

CONFERENCIA MAGISTRAL “HISTORIA DEL DERECHO
PROCESAL” DEL JURISTA PERUANO
JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO *

Ilustre señor director de la Facultad de Derecho
de la UNAM

Ilustres señores profesores, distinguidos señores estudiantes,
señores abogados, señoras y señores

Ciertamente es una vieja cuestión el que México o San Marcos tengan la antigüedad que corresponda. Pero sin perjuicio de la composición de esta alternancia, porque es un ritmo alterno, diríamos mejor. Señor, quiero dejar sentado, pues, que como los dos polos alternos, una gran llamarada que se extiende como arco voltaico, entre nuestros espíritus y entre nuestros corazones. Pueblos hermanos con las mismas virtudes y con las mismas características de una sola raza. Por sus frutos respira, pues, la “raza cósmica” que diría Vasconcelos. O como diría, “todas las sangres del país profundo”.

Es para mí una gran satisfacción y un gran honor señor director, señores profesores y señores estudiantes, y lo llevo y lo digo para siempre como uno de los más imborrables recuerdos de mi vida, el conversar aquí, reflexionando con mis hermanos mexicanos.

Viviré, así, dando cuenta al Consejo Facultad, señores, de la gran acogida que ha tenido este amigo vuestro en esta Universidad que también es Universidad de todos nosotros, de la “Raza Cósmica”.

Gran cuestión ésta que proviene, lo dije ya, de la vieja definición vernácula de las partidas alfonsinas, del “ayuntamiento intelectual que hacen los alumnos e maestros para alcanzar los saberes” y que hoy, frente al advenimiento del tercer milenio, nos plantea todo un reto. Reto y respuesta, según diría Toynbee, para alcanzar los saberes del tercer milenio.

Por ello, nada mejor que inspirarme, mis amigos, en una obra que desearía no os recomiendo: la “Encíclica Tercio Millenio Advenien-

* El evento se llevó a cabo en el Auditorio “Themis” de la Facultad de Derecho de la UNAM, el día 4 de junio de 1998.

dum”, de Juan Pablo II, gran profundidad en el tema. Y como quiera que hemos de dar cuenta y rendir cuenta de lo logrado hasta el instante, bueno está el que, frente a esa perspectiva os diga que no hay ciencia, ni dogmática verdadera sin ninguna historiografía del problema.

Esta mañana traté el tema. Pero de alguna de las conclusiones que os dije en la mañana, sacamos la evidencia —salvo mejor opinión, por cierto, porque nuestra ciencia es interpretativa— de que no hay una verdadera dogmática sino una cabal historia.

Afin a la historia, la dogmática. Pero cuando hablamos de la historia surge una concepción multívoca. ¿De qué historia os pienso hablar? La vieja concepción de Herodoto, el padre de la historia, “toda narración de hechos”; o la de Tucídides, en su “Historia de la Guerra del Peloponeso”, o la de Jenofonte en su “Anábasis”, también discípulo de Sócrates e historiador de la visión clásica ateniense.

O la visión titoliviana de la historia, que no es otra y lo ha recordado magníficamente el profesor Iglesias, de la Universidad de Madrid, en su visión titoliviana de la historia un notable ensayo del gran romanista español. Visión titoliviana en cuanto Tito Livio plantea a Roma como el cenit de la historia, como el origen y meta de la historia, visión patriótica concebida por un romano, para los romanos, entendiendo a Roma como el centro del universo, del cosmos de la época.

Frente a esta concepción histórica es posible dar otras alternancias. Si hablamos de la historiología, que no es otra cosa que una reflexión sobre la génesis y sobre el ritmo y decadencia de las sociedades y de las civilizaciones. Tal, la reflexión historiológica de Spengler, que al compás del alma apolínea, del alma fáustica y del alma mágica, nos explica toda la decadencia de Occidente.

O, por qué no, la historiología de Gibbon, planteada en esa formidable obra titulada “Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano”, que en esencia, dice Gibbon, no es otra que la del triunfo de la barbarie y de la religión sobre el imperio o *versus* la gran historiología de ese gran maestro de Oxford, y para quien la génesis, el ritmo y la decadencia de las civilizaciones y de las culturas se explica bajo el ritmo del ying y del yang.

O del reto y la respuesta, de suerte que un hombre, una cultura o un imperio nace, se desarrolla o muere, o entra en colapso, cuando no es capaz de responder a los retos del contorno.

Por ello dice, rebatiendo a Gibbon el gran Toynbee: “No es cierta la tesis de Eduardo Gibbon. Ya estaba en colapso el Imperio romano.

Los bárbaros no fueron más que una bandada de buitres sobre el festín de una carroña putrefacta". Es decir, ya estaba en agonía el Imperio.

Y es por esto que los romanistas del llamado "Derecho Posclásico Romano", al estudiar las causas del colapso en el periodo posclásico, dos tres, cuatro y cinco veces, al analizar el fenómeno llamado el "vulgarismus", el vulgarismo del Derecho romano y lo analiza bajo la perspectiva de la infiltración sutil de las hordas bárbaras. Pero dejemos esto para luego.

La historiología. Otra manera de entender la historia que no es otra que la filosofía de la historia o, por qué no también, la visión marxista de la historia, entendida bajo el estímulo de las fuerzas motrices de la historia y de lo que es archiconocido, y que en el Derecho tiene su fórmula definitoria como "el conjunto de normas impuestas por la clase dominante".

O la visión historiográfica, que no es otra que la reflexión que se hace sobre la historia a la luz de los libros de historia, de historia del Derecho, de los profesores de historia del Derecho, de los libros y textos de historia del Derecho, y sobre las fuentes documentales y monumentales del Derecho.

Así pues, hay una historiografía mexicana, una historiografía peruana, una historiografía romanística, italiana o española, etcétera. Tantas cuantas escuelas o fuentes o profesores hubiere.

Pero hay también un historicismo en el que poco se ha reparado, aun cuando el tema es clásico, la comprensión. El historicismo no es otra cosa que una reflexión sobre el hombre y los productos del hombre. La comprensión es, pues, el gran reto de la historia, comprender al hombre. Tema judicial, eminentemente.

Es decir, el de la interpretación del hombre y de sus hechos, de sus actos, de sus negocios jurídicos o de sus delitos o de sus cuasidelitos, y en general de toda la conducta. Pues todos estos aspectos los pienso yo decir sintéticamente. Y por ello, soy conciente del tiempo, mis amigos y espero no aburriros. Pienso por ello sintetizar el tema bajo, diría que tres reinos, o tres grandes periodos que serían: uno, el periodo del Derecho romano, *strictu sensu*; segundo, el de la tradición romanística, entendida como el gran legado del Derecho romano *justiniano*, desde el alto medioevo y particularmente desde el bajo medioevo, con Bolonia, con sus discípulos y con toda la escuela de los glosadores y de los posglosadores, la escuela culta, la escuela prusiana y la escuela histórica y de los pandectistas.

La tradición romanista está vista, pues, dentro de este gran ciclo, magno periodo de la historia del proceso y del Derecho, y el siglo XX es el de la tradición de las corrientes contemporáneas del pensamiento procesal, que en definitiva no es otra que, a la luz del Derecho comparado, visto el tema bajo el perfil del Derecho hispanoamericano con sus famosas leyes de enjuiciamiento civil, y que se remontan ciertamente al medioevo; y planteado desde otro ángulo o desde otra perspectiva, la tradición germano-italiana, que se consagra en las famosas ZTO de las que hablaré, el código italiano y sus filiales en los códigos sudamericanos, el más reciente el del Perú, con sus virtudes y defectos que son propias de todo hombre, de toda escuela, de toda obra historiográfica.

Para empezar, quisiera decir que, contra la opinión de algunos colegas, estimo que el punto de inicio no está dado ni en el "cerro de Huanacaure", como dicen algunos de mis colegas de la escuela historiográfica peruana, sino en el Derecho romano.

Creo que es ahí verdaderamente el punto de inicio por cuanto el Derecho romano es de tal trascendencia que solamente podemos encontrar paralelos en la matemática de Euclides y en las categorías de Aristóteles. El Derecho romano puede ser clasificado bajo varios puntos de vista, hay varias clasificaciones. Pero he optado por la que me parece la más cabal, periodo del Derecho quirritario, periodo del Derecho pretoriano, del Derecho clásico, del Derecho posclásico y del Derecho justiniano. Cada uno de estos momentos con sus particularidades.

El primero de ellos, caracterizado por su solemnidad y formalidad a ultranza. Para algunos procesalistas, este periodo arcaico pudiera llamarse el periodo de las leyes-acciones. Es decir, de unas determinadas acciones todo solemnidad, todo formalidad, de suerte que, y así lo dice Gayo al referirse justamente a este momento, el excesivo formalismo de las leyes acciones determinó precisamente el colapso de esta era por cuanto el no pronunciamiento de una palabra sacramental determinaba *ipso iure* la pérdida del juicio.

Ello acarrió ya en la protesta la reacción, como es conocido ya también el fenómeno analizado por la historiografía de ese famoso momento de la reivindicación de los derechos para el pueblo romano. Consecuencia de ello es el pretor. El pretor se convierte en el gran protagonista de la historia del Derecho de todos los tiempos, y singularmente del periodo que lleva su nombre, del "derecho pretoriano". Las *equitas* y las acciones pretorianas, especialmente los interdictos. Nos interesa fundamentalmente la génesis de los interdictos, particularmente cuan-

do dos países hermanos discuten sobre su cuestión limítrofe olvidando esta cuestión histórica fundamental: la cuestión interdictal.

El Código Penal de 1993, en un esfuerzo de síntesis normativa, ha olvidado esta puntual trascendencia de los interdictos clásicos por cuanto que su decisión pende como espada de Damocles, también, sobre las conversaciones que en estos momentos se están llevando a cabo en Brasilia.

El Derecho interdictal y el Derecho clásico romano corresponden, pues, al periodo áureo en donde los grandes jurisconsultos tallaron las fuentes doradas que más tarde recorrerían el digesto y pasarían como un monumento de la historia. Corresponde a esta época la obra fundamental, la obra inmortal de Gayo, su biografía huraña ha sido incluso cuestionada por algunos que, al doctorarse, negaron incluso la existencia del Gayo inmortal de las institutas clásicas.

Recuerdo aquel periodo pero no os voy a cansar con una serie de anécdotas que son propias, quizá, de nuestras actividades académicas. Algunos doctorandos pudieron denegar en sus tesis doctorales la personalidad de Gayo, haciendo hincapié en Casius Longinus, otro jurista clásico de aquella época.

Pero me interesa, para todos los efectos, dejar establecido que en esta fase del periodo clásico sobreviene una época de colapso, una época de crisis en donde sobrevienen las invasiones y en donde entra en colapso, el estilo, el lenguaje culto y sobre todo la creación doctrinaria de los juristas clásicos. De ello dan fe obras de doctrina, obras normativas... hace unos instantes leía con gran estupor un renacentísimo libro de uno de los patriarcas de la historiografía hispana, don Alfonso García Gayo, y estaba leyendo rápidamente lo referente a *Lex Romano Visigotorum* o 'Ley que regía para los Romanos y para los Visigodos', y la *Lex Romano Borgoneomum*, que regía para la Borgoña, allende aquella célebre provincia de la Borgoña, en la Francia suroccidental.

Este periodo de crisis y colapso, aparte de lo que se ha escrito por los romanistas y por los medievalistas, tiene la importancia de un fenómeno que para el mundo del Proceso me parece interesante, y es el gran auge del Proceso Extraordinario. De la unificación de una sola fase de las dos clásicas llamadas el periodo, o fase o momento ante el magistrado y ante el juez, la fase *in jure* y la fase *ab unjuricem*, tema del que también quisiera ser más prolijo en su análisis, pero que la síntesis me obliga a ser muy preciso al referirla.

El momento *justinianeam*, el periodo justiniano está referido a la labor compiladora del tribuniano y de los grandes juristas de Cons-

tantinopla y de Beirut, encargados de recopilar los grandes textos clásicos. Ahí se introduce una serie de cuestiones espúrias que no eran originarias de los pensadores clásicos. Esto ha sido especialmente denunciado por Hoffman en su famoso "Antipigoniano", escrito allá por el siglo XIV, y de ahí sobreviene la recientísima doctrina o teoría del siglo XIX y XX de las Interpolaciones en el Derecho romano.

El Derecho romano *strictu sensu* es al Proceso ordinario como el género a la especie. El proceso ordinario en el periodo romano justinianeo era, pues, un proceso lento, majestuoso, que caminaba a ritmo lento, llamado por ello el *solemnis modum*, toda lentitud, toda división en fases, luengas fases que atentaban precisamente contra la celeridad y la rapidez. Es por esa razón que ya los comerciantes, y también los canonistas, recogiendo estas cuestiones, tratan de resolver el gran problema de la Economía Procesal. El Papa Clemente VI, en 1306, dicta por ello una célebre bula, la famosa "Clementina Sancte Contingis", de la cual nace justamente o se desarrolla toda la problemática del procedimiento acelerado del proceso ejecutivo.

En la bula clementina se piensa que es necesario resolver de plano y sin estrépito y sin *segura iuricis*; es decir, eliminando los recursos, las formalidades, las solemnidades, y todo lo que pudiera dilatar la marcha del proceso. La bula clementina tiene, pues, una gran importancia para el estudio y análisis del proceso ejecutivo.

Todo el desenvolvimiento histórico del Derecho procesal en la tradición romanista se anuda, en mi opinión, para sintetizaros todo esto que podía ser materia de un largo curso, quizá hasta de un año, difícil es sintetizar. Todo ello podría sintetizarse, a doble remo, en lo que se refiere a la historia del proceso ordinario y al surgimiento del proceso sumario, del proceso ejecutivo. Por ello, considero que éstas son las dos grandes precepciones de la tradición romanista.

El siglo XIX es el siglo de la escuela histórica y es el siglo de los pandectistas. Y es bajo el augurio de los pandectistas como surge el gran Código Civil alemán, pero también la ZTO alemana de 1876, vigente desde 1879. Éste consagra primero, el principio de dirección del proceso por el juez; segundo, el gran principio o el gran teorema de la acumulación procesal. Yo creo que éstas son las dos magnas conquistas de la ZTO por cuanto, en segundo lugar, el Código austriaco de 1895, la ZTO de 1895 de Franz Klein, recogiendo este legado de la ZTO alemana, las desarrolla bajo una nueva perspectiva: la ideología, que no es otra que la concepción tomista del "bien común" y que Klein consagra bajo el concepto de la socialización del proceso y

que el Código cubano ha consagrado en el artículo VI del título preliminar, en el sentido de que el juez debe eliminar toda discriminación por razón de sexo, condición política, social, religiosa, económica o política, gran cuestión que ha sido desenvuelta en el Código peruano en los artículos 50 y 51 del Código del '93.

El Código austriaco además consagra una serie de principios adicionales, la audiencia preliminar, la concepción del juez como un *bonus patern indisorum*. La audiencia preliminar es, en mi opinión, otra de las grandes conquistas del Código austriaco, tema de reflexión para el derecho comparado en el Proceso.

La ZTO húngara de 1911 recoge este legado y lo desarrolla bajo la dirección de Ross, gran profesor de la Universidad de Viena, discípulo de Klein, pandectista también y uno de los grandes procesalistas del siglo XX. Pongo énfasis, pues, en esta ZTO de 1911, la ZTO húngara porque considero que es uno de los más completos códigos del siglo XX. Pero más allá, he de referirme a la ZTO danesa de 1916, y sobre todo al Código polaco de 1933.

Para nosotros los latinos, para nosotros los sudamericanos, fue sobre todo el Código italiano el que se convirtió en la gran bandera de estas ideas procesales. De una u otra forma, todos los sudamericanos hemos estudiado leyendo a los grandes clásicos, que son justamente los autores del Código italiano del 42.

Aludo, en primerísimo lugar, al gran maestro Iudine, ¿quién no ha leído su "Sistema de Derecho Procesal Civil", "La Proba Civile" de 1915. Luego el gran procesalista, comercialista y laboralista Francesco Carnelutti, Geometra del *Concettualismo Puro* es, ciertamente, yo le he llamado un monstruo enciclopédico tanto en el procesalismo cuanto en el Derecho comercial, como en el Derecho industrial, en el Proceso Penal e incluso su *Teoría Generale del Reato*, tan cuestionada por los penalistas italianos como Betioni y Petroccelli. No obstante sus réplicas y sus críticas es, a mi modo de ver, el gran perno que unió la visión civilística y la visión penalística, del reacto y del acto jurídico.

Carnelutti es, pues, uno de los grandes líderes del Derecho en general, del Proceso en particular y de todas las áreas en general de nuestras disciplinas. Frente al conceptualismo muy geométrico de Carnelutti se yergue la figura humanista y elegante de Calamandrei, el gran maestro de Florencia cuya tesis doctoral hasta ahora sigue siendo la obra obligada de consulta para quien quiera analizar a fondo el gran problema de la casación civil. Y junto a ellos, Enrico Redenti, profe-

sor en Bolonia. Su procedencia era el justo equilibrio entre las visiones poliédricas de Carnelutti y la elegancia consumada de Calamandrei.

Conforti, presidente de la Corte de Casación, colaboró con ellos en la redacción de ese gran código que ha servido de fuente de inspiración para los códigos y para las doctrinas sudamericanas. Y por ello, al referirme a los grandes códigos sudamericanos he de decir que, de un lado los códigos mexicanos, y de otro lado los códigos sudamericanos. Los primeros, en cuyo análisis ha dado la palabra el gran maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, en magnos estudios dedicados justamente al análisis del federalismo en los códigos. Es famoso su prólogo al Código de Chihuahua y en sus estudios de Teoría General e Historia del Proceso, el maestro Alcalá Zamora había dado su veredicto sobre esta cuestión apasionante.

Yo recuerdo, personalmente, la gran salva de aplausos con la que lo oíamos el primero de abril de 1967, aprobó con unanimidad su ponencia de un proceso único para el proceso de conocimiento y para el proceso de ejecución, respectivamente.

Los códigos sudamericanos, inspirados en estas ideas, han marcado su propio ritmo. Así, el Código argentino de 1968, obra de Lino Palacio, obra de Colombo, de Juan Carlos Ayaragaráin, de María Lisa Anastassi de Báljar, del profesor Chiquero y otros.

El Código brasileño de 1973, en el que se inspira también el Código peruano para el estudio y análisis del saneamiento procesal.

El Código venezolano de 1985 y el Código uruguayo de 1989. El Código peruano de 1993 que es, diría, el último de los códigos de la familia sudamericana inspirados en la Escuela italiana y en el Código italiano, con sus virtudes y defectos. Virtudes: la consagración de la regla moral en el proceso, la definición clara y precisa de los deberes de moralidad y la consagración de los deberes de probidad, lealtad, veracidad y buena fe.

Pero a la par de este gran tema, su desorden. La no división en libros, como es clásico, todo código debe estar dividido en libros, secciones, títulos y artículos. No sucede así ni con el Código mexicano ni con el Código peruano. Por ello tenía razón don Niceto Alcalá Zamora y Castillo cuando, criticando al Código mexicano, decía que no es aceptable su división y su análisis en títulos. Igual pudo decir del Código peruano, dividido en secciones, olvidando la clásica división que desde el Código de Teodociano es tradicional: un título preliminar y por lo menos cuatro o cinco libros que deben contener el sistema del proceso civil, a saber: un título preliminar, en donde

deben estar consagrados los principios rectores del proceso; un libro primero, en el que debe estar la parte general referida a los sujetos del proceso: el juez, el ministerio público y las partes, los terceros que integran la relación procesal y los actos procesales, actos del juez que son las resoluciones judiciales, los actos de partes, actos postulatorios, actos probatorios, actos impugnatorios; la clasificación de los recursos, gran cuestión y por ello es paradójico que en el Código argentino de 1968 sus autores, que todos ellos se doctoraron con tesis sobre la casación, omita el recurso de casación en sus lineamientos.

El libro primero debe contener, pues, todo lo referente al juez y a las partes y a sus actos procesales; un libro segundo destinado al proceso de conocimiento; un libro tercero destinado al proceso de ejecución; un libro cuarto al Proceso Cautelar, y un libro quinto a los Procesos Especiales, entre ellos el *Concurso de Telores*, etcétera.

División, señores, como ustedes habrán podido apreciar en su afán de síntesis, que ha querido daros una visión pero enciclopédica y ultrarrápida de toda la historia y del Derecho comparado, aportes a una reforma del Código mexicano y consciente de las virtudes y defectos de la codificación sudamericana, concluyo mi reflexión de esta tarde, proponiendo el advenimiento de una reforma procesal, una reforma de la reforma procesal.

Hace unos instantes que he adquirido un libro magnífico: un "Código Universal del Derecho Procesal". Veremos si estas mis inquietudes y las vuestras se plasman próximamente en un coloquio, en una conversación en la que pudiéramos conversar sobre los grandes temas del proceso en el futuro. Muchas gracias.