primera en el campo del Derecho Civil en el Código de 1852, si no contamos con la exigua vigencia del llamado Código de Santa Cruz, en tiempos de la Confederación Perú-Boliviana, por los años 1837 a 1839; posteriormente, en los Proyectos de 1891 y 1922, hasta culminar con el actual Código de 1936.

En el citado cuerpo de leyes de 1837, decía el artículo 79: "Corresponden al ausente o a sus representantes las acciones de petición de herencia y otros derechos, y no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo establecido para la prescripción" (89).

En el de 1852, siguiendo la dirección por entonces dominante, se hizo entrar la petición de herencia —no en su exacto sentido— en el Libro II intitulado "De las Cosas, Del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas", Sección IV: Del modo de adquirir el dominio por herencia, Título 13: De la aceptación y de la renuncia de la herencia; y del beneficio de inventario, arts. 766 (90) y 2169 (91).

Comentando la primera disposición, Samanamud (92) dice que, conforme al art. 765, si pasan dos años sin que nadie se presente a reclamar la herencia *ni hay heredero a quien manifiestamente pertenezca; o el heredero instituido no ha aceptado directa ni indirectamente dentro de los términos legales; o la han renunciado los que tenían derecho a ella, se puede pedir que se declare herencia intestada y vacante. Los herederos pueden aún pedir la herencia que perdieron por esta declaración; pero deben hacerlo*.

(89) Cit. por Valverde, op. cit.

(90) "Pueden, sin embargo, los herederos reclamar la herencia que perdieron por haberse declarado vacante; pero deben hacerlo antes que se cumpla el término por el cual se prescriben los bienes muebles o inmuebles según fuese la calidad de los hereditarios".

(91) "Caduca la partición, si aparece que un heredero no fué considerado en ella; o que lo fué, sin haber sido representado debidamente conforme a los Códigos".

(92) Samanamud, F.—Instituciones de Derecho Civil peruano 2 a. ed., enteramente corregida, Tomo I. Lima, Librería e Imprenta de San Pedro, 1917.

antes de que se cumpla el término por el cual se prescriben los bienes muebles o inmuebles. Esta acción, concluye, se llama recuperación de la herencia. Y bien dice el comentarista, porque tal acción no hace referencia al exacto concepto de la *petitio hereditatis*.

Del art. 2166, aunque se refiere a la caducidad de la partición, dice que contiene invívita la petición de herencia, porque se persigue el reconocimiento del derecho del actor y que con él se haga una nueva partición en la que se le adjudique la proporción del patrimonio que le corresponda.

Igual falla que en el Código anterior se halla en el art. 671 del Proyecto de 1922 (93), que si bien ha modificado ya la sistemática (94), decía: "La acción de reivindicación en el caso de herencia vacante o en cualquier otro, procede contra quienes posean los bienes, siempre que se deduzca dentro del plazo fijado para la prescripción de la acción real"; con lo que venía a añadir otros dos: llamar a la acción con el nombre más antiguo de reivindicación, que ya no responde más a una realidad, y asignarle sin más una naturaleza real.

2) Código Civil de 1936.

El artículo 662 del referido, expresa: "La reivindicación de la herencia procede siempre que es deduzca dentro del plazo fijado para la prescripción de la acción real". Confunde así este cuerpo legal las acciones reivindicatorias con la petición de herencia. Y dice al respecto el Profesor Eche copar (95), (96), que este artículo parecería referirse sólo a la acción reivindicatoria contra terceros, pero usa el término de "la herencia", o sea que significa que se está solicitando la entrega de bienes hereditarios como tales y no por haber sido detentados por terceros a título diferente de la herencia. Además, insiste, el art. 663 hace referencia al caso en que el demandante alegue derecho a concurrir a la herencia con el poseedor y el art. 664 trata de los casos en que los bienes hayan pasado a poder de terceros por actos onerosos practicados por los herederos que entraron en posesión de la herencia con exclusión de la persona a quien corresponde por legítimo título. Concluye que el Código llama acción reivindicatoria a la petitoria; y que es indudable que estas disposiciones del Código deben ser reformadas para ajustarlas a la doctrina.

(93) Proyecto de Código Civil, Elaborado por la Comisión creada por R. S. de 22 de agosto de 1922. Lima, Librería e Imprenta Gil S.A., 1936.

(94) Cfr. Libro III: Del derecho de sucesión; Secc. Ia.; De la sucesión en general; Título V: de la herencia vacante.

(95) Para el Código Civil, cfr. Aparicio—Código Civil (Concordancias), Tomo I (Texto del Código); Tomo II Legislación y Derecho Civil, pág. 219; Guzmán Ferrer, Código Civil, Tomo I, Lima-Perú 1954, pág. 464; República del Perú.—Código Civil, promulgado por R. S. de 30 de agosto de 1936 en uso de la autorización contenida en la ley Nº 8305. 3a. ed. oficial. Lima, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central, 1948, pág. 111.

(96) Eche copar García, Luis.—Derecho de Sucesiones. Examen del Libro III del Código Civil peruano de 1936. Emp. Gráfica Sanmarti, Lima, 1950; cfr. págs. 308-309.

Valverde indica como antecedentes de esta errónea denominación a Dernburg, para quien la acción hereditaria es la reivindicación de la herencia por parte del heredero; y a Pothier, que considera ambas expresiones equivalentes; pero remontándose adecuadamente a los procedimientos romanos ya descritos. Hay, por ésto, concluye (97) "Falta de propiedad en la denominación de acción reivindicatoria que adopta (el art. 662), sin razón atendible el precepto comentado para susfituir la más tradicional y técnica que la doctrina y la legislación positiva conocen bajo la de expresión de petición de herencia".

También ha criticado la denominación del Código Civil Fernández Arce (98) que se expresa así: "es impropia, porque aún cuando efectivamente puede revestir los caracteres de una reivindicación como cuando el heredero demandante se enfrenta a quien detiene una o más cosas de la herencia por título diferente, en otros casos, que son la mayoría, litiga contra quien le opondrá la calidad de heredero y en tal situación estamos frente a la acción petitoria auténtica y no a una reivindicatoria".

En suma, el Código actual tiene tres disposiciones relativas a la "reivindicación de herencia"; en la primera, art. 662, se indica su procedencia siempre que se deduzca dentro del plazo de prescripción de la acción real (99); en el art. 663 se la hace imprescriptible (100) cuando el demandante alegue el derecho a concurrir a la herencia con el poseedor; y la tercera se refiere a los efectos de la acción (art. 664).

Según Valverde, "contiene elementos suficientes para presentar un régimen jurídico sistematizado que llena el vacío que acusó el derogado Código, así como el advertido en el Código francés y así mismo, como hace notar Brugi, en los que en él se inspiraron" (101). No lo creemos así, y la propia exposición de este autor nacional demuestra que sale constantemente de la interpretación legal para elaborar su configuración propia de la acción. De este modo dirá: "esa acción, diferente de la reivindicatoria ordinaria cuyo fin es la restitución de bienes determinados, persigue la universalidad iuris y comprende la controversia de la cualidad de heredero" (102); y no obstante esta clara distinción, la hace real: "porque el título de sucesor que invoca el heredero es sólo para establecer el derecho con que se apersona, pero la restitución de los bienes que forman el acervo hereditario constituye el específico objeto de la acción" (103). Reina, pues, gran confusionismo doctrinario.

(97) Valverde, op. cit., pág. 222. Com. ad. art. 662.

(98) Fernández Arce, César.—La acción reivindicatoria y su diferencia con la petitoria de herencia.—Tesis, Universidad Católica, Lima, 1953.

(99) Cfr. art. 1166: **Se prescriben:** 1) a los veinte años, la acción real y la que nace de una Ejecutoria.

(100) Cfr. art. 903: La acción de partición es imprescriptible.

(101) Valverde, Emilio, op. cit., pág. 211.

(102) Id., id., pág.s. 211-12.

(103) Id., id., pág. 213.

También hay en nuestro Código referencia a la acción en caso de ausencia (104), y muchas otras disposiciones legales son complementarias (105), y algunas Ejecutorias de la Corte Suprema (106).

Ha notado Fernández la dificultad de conciliar la disposición del art. 662 —prescripción de la petito en veinte años— con los arts. 1083 y 1084 del Código de Procedimientos Civiles" (107). Las disposiciones de éste, dice acertadamente, se refieren únicamente al caso de las personas que hayan intervenido en el juicio: para ellas procede la instauración del juicio contradictorio dentro del plazo que indican; fuera de este caso, tiene aplicación el artículo que establece el plazo de veinte años para el ejercicio de la acción real.

Con algunos elementos de juicio, es sin embargo sostenible que en Derecho peruano, dada la confusión conceptual, resulta aún muy difícil el establecimiento de una configuración correcta de la petición de herencia.

(104) Cfr. arts. 611: La curatela de los bienes del ausente cesa cuando se dá el goce de los derechos de sucesión a sus herederos, por haber transcurrido diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de él o el tiempo suficiente para que cumpliera la edad de ochenta años". Art. 612: "Si la desaparición del ausente se hubiese producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, el plazo a que se refiere el artículo anterior será de tres años".

(105) Cfr. arts. 1168, 902, 850, 896, 871, 874, 876, 832, 834, 841, 833-39; 1097; 1100, 658, 1284, 1126, 1050, 1052.

(106) Cir. Ejs. 13.5.916; 18.11.16; 13.1.17; 15.4.36; 21.4.26; R. de T., 1942, pág. 417.1935, p. 484; A. J., 1916, p. 83; 1938, p. 87; 1916, p. 252; R.J.P., 1949 p. 178; 1951, p. 1326; 1953, p. 1356.

(107) El art. 1083 establece un juicio contradictorio de sentencia de determinados juicios y procedimientos, como declaración de herederos, apertura de testamentos cerrados comprobación de los privados. Y el 1084 fija en seis meses el plazo para instaurarlo, contados desde la notificación de la resolución que pone término al juicio o procedimiento que se contradice.