

*La Lesión en el  
Derecho Argentino*

Guillermo Julio Borda

Profesor Titular de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina. Profesor Honorario de la Universidad Alas Peruanas.

*Lex*



*Triptico. Huarachticy (Iniciación, fiesta sagrada). Óleo, 1988 (146 cm. x 114 cm.)*

**S**i bien la lesión ya tenía vigencia en el derecho romano, se había desdibujado con el correr de los años al consagrarse la libertad contractual como un principio absoluto que no podía ser menguado. En razón de ello se aceptó como algo corriente la inserción de cláusulas en los contratos que establecían la renuncia anticipada a ejercer la acción por lesión. Esto porque imperaba en la época el concepto de que la libertad contractual más absoluta era la piedra del desarrollo y toda traba a ella era mirada no solo con disfavor, sino como una grave amenaza al tráfico mercantil. Pero la lesión tomó nuevamente vigor con la entrada en vigencia del Código Civil francés, aunque con ciertas limitaciones.

El Código Civil Napoleónico, cuyos doscientos años celebramos hace escasos tres años y que ha sido la fuente de la codificación americana, se nutrió de las enseñanzas de Pothier y Portalis, defensores acérrimos de la equidad en materia contractual. Fueron estos quienes gravitaron profundamente para incorporar la lesión en el Código Civil francés; aquel con su obra y este con su prédica tenaz y recurriendo a cuanto argumento tuviera a mano para justificar la necesidad de su incorporación al nuevo plexo legal. Napoleón, convencido finalmente de los argumentos vertidos, los hizo suyos, si bien no en su totalidad. Así se dispuso en el art. 1118 del Código francés que era factible invocar la lesión con carácter restringido y solo aplicable como excepción y en ciertos negocios jurídicos o con relación a determinadas personas. Era de aplicación a los contratos de compraventa inmobiliaria y en la partición, aun cuando la parte afectada hubiera renunciado expresamente a alegarla y hubiera declarado que donaba la plusvalía. La lesión objetiva quedaba demostrada cuando había una desproporción enorme y para ello se fijaba un tope de las 7/12 avas parte del precio (arts. 1118 y 1674).

Sin perjuicio de que era considerada como un remedio excepcional, tanto leyes posteriores como numerosos fallos reconocieron ese derecho en materia de locaciones, transmisión de fondos de comercio, etc.

Los que niegan que la lesión puede ser una causa de nulidad o rescisión de los contratos invocan, entre otros argumentos, que el respeto de las convenciones es uno de los pilares funda-

mentales en que se basa el orden jurídico; que la seguridad jurídica sufriría un rudo golpe si se pudiera atacar los contratos so pretexto de que las obligaciones recíprocas no son equivalentes; que la preocupación por cuidar el principio de la equidad hace olvidar otro de orden moral no menos importante: el de guardar fielmente la palabra empeñada. Que la posibilidad de invocar la lesión facilita las argucias de quienes, de mala fe, quieren liberarse de los compromisos libremente contraídos. Que el contrato es muchas veces un acto de previsión y por ende un factor de estabilidad económica. Lo que hoy resulta equitativo, mañana puede no serlo. Quizás sean estas circunstancias las previstas por las partes y las que han tenido en mira al contratar, la especulación es el alma del comercio, admitir la lesión es matarla.

Todos estos argumentos no demuestran otra cosa que la aplicación de la teoría de la lesión envuelve un delicadísimo problema. Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular o rescindir un contrato, pues la igualdad matemática es imposible. Pero cuando la lesión es grosera, cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo han sido producto de su ignorancia, su debilidad o inexperiencia, cuando es evidente que el lesionado se ha aprovechado de estas circunstancias para sacarles beneficio, el juez no puede ni debe convalidarlas ya que resultan contrarias a la moral, a la buena fe y a las buenas costumbres. Será necesario entonces anular o reducir las obligaciones que resulten injustas, porque el derecho presupone la justicia y no toda convención, por el hecho de serlo, es justa como lo pretendían los defensores a ultranza de la libertad contractual.

Desde antiguo se requería, para poder pedir la nulidad del acto por lesión, que no hubiere justo precio y que además los hechos fueran suficientemente graves. Ahora bien, aparecía como harto difícil determinar qué se entendía por justo precio, ya que es un término impreciso y ambiguo, que depende en muchos casos de apreciaciones estrictamente subjetivas, lo que es justo para uno puede ser totalmente injusto para otro. Lo que para uno puede ser necesario para el otro no. Depende de diversos factores, como decía, no ya de la voluntad de las partes o de sus deseos. Y este ha sido otro de los motivos por los que la lesión fuera tan cuestionada; se han utilizado diversas fórmulas para determinar el justo precio, pero todas ellas son objetables en mayor o menor medida, por eso al hablar de justo precio me refiero a un precio equitativo. Es que el vicio de lesión se funda justamente en que la buena fe debe asistir a las partes en la contratación, y un comportamiento lesivo importa una conducta repugnante a la equidad, que es la que debe presidir el desarrollo de la actividad negocial. Como bien lo señalara Pothier:

“la equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos onerosos, en los cuales uno de los contratantes da o hace algo para recibir alguna otra cosa como precio de lo que da o hace, la lesión que sufre uno de los contratantes, aún cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, basta por sí misma para viciar los contratos. Porque consistiendo que la equidad en materia de negocios es la igualdad,

desde que se menoscabe esta igualdad y uno de los contratantes dé más de lo que recibe, el contrato está viciado, porque peca contra la equidad que debe presidirlo”<sup>1</sup>.

Es que la equidad es una de las expresiones del ideal de justicia y a la cual los jueces echarán mano para impedir que se consuma un acto contrario a la moral y a la buena fe. Aunque no resulta fácil su definición, es fácilmente asimilable al criterio instalado de que el equilibrio debe reinar en las contraprestaciones.

Bajo estos lineamientos, la lesión fue incorporada al Código Civil argentino con la reforma de la ley 17.711 del año 1968.

### CUÁNDO HAY LESIÓN

La lesión es un vicio de los actos jurídicos que da lugar a pedir la nulidad del acto cuando uno de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, presumiéndose que existe tal explotación cuando hubiere notable desproporción en las contraprestaciones. A diferencia de otras legislaciones, nuestro derecho no se establece en ningún tipo de proporción o pauta para determinarla, a diferencia del derecho francés o peruano, por citar una fuente francesa y otra americana.

La lesión se aplica a los actos bilaterales, onerosos y conmutativos, no así en los gratuitos ya que en estos casos la obligación pesa sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal podemos decir que existe desigualdad en las contraprestaciones. En estos casos, el acuerdo no se basa en una idea equidad y equivalencia, sino que el fin que se había tenido en mira es hacer una liberalidad. Nuestro art. 954 no prevé la lesión para los contratos aleatorios, no obstante una importante parte de nuestra doctrina se ha pronunciado en el sentido de que el vicio de lesión puede existir en los contratos aleatorios por cuanto la excesiva desproporción debe ser ajena al alea del contrato, es decir que la ventaja excesiva no se debe originar en el acontecimiento incierto, sino que se encuentra isita en el momento de la celebración del acto<sup>2</sup>.

Nuestros tribunales la habían admitido aun antes de que la lesión fuera legislada, en efecto la Cámara Nacional en lo Civil de la Cap. Fed. en 1964, en el caso “Peralta c/ Trepá”, admitió que pueden ser atacados por lesión en el caso de que aun contando con el alea propia del contrato, las contraprestaciones resulten desproporcionadas. En el caso se trataba de una cesión del usufructo de un inmueble (usufructo que se había reservado cuando años había transferido

<sup>1</sup> Citado por BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*, Parte Gral., n° 1171-3.

<sup>2</sup> BREBIA, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos*, Ed. Astrea, 1995, p. 252.

la nuda propiedad) a cambio de una renta vitalicia mucho menor que el importe de los arrendamientos del inmueble<sup>3</sup>.

### Lesión objetiva y subjetiva

En el derecho argentino, el elemento objetivo se da cuando hubiere una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada en las contraprestaciones, y sin justificación alguna. Pero no establece ninguna pauta respecto a la desproporción.

Respecto al elemento subjetivo, se da no solo cuando una de las partes se aprovecha de la necesidad del otro, sin hacer distinciones sobre qué tipo de necesidad, sino que se da también cuando se ha obrado con ligereza o inexperiencia, enumeración que para la mayor parte de los juristas nacionales es simplemente enunciativa y no taxativa. Más aun, algunos autores han entendido que lo esencial es el aprovechamiento del estado de inferioridad en que se encuentra la otra, cualquiera sea su causa. Así Moisset de Espanes entiende que el aprovechamiento del beneficiario del acto constituye un verdadero atentado contra la buena fe que debe presidir los actos jurídicos y es el elemento que más caracteriza a la lesión, puesto que, por un lado, permite determinar su naturaleza jurídica y, por el otro, su ausencia tornaría incompleta cualquier fórmula legislativa que pretendiese reprimirla<sup>4</sup>.

Si bien los términos ligereza e inexperiencia son difíciles de definir, parte de la doctrina ha entendido por ligereza el accionar irreflexivo, cuando no se ha evaluado las consecuencias de la operación, sus pros y contras. El profesor Mosset Iturraspe afirma que el hombre de hoy, sea por la fatiga, el estrés, la vida acelerada, los requerimientos del consumismo, la droga u otras razones, sufre limitaciones que en muchos casos lo llevan casi sin darse cuenta a contratar en desproporción<sup>5</sup>, lo que importa dar evidentemente una mayor amplitud al concepto de ligereza. A su vez la inexperiencia ha sido reconocida como una falta de conocimiento de los usos y prácticas que lo colocan a uno en una situación de inferioridad. Basta acreditar que debido a su escasa cultura o corta edad no se tiene experiencia para celebrar ese acto en concreto, porque ello será la razón que le impida aquilatar las ventajas y riesgos que asume. Hace a la desinformación y falta de profesionalidad. Como bien señala Mosset Iturraspe, la inexperiencia hace referencia a una situación de desigualdad, que es aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conector en detrimento del débil o inexperimentado.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> C.N.Civ., Sala A, 18-12-1964, La Ley 122-198.

<sup>4</sup> Moisset de Espanes, *La lesión en los actos jurídicos*, Universidad Nacional de Córdoba, 1965, n° 272.

<sup>5</sup> Mosset Iturraspe, *Contratos*, Ed Rubinzal-Culzoni 1995, p. 182

<sup>6</sup> Mosset Iturraspe, *Contratos*, op. citada, p. 284.

Nuestros tribunales han resuelto que el lesionante debe probar que no ha mediado situación de inferioridad, ni se ha aprovechado de ella, ya sea en razón de la avanzada edad, ya sea por una delicada situación sentimental, por ardides, etc. si quiere que se rechace la acción<sup>7</sup>. Entiendo que si bien uno no está obligado a velar por los intereses de la otra parte, el aprovecharse del estado de necesidad, inferioridad, ligereza e inexperiencia del otro habilita a que los jueces, a pedido del lesionado, restablezcan la equidad y el sentido de lo justo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que si bien la lesión debe ser valorada con un criterio restrictivo<sup>8</sup>, si de la simple comprobación objetiva resulta que con un pago tan vil se ha pretendido cancelar la totalidad de lo adeudado, se impone aplicar el art. 954 del Cód. Civil, con operatividad de la presunción legislada en el párrafo 3º de la norma<sup>9</sup>; esto es que se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las contraprestaciones.

#### **Cuando debe apreciarse la desproporción**

Nuestro art. 954 establece que la desproporción no solo debe ser al tiempo de la celebración, sino que debe subsistir, al momento de la demanda. Es que si con posterioridad la desproporción ha desaparecido, no existe agravio alguno, puesto que si el contrato fue injusto en su origen y el tiempo lo tornó en justo, ha desaparecido la razón para invocarla.

#### **Debe pedirse el reajuste, la resolución o la nulidad**

La norma prevé en su apartado quinto la posibilidad de pedir tanto la nulidad del acto como su reajuste equitativo. Es decir, la ley le brinda al lesionado la alternativa de volver al estado en que se encontraban las cosas al momento de la celebración del acto o bien pedir el reajuste a fin de lograr que desaparezca la falta de equilibrio en las contraprestaciones y que, en definitiva, mantenga el contrato que fue lo que las partes tuvieron en mira al celebrarlo. Si lo que se ha demandado es la nulidad, la acción podrá ser transformada en una de reajuste si el demandado así lo ofreciere al contestar la demanda, con lo cual se produce una situación procesal anómala, ya que se cambian los términos de la litis. Ahora bien, el lesionante tiene ese solo y único momento para ofrecerla, vencido dicho plazo no puede plantearla. A diferencia del lesionado, el lesionante solo puede solicitar el rechazo de la acción u, como ya dijimos al momento de contestar la demanda, ofrecer su reajuste. Últimamente varios autores, entre los que se encuentra

<sup>7</sup> CNCiv. Sala H. 20/11/2002.

<sup>8</sup> CSJN, "Kestner S.A.C.I. c/ Y.P.F. Soc. Del Estado", E.D. 160-662, n° 204.

<sup>9</sup> CSJN, "Hernández c/Empresa El Rápido", L.L. 1995-D-236, con comentario favorable de Jorge Mosset Iturraspe.

el Dr. Rivera<sup>10</sup>, se pronuncian en el sentido de que el lesionante puede, al pedir el rechazo de la demanda, ofrecer subsidiariamente el reajuste, el que deberá ser equitativo y el plazo para su cumplimiento lo determinará el Juez de la causa.

Si no es factible la devolución de la prestación, la cuestión se resuelve mediante el reajuste del contrato. En cuanto a la forma en que debe ser reajustada la prestación, se entiende que el lesionante que haya ofrecido el reajuste al contestar la demanda puede ser condenado al pago de la diferencia del valor establecido, más sus intereses legales, en un plazo de ocho días bajo apercibimiento de rescisión.

### **Nulidad de la renuncia a la acción por lesión**

Si bien nuestra ley nada dice al respecto, se ha entendido que la renuncia realizada coetáneamente a la celebración es claramente nula, por cuanto, como bien se ha señalado, “es indudable que quien renuncia a las acciones de nulidad o modificación en el propio momento de celebrarse el acto, lo hace coaccionado por la misma inexperiencia, necesidad o ligereza, con lo que esa renuncia carecería de valor<sup>11</sup>, pero esto no significa que el lesionado no pueda formular esa renuncia después de la celebración del contrato, en la medida de que ya no exista el factor de desigualdad o de presión que había al momento de dicha celebración, es decir que la renuncia que se efectúa con posterioridad solo será válida si ha desaparecido el estado de inferioridad.

### **Caducidad o prescripción**

El plazo de prescripción es de cinco años contados desde el momento en que se produjo el hecho. Distinguidos juristas de nuestro país, como Moisset de Espanés, Brebía, Carranza y Masnatta, entre otros, se han pronunciado a favor de una modificación de los plazos de prescripción y proponen el establecimiento de plazos más acotados que el vigente, acorde con los fijados para los otros vicios de los actos jurídicos, esto es para el error, el dolo, la violencia y la simulación que, conforme el art. 4030; prescriben a los dos años. Si bien no estoy convencido de dicha solución, entiendo que puede ser más lógico un plazo menor, aunque el cómputo de los plazos debe hacerse contando desde el momento en que desapareció la situación de inferioridad.

<sup>10</sup> RIVERA, Julio C. *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, p. 847.

<sup>11</sup> SANDLER, Héctor, citado por Borda, Alejandro. “La lesión”, *Revista Jurídica de Mar del Plata*, 2002-1.





*El Exégeta José Silva Santisteban y  
su Compendio de Derecho Peruano:  
Parte Civil*

Carlos Augusto Ramos Núñez

Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Católica del Perú. Premio Zorraquin Becú (Argentina) a la Literatura Jurídica. Miembro de Número de la Academia Peruana del Derecho.

Lex



*Triptico. El mago. Óleo, 1988 (146 cm: x 114 cm.)*

La palabra *Derecho* tiene muchas acepciones. Unas veces significa la colección ó cuerpo de leyes; y otras, la ciencia misma de estas leyes. El Derecho Civil es la ciencia de las leyes positivas.

José SILVA SANTISTEBAN,  
*Curso de Derecho peruano. Parte civil* (1853)

La costumbre y la ley se asemejan en que tienen el mismo origen; pero se diferencian: 1.º en que la costumbre es la consecuencia espontánea de una necesidad, mientras que la ley es el resultado producido por la meditación y por un convenio expreso; 2.º en que la costumbre es menos positiva que la ley; 3.º en que la costumbre es menos imperativa, menos coercitiva, menos moralizadora y menos instructiva que la ley.

TORIBIO PACHECO,  
*Tratado de Derecho civil, tomo 1* (1860)

*El artículo me condena, pero el inciso me salva.*

Dicho popular de Cajamarca

## 1. JOSÉ SILVA SANTISTEBAN Y SU COMPENDIO DE DERECHO PERUANO. PARTE CIVIL

**B**asta observar el pie de imprenta del libro para advertir que José Silva Santisteban fue el primer autor que publicó un manual orientado al estudio del nuevo Código Civil peruano. En efecto, en enero de 1853, apenas promulgado el flamante documento, Silva Santisteban ofrecería a sus jóvenes lectores un compendio titulado *Derecho Peruano. Parte Civil*<sup>1</sup>. El librito había sido pensado para disertar ante los alumnos del Colegio de Ciencias de Piura, donde a la sazón se desempeñaba Silva como rector y maestro. No obstante sus dimensiones más bien modestas, el vacío doctrinario convertiría al trabajo en el único auxiliar impreso para la enseñanza del Derecho Civil en los colegios superiores y las universidades de todo el país hasta el año de 1860, cuando ingresa a los anaqueles el tomo primero del *Tratado de Derecho civil* de Toribio Pacheco. En ese corto período de siete años, como testimonio de la acogida que se le brindó, emergieron tres ediciones consecutivas del manual de Silva Santisteban. Así, unos meses después de la edición piurana, el libro aparecía en Lima, en una versión «corregida y mejorada» al cuidado de don Eusebio Aranda, precisamente el tipógrafo al que se

<sup>1</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho Peruano. Parte Civil. Compendio del curso dictado en el Colegio de Ciencias de esta ciudad por su Rector José Silva Santisteban*. Piura: Impreso por Manuel Rubio, 1853.

encomendó la edición oficial del Código Civil<sup>2</sup>. Merced al esfuerzo editorial del propio autor, el curso de *Derecho peruano. Parte Civil* sería nuevamente reeditado en el año de 1860<sup>3</sup>.

### 1.1. Un liberal militante

Vana presunción sería, en efecto, establecer la República en una sociedad salvaje, o el despotismo en un pueblo libre y culto. Pero, ante la ciencia, no vacilamos en preferir la República.

*Curso de Derecho constitucional*, 3.ª edición. Parte general, IV.

Miembro de una connotada familia local, en la que abundaban abogados y militares, José Silva Santisteban Bringas nace en Cajamarca el 13 de marzo de 1825 y fallece en Lima el 1 de agosto de 1889<sup>4</sup>. Fue hijo del general Juan Silva Santisteban y de doña Nicolasa Bringas. El futuro letrado comenzaría su educación en el recién fundado Colegio Central de Ciencias y Artes (después llamado Colegio de San Ramón), que dirigía don Diego Zavala y Barrantes y, más tarde, el coronel José Gálvez y Paz<sup>5</sup>. Emigra luego a Lima para matricularse como alumno de Jurisprudencia en el Colegio de Nuestra Señora de Guadalupe, donde toma contacto con las corrientes liberales imperantes en ese plantel. Allí, Silva Santisteban se inicia en la docencia, bajo los auspicios de su coterráneo, el rector Pedro Gálvez Egúsqiza. Tras acreditar el aprendizaje de los «cuatro Derechos», opta el grado de bachiller en Sagrados Cánones por la Universidad de San Marcos el 28 de febrero de 1849, con la defensa de una proposición canónica. Actuaron como opositores el doctor Mariano Dorado, entonces tesorero del Colegio de Abogados de Lima, y el bachiller José Jesús Ayllón<sup>6</sup>. Se le señala luego la práctica forense en el estudio del doctor Paulino Gómez Roldán y asiste a las conferencias de rigor en el Colegio de Abogados. Entre tanto, el joven estudioso se desempeña como profesor en Guadalupe, donde imparte los cursos de Gramática y Geometría, hacia 1848, y de Legislación y de Derecho Penal, entre 1849 y 1850<sup>7</sup>. En este año, lo vemos también como secretario del Colegio<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho Peruano. Parte Civil*. 2.ª edición «corregida y mejorada». Lima: Imprenta de E. Aranda, 1853.

<sup>3</sup> No hemos tenido a la vista un ejemplar de la tercera edición, segunda limeña, del libro. Vid. VALDERRAMA, David M. *Law and Legal Literature of Peru*. Washington: Library of Congress, 1976, p. 92.

<sup>4</sup> Los datos biográficos del personaje son registrados en DAMMERT BELLIDO, José A. *La generación brillante*; TAURO DEL PINO, Alberto. *Enciclopedia ilustrada del Perú*. 6 tomos. Lima: Peisa, 1987, tomo 6, pp. 1983-1984. Sobre el entorno, véase BURGA LARREA, Carlos. *Diccionario geográfico e histórico de Cajamarca*. Lima: s. e., 1983.

<sup>5</sup> Cfr. DAMMERT BELLIDO, José A. «Panorama estadístico de la ciudad de Cajamarca entre 1818 y 1838». En su: *Cajamarca independiente*. Cajamarca: Imprenta Diocesana, 1974, pp. 100-107, p. 103.

<sup>6</sup> AGN. Grados de Abogados. Legajo 13, Expediente 690, del 5 de marzo de 1849, ff. 1v-2.

<sup>7</sup> *Ib.*, ff. 3, 5-5v.

<sup>8</sup> *El Comercio*, del 22 de agosto de 1850.

El 8 de febrero de 1851 José Silva Santisteban consigue del gobierno de Echenique un nombramiento como rector del Colegio de Ciencias de Piura y se apresura a tramitar la obtención del título de abogado. El 15 de febrero de 1851 rinde el primer examen y el 20 del mismo mes sustenta un expediente sobre cobro de pesos entre Dolores Terrones y Manuel Monteverde<sup>9</sup>. Recibido de abogado, Silva Santisteban retorna a su ciudad natal. Allí se integra al cuerpo de redactores del quincenario *La Aurora*, el segundo periódico más antiguo de Cajamarca, que Mariano Felipe Paz Soldán había fundado en noviembre de 1848. La aparición de *La Aurora* coincidiría con un resurgimiento de la vida intelectual en la ciudad, en la que ocupan primera fila los exponentes de la llamada «generación brillante» de ilustrados cajamarquinos: Benedicto Torres, los hermanos Pedro, José y Manuel María Gálvez Egúsquiza, Toribio Casanova, José Tadeo Pita, Juan Manuel Gálvez<sup>10</sup>. En 1852, Silva Santisteban sucede a Paz Soldán en la dirección de *La Aurora*, a la que añadirá el encabezado inequívoco de «periódico liberal», y apoya desde sus columnas el combate por la departamentalización de Cajamarca. La acción gubernamental acarrea el cierre del periódico a fines de 1852 y Silva Santisteban se ve forzado a abandonar Cajamarca. Se traslada entonces a la ciudad de Piura, para asumir la dirección del Colegio de Ciencias de San Miguel, que ocupa hasta el año de 1853<sup>11</sup>. Para los alumnos de ese establecimiento prepararía, además del manual de Derecho civil, un *Compendio de la gramática castellana*, resumen de sus lecciones impartidas en el Colegio de Guadalupe de Lima<sup>12</sup>.

A inicios de 1854, Silva Santisteban retorna a la capital para consagrarse a la abogacía y la docencia. Se asocia al estudio de Pedro Gálvez e instala un plantel educativo, el Liceo de Lima. Un aviso inserto en *El Heraldo de Lima* en marzo de 1854<sup>13</sup> rezaba:

#### ESTUDIO DE ABOGADO

El que suscribe tiene abierto su estudio en el mismo local que ocupa el Dr. Gálvez, calle de Escribanos, casa del Señor Provisor. La persona quiera encargarle la dirección de sus asuntos, puede verlo en dicha casa desde las 11 del día hasta las 4 de la tarde; y a otras horas en el *Liceo Peruano*, plazuela de San Marcelo.

José Silva Santisteban

<sup>9</sup> Grado de abogado de José Silva Santisteban. *Loc. cit.*, f. 12.

<sup>10</sup> DAMMERT BELLIDO, José A. *La generación brillante*.

<sup>11</sup> Cfr. TAURO DEL PINO, Alberto. *Enciclopedia ilustrada del Perú*, op. cit., tomo 6, p. 1984.

<sup>12</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Compendio de la gramática castellana. Para el Colegio de Guadalupe; reimpresso con ciertas modificaciones para el Colegio de San Miguel, por su Rector*. Piura: Impreso por Manuel Rubio, 1851; 2.<sup>a</sup> edición. Lima: Imprenta de Benito Gil, 1871.

<sup>13</sup> *El Heraldo de Lima*, N.º 28. Martes 22 de marzo de 1854, p. 1.

En el recién creado Liceo de Lima, el 15 de marzo de 1854 Silva Santisteban inicia un curso de Economía Política, a la vez que ofrece lecciones privadas de Derecho Natural y Público, Legislación, Filosofía e Historia<sup>14</sup>. Entre tanto, el inquieto letrado accede a la cátedra de Derecho Natural en la Universidad de San Marcos. Para el efecto, prepara otro libro exitoso, titulado *Derecho Natural, ó Filosofía del Derecho*, un compendio «escrito conforme a las doctrinas de la escuela alemana», que publica en Lima en 1854<sup>15</sup>. Este trabajo alcanzaría tres ediciones: la segunda aparece en 1867, la tercera se publicará alrededor de 1870. En esos meses aparece también la reedición limeña —«corregida y mejorada»— del libro de *Derecho peruano. Parte Civil*, que se expendía «en el establecimiento del finado señor Dorado» de la calle de Judíos<sup>16</sup>. En 1855, el triunfo de Castilla ofrece un ambiente propicio a las convicciones liberales del jurista. Así, el nuevo régimen no tarda en designarlo como oficial mayor del Ministerio de Justicia y Culto, mientras que en 1856 parte a Trujillo, para ejercer como Vocal de la Corte Superior de Justicia. Por esa misma época, Silva Santisteban preparaba su obra emblemática, el *Curso de Derecho constitucional*<sup>17</sup>, que publica precisamente a raíz de la dación de la Constitución política de 1856, a la que saluda como «una de las cartas más liberales del mundo». El libro, que aparece originalmente en Lima, con una dedicatoria «al joven español Emilio Castelar en homenaje a sus ideas liberales», sería reeditado en esta misma ciudad en 1859<sup>18</sup>. En 1874, durante un viaje a Europa, el jurista pone a punto una tercera edición, adaptada a la carta constitucional de 1860, que sale a luz en París, por la casa tipográfica de Bouret, en 1874<sup>19</sup>. Una cuarto tiraje del exitoso trabajo —que consigna Tauro— debió de aparecer hacia 1891, siempre en la capital francesa<sup>20</sup>. El libro sería reimpresso una vez más en 1914 en la capital francesa, también por Bouret<sup>21</sup>. En total, el volumen recibiría no menos de cinco ediciones.

A través del *Curso de Derecho constitucional*, Silva Santisteban quiso propagar un texto a la vez doctrinario y «democrático» de la disciplina, que refutaba las doctrinas divulgadas por Bartolomé Herrera en el Convictorio de San Carlos. La temática constitucional era para el jurista cajamarquino uno de sus terrenos de elección. Incluso había concurrido, como diputado por Cajamarca, al Congreso que redactó la carta política de 1860. En el prólogo a la tercera edición, redactado en París y signado en marzo de 1874, el autor repara en los cambios producidos en la política europea

<sup>14</sup> *El Heraldo de Lima*, mes de marzo de 1854.

<sup>15</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho Natural, ó Filosofía del Derecho. Compendio escrito por [...], conforme a las doctrinas de la escuela alemana profesadas por Ahvens*. Lima: Tipografía de «El Heraldo», 1854.

<sup>16</sup> *El Heraldo de Lima*, Loc. cit.

<sup>17</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho constitucional [...]. Al joven español Emilio Castelar, en homenaje a sus ideas liberales*. Lima: Impreso por M. Lagori, 1856.

<sup>18</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho constitucional [...], corregido y mejorado*. Lima: Imprenta del autor, 1859.

<sup>19</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho constitucional*. Tercera edición, corregida y aumentada. París: Librería de A. Bouret e hijo, 1874.

<sup>20</sup> TAURO, Alberto. *Enciclopedia ilustrada del Perú*, op. cit., p. 1984.

<sup>21</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho constitucional*. Cuarta edición, corregida y aumentada. París: Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1914.

en los últimos dieciocho años y, recordando su participación en la asamblea de 1860, aprovecha para subrayar su distancia ideológica con Herrera:

*La constitución de 1856, promulgada dos meses antes de la primera edición de este texto, fue reformada en 1860. El Congreso de aquella época parecía convocado para abrogar completamente la Carta del 56, sustituyéndola con otra del todo conservadora, cuyo proyecto tenía formulado su presidente, el obispo de Arequipa, señor Herrera; o cuando menos, para restablecer el fuero eclesiástico y sancionar la reelegibilidad del presidente de la República; nada de esto sucedió: el proyecto del señor Herrera no mereció siquiera los honores de la discusión, y el desafuero personal y la no reelegibilidad del presidente quedaron confirmadas, no obstante la tenacidad con que clero y gobierno trabajaran. Las garantías individuales y nacionales mantuviéronse incólumes, salvo el restablecimiento de la pena de muerte para reducidísimos casos de homicidio calificado<sup>22</sup>.*

Para satisfacción del autor, las principales reformas a la Constitución de 1856 se habían limitado a extender determinadas atribuciones del Poder Ejecutivo, a hacer electivo el Senado y a revocar la movilidad del Poder Judicial. En las restantes modificaciones introducidas por los conservadores, se trataba, decía, de «detalles de poco momento»<sup>23</sup>.

En su versión revisada de 1874, el *Curso de Derecho constitucional* se compone de una introducción, una parte general (o teórica), tres partes especiales y una sección de conclusiones. La Parte General contiene secciones dedicadas a la ciudadanía, la soberanía (con una crítica a la doctrina de la soberanía de la inteligencia propugnada por Herrera), el sufragio, la Constitución y la forma de gobierno. La primera Parte Especial versa sobre los derechos civiles, los derechos políticos y las obligaciones de los ciudadanos. La segunda Parte Especial se ocupa de los tres poderes del Estado. La tercera Parte Especial, después de un brevísimo esbozo de historia constitucional peruana, reproduce el texto de la Constitución de 1860 y le consagra un comentario título por título. La obra mantiene, dentro de una concisión didáctica, el afán doctrinario y democrático moderado que la caracterizara ya en 1856. Aquí no considera aceptable la lucha de los civiles contra los militares en relación con la Presidencia de la República. Censura también el federalismo como inadecuado a la actual demarcación del Perú en departamentos.

Varios pasajes del *Curso* encierran críticas, más o menos encendidas, al conservadurismo de Bartolomé Herrera. Así en la tercera parte del libro, titulada «Examen analítico de la Constitución vigente», el autor expresa que Herrera:

<sup>22</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho constitucional*. 3.ª edición, *op. cit.*, p. V.

<sup>23</sup> *Ib.*, p. 6.

*Herido vivamente por el desafuero eclesiástico y contando con un competente número de distinguidos discípulos que le ayudaran, creyó llegado el momento oportuno de realizar sus planes para erigir un gobierno fuerte, aristocrático, entendiéndose con el ministerio y quedó acordada la reforma constitucional mediante un plebiscito que autorizaría a los representantes a llevarla acabo antes de dividirse en Cámaras<sup>24</sup>.*

Y prosigue diciendo:

*Así sucedió en efecto y la causa liberal parecía perdida, desde que en la primera votación apenas fuimos trece; pero este pequeño grupo aumentó día a día y luchó con vigor hasta conseguir el triunfo en los dos puntos capitales que habían motivado la reforma, a saber, el fuero y la reelección, en los cuales se concentraban todos los esfuerzos<sup>25</sup>.*

A continuación narra y comenta el retiro de Herrera. Finalmente, en las «Conclusiones», relata las vicisitudes del Congreso constituyente de 1860:

*Jamás Asamblea alguna se ha instalado bajo peores auspicios: hija de un golpe de Estado y un plebiscito, destinada a demoler el edificio de la Convención Nacional y dirigida por un prelado cuyas ideas absolutistas eran de todos conocidas, tenía contra sí a la opinión pública y, de otro lado, veía delante de sus ojos el palpitante ejemplo de dos Congresos disueltos y la victoriosa espada del general Castilla. Comenzó, pues, pisando sobre un terreno movedizo que se hundía bajo sus plantas, con gran tiento y exquisita cautela, para no perderse y arrastrar consigo la suerte del país. Al cabo, logró salvar del naufragio las libertades públicas, vencer al vencedor de La Palma y Arequipa y dar a la Nación instituciones positivas, liberales y susceptibles de fácil mejora<sup>26</sup>.*

José Silva Santisteban profesó a lo largo de su vida un liberalismo irrestricto. En 1859, había publicado un valioso folleto en torno al alzamiento de los artesanos chalacos y limeños que protestaban, en diciembre de 1858, por la importación de materiales de construcción para las instalaciones del ferrocarril de Lima a Chorrillos<sup>27</sup>. En el opúsculo defiende arduamente el librecambio y propugna que los artesanos se orienten a la actividad agrícola. Ante la movilización popular, exclamaba sorprendido: «Por primera vez las pacíficas poblaciones de Lima y el Callao han sido teatro de luctuosas escenas, entremezcladas de sangre y exterminio; por primera vez las furias populares se han desencadenado en la capital del Perú; por primera vez hanse levantado las masas en nombre del trabajo y de la protección a la industria nacional<sup>28</sup>. Y luego, defendiendo enérgicamente el li-

<sup>24</sup> *Ib.*, p. 248.

<sup>25</sup> *Ib.*, p. 249.

<sup>26</sup> *Ib.*, pp. 372-373.

<sup>27</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Breves reflexiones sobre los sucesos ocurridos en Lima y el Callao con motivo de la importación de artefactos*. Lima: Imprenta Calle de Jesús Nazareno núm. 134, por Juan Sánchez, 1859.

<sup>28</sup> *Ib.*, p. 5.



beralismo económico —casi como lo haría un típico neoliberal de nuestros días— declara que «solo una aberración funesta ó la ignorancia de los más obvios principios de la Economía pueden buscar [...] remedio en el violento artificio de prohibir la importación de productos manufacturados, ó el de gravarla con fuertes derechos»<sup>29</sup>. En caso contrario, afirma, «Lima se verá envuelta en el tosco capullo del atraso y la barbarie»<sup>30</sup>. Si Silva Santisteban había dedicado antes un libro a Echenique, esta vez se lo ofrece al «Excelentísimo señor Gran Mariscal D. Ramón Castilla, Presidente de la República», en agradecimiento por haberle otorgado un grado académico tras rendir, en febrero de 1848, un examen del primer curso de Economía Política enseñado en el país. Sus reflexiones liberales se las ofrece a Castilla con el mismo tenor que antes a Echenique. No se alcanza a discernir de cuál de estos dos enconados enemigos políticos, Echenique y Castilla, era Silva Santisteban «su más obediente amigo y servidor».

La década de 1860 sería para el letrado cajamarquino un período de intensa actividad política y parlamentaria, que alterna con la enseñanza en su colegio particular y la actividad tipográfica en la «Imprenta del Colegio de Santisteban». Elegido Senador por Cajamarca para el período de 1860 a 1864, emprende desde la tribuna parlamentaria la lucha por la libertad de cultos. Brega así mismo por la creación de la Corte Superior de Justicia en su departamento, que se instalaría por ley de 2 de noviembre de 1862<sup>31</sup>. Participaría igualmente en la comisión parlamentaria que revisó el proyecto de Código Penal y de Código de Enjuiciamientos Penales. Esta comisión, que vino a ser la tercera, se hallaba constituida además por los senadores Manuel Macedo y Juan de la C. Lizárraga, y los diputados José María Pérez, Epifanio Serpa, Isaac Suero y Evaristo Gómez Sánchez. Como editor, Silva Santisteban imprime en su momento los proyectos del Código Penal y del Código de Enjuiciamientos Penales. Empero, más adelante, debió disputar con Manuel Atanasio Fuentes la edición oficial de dichos cuerpos legales, como se colige de los ácidos comentarios de *El Murciélagu*, quien acusa a Silva Santisteban de utilizar el cargo parlamentario para hacerse de la edición oficial<sup>32</sup>. No le valdrían al letrado cajamarquino ni la condición de miembro de la comisión que redactó el Código Penal ni el alto cargo parlamentario, pues, a la larga, el astuto Fuentes hizo un buen negocio con la edición oficial de los códigos.

<sup>29</sup> *Ib.*, p. 7.

<sup>30</sup> *Ib.*, p. 33.

<sup>31</sup> Vid., OSORES, José R. *Primer cincuentenario de la Ilustrísima Corte Superior de los Departamentos de Cajamarca y Amazonas, por su Presidente. Ojeada al pasado*. Cajamarca: Tipografía y Encuadernación «El Perú», 1928; SÁENZ SUMARÁN, Gonzalo. *Breve estudio histórico de la Corte Superior de Cajamarca [...], verificado a petición del Ministerio de Justicia*. Cajamarca: Imprenta Cajamarca, 1932, pp. 2-3. La Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Amazonas y Loreto se instaló el 28 de enero de 1862.

<sup>32</sup> Vid. FUENTES, Manuel Atanasio. *Aletazos del Murciélagu. Colección de artículos publicados en varios periódicos*. 2.<sup>a</sup> edición. 3 tomos. París: Imprenta de Ad. Lainé y J. Havard, Calle de los Santos Padres, 1866, tomo 3, pp. 107-114, «Impresión de los códigos criminales». En el citado artículo Fuentes sostiene que Silva Santisteban, valiéndose de la Imprenta del Colegio, de la que era propietario, y de su cargo de vicepresidente de la Cámara de Senadores, intentó infructuosamente acaparar la edición.

En julio de 1863, Silva Santisteban se incorpora al Colegio de Abogados de Lima<sup>33</sup>. Para su incorporación, celebrada el 8 de julio de 1863, el letrado cajamarquino elegiría como tema de disertación una de sus áreas predilectas, el Derecho Constitucional. Diserta así sobre el artículo 42 de la Constitución: «El Gobierno del Perú es republicano, democrático, representativo y fundado en la unidad»<sup>34</sup>. No obstante, serían la política activa y la labor parlamentaria, antes que el ejercicio de la abogacía, sus inquietudes más apremiantes. Así, Silva Santisteban figura como senador por Cajamarca de 1860 a 1864 y, como tal, integra la comisión redactora del Código Penal de 1861. El 7 de mayo de 1865, es nombrado vocal titular de la Corte Superior de Lima. En los entretiempos de su actividad como magistrado, dada la ausencia de una norma de incompatibilidad para la elección parlamentaria de magistrados en ejercicio, es nuevamente elegido senador por Cajamarca de 1868 a 1871. Posteriormente es diputado por Huaraz a la Asamblea de Montán (1882); diputado por Cajabamba en la Asamblea Constituyente (1884-1885) reunida bajo la administración del general Miguel Iglesias, y, al dividirse esta, senador por Cajamarca (1885). En su labor parlamentaria José Silva Santisteban es recordado como el principal propulsor de la creación de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. A su fallecimiento, ocurrido en Lima el 1 de agosto de 1889, el letrado se desempeñaba aún como vocal titular de la Corte Superior de Lima<sup>35</sup>. Según uno de sus biógrafos, Silva Santisteban dejó a su muerte tres textos de enseñanza inéditos, sobre historia eclesiástica, mitología e historia del Perú, respectivamente<sup>36</sup>. Silva Santisteban logró una fortuna apreciable: residía en una casona levantada en la antigua plazuela de La Micheo, hoy calle Belén, en el número 360<sup>37</sup>, poseía una de las mejores bibliotecas de Lima y pasaba largas temporadas en Francia en compañía de su familia. No sabemos realmente en qué momento actuó como magistrado, ocupado como estaba por la política, los viajes y la confección de manuales y textos de consulta.

En un balance puede decirse que José Silva Santisteban fue uno de los exponentes más serenos del pensamiento liberal en la segunda mitad del siglo XIX. Al decir de Fernando de Trazegnies, que utiliza el modelo explicativo de la «modernización tradicionalista», el jurista cajamarquino se encuentra «en los límites tolerables del liberalismo» dentro de la sociedad decimonónica. Esto le representaría la necesidad de, por un lado, adoptar una actitud liberal mejor definida; de otro

<sup>33</sup> COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. *Matrícula del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, formada en el año de 1867*. Lima: Tipografía del «Comercio», 1867, p. 8; *El Comercio*, N.º 7,822, lunes 6 de julio de 1863, p. 4.

<sup>34</sup> *El Comercio*, N.º 7,834, jueves 16 de julio de 1863, pp. 2-3.

<sup>35</sup> *El Comercio*, 2 de agosto de 1889; *El Derecho. Revista de Jurisprudencia y Legislación*, Segunda Época, Año IV, N.º 116, 31 de agosto de 1889, p. 1239.

<sup>36</sup> Vid. TAURO, Alberto. *Enciclopedia ilustrada del Perú*, op. cit., tomo VI, p. 1984. Se conoce de José Silva Santisteban también de un texto escolar, *Primeras lecciones de Religión. Texto adoptado para las escuelas y colegios del Perú por la Dirección General de Estudios*. 10.ª edición [sic] «expurgada conforme a la censura eclesiástica». Lima: Benito Gil, 1874.

<sup>37</sup> SOTO, Clodomiro. *Guía de domicilio e industrial de Lima, arreglada para el año de 1886*. Lima: Imprenta y Librería de Benito Gil, 1886, p. 186. Véase también la «Guía domiciliaria» inserta en *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*, a partir de 1885.

lado, siempre según Trazegnies, se cuidará mucho de que su ataque a la tradición no pueda ser entendido como una toma de posición cercana al socialismo<sup>38</sup>. Destaquemos que en el prólogo a la edición de 1874 del *Curso de Derecho constitucional*, recordará la caída de la Comuna parisina<sup>39</sup>. Las convicciones y los apremios, ciertamente nostálgicos, del autor quedarían condensados en estas palabras: «llevamos avanzado ya mucho camino [...], ya no hay esclavos, las castas se asimilan, la propiedad territorial está subdividida, la aristocracia solariega ha caducado envuelta en el sudario de sus pergaminos y blasones, y el espíritu democrático cunde y predomina»<sup>40</sup>. No es precisamente un optimismo satisfecho lo que destilan estas palabras, pronunciadas por un liberal en frente de su propia contradicción.

## 1.2. El *Curso de Derecho Penal*

José Silva Santisteban fue un divulgador tenaz del Derecho positivo de su época. Podría decirse que se había profesionalizado en la publicación de manuales jurídicos y de enseñanza primaria y media, a los que solía llamar «textos democráticos», en alusión a su afán divulgador. A los textos ya glosados, se sumaría un valioso *Curso de Derecho penal*, cuya redacción concluye el jurista hacia octubre de 1863<sup>41</sup>. Si Silva Santisteban no logró imponerse ante la astucia de Manuel Atanasio Fuentes en la disputa por la edición oficial del Código Penal de 1862, correspondería al profesor cajamarquino la primacía en el comentario de ese cuerpo legal. Consigue así erigirse en el primer expositor de los dos Códigos peruanos sustantivos. Como confiesa en el prólogo del trabajo, el autor al parecer venía elaborando su manual de Derecho penal de manera paralela a la preparación del Código, en cuya comisión de redacción participaba. Relata luego que los apremios de la actividad política y hasta «una penosa neuralgia» impidieron que el libro saliese simultáneamente con la dación del Código Penal. Así, la aparición del manual debió esperar hasta fines de 1863. «Felizmente —escribe— en la actualidad no he tenido ni enfermedades ni agitaciones políticas; y aprovechando los momentos de tranquilidad, puedo ofrecer a la juventud un texto que, a más de contener los principios de la ciencia, le facilite la inteligencia del Código, cuyo estudio es ya obligatorio»<sup>42</sup>. Se congratula de que la publicación de su *Curso* coincida con el centenario del *Dei delitti e delle pene* de Beccaria, autor que admira, pero de quien dice querer impugnar «muchas de sus teorías». Para el jurista cajamarquino, la obra de Beccaria es «una especie de panfleto sin pretensiones científicas, ni formas didácticas, pero que echó los cimientos del Derecho penal»<sup>43</sup>. En efecto, a lo largo del *Curso de Derecho penal*, Silva Santisteban exhibiría más bien una afiliación

<sup>38</sup> TRAZEGNIES, Fernando de. *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1980, pp. 100-101.

<sup>39</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho constitucional*. 3.ª edición, *op. cit.*, pp. III-IV.

<sup>40</sup> *Ib.*, p. 39.

<sup>41</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Curso de Derecho penal*, Lima: Tipografía del Autor, 1863.

<sup>42</sup> *Ib.*, Prologo, s. p.

<sup>43</sup> *Ib.*, p. II.

explícita con las corrientes *iusnaturalistas*. Al examinar los fundamentos del *ius puniendi* cuestiona la validez de las teorías del contrato social, de Rousseau, Beccaria y Filangieri y de la defensa preventiva o de la intimidación, de Feuerbach. Igualmente, resta vigor a la escuela utilitarista sostenida por Bentham y a la teoría de la expiación, que defendía el Conde de Rossi en su *Traité de Droit pénal* de 1829 y que recogería Joaquín Francisco Pacheco en sus *Lecciones de Derecho penal* de 1838. El autor recusa también la «teoría del sentimiento» de Adam Smith y dedica un par de páginas a refutar la defensa de la pena de muerte por Bartolomé Herrera<sup>44</sup>.

Comentando el tratado de Beccaria, Silva Santisteban atribuía la formación de la moderna doctrina criminal al triunfo del racionalismo, que «vino a pedir la razón de su existencia a las instituciones sociales y [a] buscar bases sólidas a las ciencias que se perdían en el caos de las abstracciones». Para el autor, liberal convencido y militante, el principal fundamento del Derecho penal científico reposaba en la supremacía de la persona humana y en la victoria del individualismo sobre el sistema socialista arcaico:

*Quando la sociedad era un todo y el individuo nada, ¿qué interés podía inspirar la suerte del criminal? Los que se manchaban con el crimen, los que osaban turbar la tranquilidad pública, ni aun merecían la compasión de la sociedad que los condenaba a sufrir el castigo para satisfacer la vindicta. ¡Miseros reos—exclama—, debían sufrir en silencio su desgraciada suerte, e inmolarse en holocausto a la justicia divina y humana! Bajo la influencia de tan austero principio no podía nacer la ciencia penal, que se funda precisamente sobre los imprescriptibles derechos de ese mismo delincuente a quien las sociedades antiguas se los negaban, condenándole sin piedad<sup>45</sup>.*

En el sistema conceptual defendido por Silva Santisteban, el Derecho punitivo no se agota en reprimir los delitos mediante la aplicación de una sanción, sino que encierra una significación trascendente:

*La represión del crimen no tiene importancia, ni aun sentido, en buena filosofía, sino cuando conspira a la felicidad y perfección de la humanidad; la represión es idea negativa que necesita vivificarse asignándole un fin positivo. Si todas las tendencias hubieran de encaminarse única y exclusivamente a la represión de los delitos, la personalidad del hombre resultaría anonadada, y la justicia correría el inminente riesgo de zozobrar ante las exigencias del momento, ante el hecho material del castigo<sup>46</sup>.*

Evidentemente, la finalidad humanitarista y rehabilitadora del Derecho penal moderno asoma como una convicción central del autor. Para Silva Santisteban, el Derecho penal se sus-

<sup>44</sup> *Ib.*, pp. 1-15.

<sup>45</sup> *Ib.*, p. IV.

<sup>46</sup> *Ib.*, p. VI.

tenta en el Derecho Natural, del cual aquel emerge como una suerte de «realización mediante el castigo». Abrazando una clara postura *iusnaturalista*, afirma que el objeto del Derecho penal es «hacer efectivo el Derecho, removiendo esos estorbos llamados delitos; contribuir a la mejora del hombre y de la humanidad entera, empleando los medios coercitivos o correccionales más conformes a la naturaleza»<sup>47</sup>. Y más adelante explica:

*El Estado tiene el deber de presidir el desarrollo armónico de todos los derechos, en lo cual consiste el orden jurídico; luego tiene también entre otros derechos, el de restablecer el orden cuando sea perturbado y garantizar su estabilidad; luego, cuando esa perturbación emane de algún acto humano, este caerá bajo el dominio de su acción. El delito –agrega– supone un delincuente, esto es, un ser inteligente y libre que en vez de contribuir a la armonía social, la ha violado y se ha puesto fuera del camino del Derecho, sea por depravación de sentimientos, por estímulos de la miseria u otra causa cualquiera; luego la acción del Estado no ha de conformarse en ciertos casos con restaurar materialmente el orden alterado, sino que ha de ejercerse sobre el culpable para volverlo al sendero de la moral y la justicia, educándolo para disipar sus errores y facilitar su enmienda*<sup>48</sup>.

Luego, en otro pasaje, expondría sin ambages su credo filosófico:

*El examen de la Naturaleza dividida en dos órdenes de seres, la materia y el espíritu, nos eleva a la idea de un primer principio, de un Hacedor Supremo, de un Regulador Eterno, que les ha dado existencia y conserva la armonía universal por medio de leyes que encadenan fatalmente la materia y que el espíritu debe cumplir de un modo libre y racional. El hombre se halla, por tanto, destinado a contribuir activamente por su parte a la realización de ese principio superior de armonía que preside en su marcha al Universo: he aquí la fuente de los deberes y el origen de la responsabilidad humana*<sup>49</sup>.

Y es que para Silva Santisteban, a través del acto delictivo, el infractor no hace sino «rebelarse contra el mandato de Dios y atacar la armonía universal»<sup>50</sup>.

El plan del *Curso de Derecho penal* se atiene a la organización consagrada por los tratadistas y seguida también en el Código. En una primera «Parte científica» se estudian la prerrogativa de la sociedad a imponer penas o «derecho de penar», así como la temática de los delitos y de las penas, desde una perspectiva teórica. La segunda parte del libro, o «Parte positiva», se despliega en una sección general y otra especial. Una última sección está consagrada a las faltas. Si, en líneas generales, Silva Santisteban se contrae a la exposición fiel del Código, no pierde la oca-

<sup>47</sup> *Ib.*, pp. VI-VII.

<sup>48</sup> *Ib.*, p. 16.

<sup>49</sup> *Ib.*, pp. 24-25.

<sup>50</sup> *Ib.*, p. 25.

sión para detenerse en algunas cuestiones acuciantes. El autor, además, demuestra encontrarse al tanto de los avances que la materia experimentaba en su tiempo. Así, por ejemplo, merecería destacarse en el *Curso de Derecho penal* su énfasis en las bondades del conocimiento médico legal como garantía en la calificación de los delitos y en la determinación de responsabilidades. En general, Silva Santisteban alaba al sistema punitivo implantado por el Código peruano, que a su juicio se presenta «tan sencillo y filosófico como adecuado a las índole del país». Celebra que aquel no encierre ninguna pena infamante, cruel o aflictiva, y aun pondera favorablemente la inclusión restringida de la pena de muerte, que «subsiste —dice— para unos pocos casos de homicidio calificado y cuya aplicación va siendo más rara cada día»<sup>51</sup>. El libro abunda en agudos comentarios que exceden los cauces de una mera exégesis. Así, con relación a la pena de confinamiento para los delitos políticos anota, quizá evocando experiencias propias:

*Por lo mismo que el reo político es enemigo del Gobierno, puede influir este en el ánimo de los jueces para la designación de lugares inadaptables al condenado, ya por sus condiciones climatéricas, ya por la deficiencia de recursos para la subsistencia del reo, u otra causa, y reducirle a una situación desesperante. ¿Cómo vivirá —se pregunta— un literato o un artista en las desiertas regiones de Loreto o Carabaya, o una persona de salud delicada, bajo la deletérea atmósfera de algunos de nuestros valles? Este peligro lo ha salvado nuestro Código dejando a voluntad del reo la elección del lugar fuera de un radio de 50 leguas, de aquel en que delinquiró o prefiriendo la expatriación*<sup>52</sup>.

Así mismo, el autor se muestra contrario al castigo del suicida, pues esgrime que este con su conducta no viola ningún derecho ajeno<sup>53</sup>. Recusa también la inclusión de los delitos religiosos en el ordenamiento legal, por la misma razón de que los actos del hombre, mientras sean internos, escapan a la acción del Derecho. Y cuando, por el contrario, esas acciones se exteriorizan, ingresan ya en el campo de los verdaderos delitos, en cuanto entrañan una perturbación del orden público. Con ánimo secularizador, asevera Silva Santisteban que la iglesia tiene fines especiales y derechos propios y que, por lo tanto, existen delitos religiosos. Pero luego aclara que esas violaciones de los preceptos espirituales no alcanzan a constituir verdaderos delitos, en tanto no vulneren derechos ajenos<sup>54</sup>.

Al exponer el sistema de sanciones consagrado en el Código, Silva Santisteban dedica varias páginas de su obra a combatir la pena de muerte. Explica el jurista cajamarquino que el principio de la renuncia de derechos, base de la doctrina del Contrato social y argumento central de Beccaria, debieron bastar para cerrar el debate. Recuerda que según esa postura, los hombres

<sup>51</sup> *Ib.*, p. 143.

<sup>52</sup> *Ib.*, p. 118.

<sup>53</sup> *Ib.*, pp. 80-81.

<sup>54</sup> *Ib.*, pp. 67-68.

renunciaron a una parte de sus derechos, pero ningún tiene derecho sobre su vida, luego no pudieron renunciar a ella como parte del pacto social. Así, la autoridad no tendría ningún poder para quitar la vida. Añade que las legislaciones modernas tienden a la eliminación completa de la pena de muerte, que solo subsiste «dentro de los más estrechos límites y es de esperarse que desaparecerá antes de mucho, si la humanidad no se detiene en sus marcha progresiva». Silva Santisteban se adscribe a la corriente que considera que la pena de muerte solo cumple con uno de los fines de la pena, el afianzamiento de la tranquilidad pública, pero descuida su fin individual, que es la reforma del delincuente. Resta validez así al conocido argumento formulado por criminalistas como Rossi o Pacheco—y que invocarán en el Perú del XIX autores conservadores como Herrera o Manuel Atanasio Fuentes— según el cual la sociedad asume el cargo de proteger el derecho a la vida y a la seguridad de los ciudadanos suprimiendo la del delincuente. Para Silva Santisteban, esa justificación de la pena de muerte es ineficaz, pues parte de la falsa hipótesis de la incompatibilidad entre la existencia del delincuente y el bienestar de la sociedad:

*Nadie puede negar —sostiene— que la pena de muerte reúne en alto grado los caracteres más apetecibles para llenar el fin social; ¿y el fin individual? ... Bonum ex intera causa, malum ex quounque defectu. Si por hallarse en la legislación de los judíos fuera justa, lo serían también el talión, la poligamia y tantas otras penas e instituciones que la razón condena; y no estaría prohibida como pena eclesiástica. Esto, por otra parte, saca de quicio la cuestión, convirtiéndola en punto de Teología y apelando a la autoridad en un asunto puramente filosófico<sup>55</sup>.*

José Silva Santisteban cultivaría también el empirismo procesal. Así, aun cuando no produjo un manual del Código de Enjuiciamientos en materia penal, sí ofrecería a sus lectores un útil *Formulario para proceder en las causas de hurto, robo, homicidio y demás delitos graves, arreglado conforme a la codificación [sic] penal*<sup>56</sup>. También en este caso el papel que asume Silva Santisteban como estudioso del Derecho es el de intermediario entre los nuevos códigos y los abogados y jueces, que apenas empezaban a informarse de su contenido. Los trabajos de Silva Santisteban servían para aclarar los pasajes oscuros de las disposiciones legales, al extremo que ese acabó por convertirse en el propósito central de su actividad académica. No hubo prácticamente ningún código —salvo el de procedimientos civiles— que no fuera glosado por este infatigable divulgador de las reglas jurídicas: el Código Civil, el Código penal y los cuerpos constitucionales habrían de ser mejor conocidos entre el público merced a la persistente pluma del profesor y político cajamarquino. La intermediación entre los textos legales y los lectores haría de él un típico exégeta: el primero y el más representativo del Derecho peruano. Otros trabajos de José

<sup>55</sup> *Ib.*, p. 107.

<sup>56</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Formulario para proceder en las causas de hurto, robo, homicidio y demás delitos graves, arreglado conforme a la codificación [sic] penal*. Cajamarca: Imprenta de «La Opinión», 1863. Folleto de 25 p.

Silva Santisteban fueron un *Curso de Derecho internacional ó de Gentes*, aparecido en 1858<sup>57</sup> y el *Curso de práctica forense*<sup>58</sup>, reeditado en 1864 con los juicios en materia criminal, «conforme al Código últimamente sancionado».

### 1.3. El compendio de *Derecho Peruano. Parte Civil* y su arquitectura institucional

#### 1.3.1. Plan, fuentes y sistemática

La promulgación del Código Civil de 1852 alcanzó a José Silva Santisteban en Piura, donde se desempeñaba a la sazón como director del Colegio de Ciencias. En efecto, en la ciudad norteña el joven maestro de 27 años pone a punto la que sería la primera exposición doctrinaria del flamante cuerpo sustantivo: el curso de *Derecho Peruano. Parte Civil*. Por su propio testimonio, sabemos que el autor dedicaba a las labores de redacción una hora diaria durante tres meses. Así, el 20 de enero de 1853 podía firmar la conclusión del trabajo, a menos de medio año de haberse promulgado el Código. Curiosamente, a pesar de la abierta orientación liberal de su autor, el compendio sería dedicado con encomio al «Excelentísimo Señor General» don José Rufino Echenique, presidente conservador, «bajo cuyos auspicios ha comenzado a verificarse la codificación nacional». Decía Silva Santisteban en su dedicatoria a Echenique:

Señor:

*Vos, que habéis inaugurado vuestra administración proporcionando al país una legislación propia que tanta y tan urgente necesidad tenía, no rehusaréis sin duda aceptar la obra que os dedico. Cuando el Perú acaba de ver promulgado un código liberal y filosófico de que puede envanecerse, es doloroso que su juventud continúe mendigando la enseñanza de textos extraños, inadecuados al genio de nuestra legislación, y que no están a la altura de los principios jurídicos actuales.*

*Animado de este sentimiento he resuelto publicar un compendio de las lecciones que me toca dictar en estos días, no ciertamente por la necia presunción de ofrecer una obra ni medianamente digna, que tanto no es dado alcanzar al último y al más joven de los Rectores, pobre de conocimientos y abrumado de enseñanzas que le absorven todo su tiempo; sino mas bien para hacer un llamamiento á los talentos peruanos que deben consagrarse á trabajar en bien de la patria.*

<sup>57</sup> *Curso de Derecho internacional ó de Gentes*. Lima: Imprenta del autor, 1858; 2.ª edición. Lima: A. Aubert y Comp., 1864.

<sup>58</sup> *Curso de práctica forense*. Lima: Imprenta del autor, 1860; 2.ª edición. Contiene los juicios en materia criminal, conforme al Código últimamente sancionado. Lima: A. Aubert y Comp., 1864.



*De V. E. muy reconocido amigo y obediente servidor, José Silva Santistevan*<sup>59</sup>.

El texto de la dedicatoria del *Curso* es tan elogioso que no se explica cómo después Silva Santisteban tornaría en enemigo tenaz del homenajeado. De hecho, pocos meses después no duda en adherirse a la campaña emprendida por Castilla contra Echenique, al que combatiría arduamente hasta su derrota en La Palma. Una vez instalado el régimen liberal, Silva Santisteban llegaría a ser nada menos que Oficial Mayor del Ministerio de Justicia<sup>60</sup>. Posiblemente, deseó en su momento hacer carrera bajo el gobierno conservador o, más bien, se trataba de una sincera muestra de admiración al gobernante que cumplió con dotar al país de nuevos códigos. Abonaría a ello la mención, en página aparte, de cada uno de los miembros de las dos comisiones codificadoras, con la adición «nombres que todo peruano debe grabar en su corazón»<sup>61</sup>. En todo caso, el nuevo Código Civil no es tan «liberal» ni tan «filosófico» como tendenciosamente Silva proclama en la dedicatoria. A fin de cuentas, cualquiera de las dos hipótesis puede ser válida. Silva Santisteban, no obstante su distancia ideológica y política con el régimen de Echenique, conservó la dedicatoria en las posteriores ediciones, cuando la influencia del militar conservador había ya cesado.

La crucial dedicatoria del libro de Silva Santisteban encierra entre líneas un llamamiento para que libros peruanos, como el suyo propio, que se ocupan de la legislación peruana, sean acogidos oficialmente en sustitución de los libros extranjeros (principalmente españoles) que circulaban bajo el genérico de «Derecho Civil Patrio». Es fácil deducir de allí que autores como José Eugenio de Ochoa (el artifice del *Manual del Abogado Americano*), Juan Sala, José María Álvarez, Ignacio de Asso y Miguel de Manuel, o Joaquín Escriche dominaban el mercado del libro jurídico en el Perú. Silva Santisteban, que era editor él mismo, quiere revertir esa tendencia: la codificación nacional es la mejor oportunidad. Otra motivación evidente descansa en la urgencia de exponer de manera razonada y sistemática el nuevo texto legal. Ambos reclamos —el carácter nacional del trabajo y el método utilizado— reaparecen en la «Conclusión» que cierra el libro. Confiesa allí el autor:

*He terminado mi trabajo con toda la desconfianza que inspira el convencimiento de la propia nulidad. Escribir un texto de Derecho positivo aplicándole las doctrinas de la filosofía jurídica es una empresa tan importante y noble, como difícil de ser vencida por las débiles fuerzas de un joven que empieza; pero la necesidad urgente que tenemos de un texto para que nuestro Código no se convierta en la Biblia de los protestantes y lo doloroso y arriesgado que es el sujetarse a libros extraños, me han obligado a publicar en compendio las lecciones que comencé a dictar privadamente en mi clase: y durante tres meses continuos he dedicado una hora diaria a su redacción.*

<sup>59</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho Peruano. Parte Civil*, op. cit., p. 3. Dedicatoria.

<sup>60</sup> TAURO, Alberto. *Enciclopedia ilustrada del Perú*, op. cit., tomo VI, p. 1984.

<sup>61</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho Peruano. Parte Civil*, op. cit., p. 4.

*Bien conozco que por una precipitación tal y por mi falta de luces, no puede menos de salir imperfecta la obra; en muchos puntos parecerá atrevida; y oscura en otros, especialmente para las personas que no hayan estudiado el Derecho filosófico actual. Sea de ello lo que fuere, y por imperfecto y malo que salga mi tratado, es un texto nacional, que pulido y reformado después por algún peruano de alta capacidad, cederá en provecho de la juventud estudiosa.*

*No dudo que mis compatriotas, indulgentes por carácter, sabrán apartar su vista de los defectos que noten para fijarla únicamente en la sanidad de mi intención, y en el ardiente patriotismo que me ha impulsado; y que me hará vencer también cualquier obstáculo para continuar mis trabajos en la parte penal cuando nuestros legisladores sancionen este Código de tan alta importancia y trascendencia, y donde pueden realizarse mas de lleno las reformas que el cristianismo y la civilización reclaman.*

*Piura, Enero 20 de 1853* <sup>62</sup>

El formalismo, la fe en los códigos y un cierto sincretismo con relación a las fuentes son las notas características del trabajo. De un lado, Silva Santisteban se muestra como un partidario entusiasta de la codificación como fórmula de organización legislativa moderna, de allí que no dude en dedicar su manual a un adversario ideológico como era José Rufino Echenique. Pero en la introducción del libro, tras el bosquejo histórico de rigor, declararía sin eufemismos que la palabra *derecho* significa, sobre todo, una «colección ó cuerpo de leyes», y que el Derecho Civil es «la ciencia de las leyes positivas»<sup>63</sup>. El jurista cajamarquino se adscribe, pues, al formalismo jurídico de la exégesis. La plenitud legislativa es el ideal que subyace a lo largo del trabajo: «una legislación modelo sería aquella que a cada nuevo cambio, a cada nascente necesidad, a cada circunstancia nueva, señalase el derecho que le correspondiera». Empero, el jurisconsulto norteño no peca aquí de idealismo alguno. Asume que no es posible determinar «ese incalculable número de variaciones» y que el Derecho «tiene que contentarse con señalar únicamente las más notables»<sup>64</sup>.

Instalado con firmeza en ese marco, el autor aspira a extraer la *razón* del texto legal con el mayor rigor metódico que le sea posible:

*Para no extraviarnos –afirma– en insignificantes menudencias, para dominar la ciencia y marchar con pié firme en el camino de las reformas que la sociedad reclame, para que el estudio no sea lánguido, monótono y árido, es necesario que la antorcha de la filosofía nos alumbré, que no perdamos de vista los principios jurídicos, que busquemos la razón de las leyes; su encadenamiento recíproco, su influencia social. Si el Derecho Civil no se ocupa inmediatamente de los principios absolutos de justicia y de legislación, no prescinde*

<sup>62</sup> *Ib.*, p. 176.

<sup>63</sup> *Ib.*, p. 9.

<sup>64</sup> *Ib.*, pp. 15-16.

tampoco de éstos, los considera en su aplicación a las necesidades y á las costumbres de una determinada sociedad: es el Derecho Natural realizándose, tomando formas, encarnando en la vida de un pueblo<sup>65</sup>.

El autor va todavía más lejos, pues insólitamente, juzga que:

*(...) en el Derecho Romano y español se subordina la justicia a la ley, en vez de hacer a esta dependiente de aquella; como predomina la idea de que los derechos emanan de la ley o son puramente concesiones suyas, y no principios anteriores que la ley debe expresar, y esta diferencia es por cierto de la trascendencia más grave para las reformas legislativas y la marcha progresiva de los pueblos<sup>66</sup>.*

Para Silva Santisteban, el estudio del Derecho Romano y del Derecho hispano es de indudable utilidad pero no basta para una comprensión integral de las instituciones jurídicas nacionales. Sostiene, por el contrario, que existen entre esos ordenamientos y el nacional diferencias que «no son superficiales y de poco momento, sino, por el contrario, fundamentales y graves»<sup>67</sup>.

El legalismo del autor, a pesar de que inunda de un extremo a otro su pequeño compendio, se ve hasta cierto punto atenuado por sus invocaciones al Derecho Natural. En este sentido, una diferencia que el profesor cajamarquino encuentra residiría en el contraste entre *ley* y precepto moral. Silva Santisteban se exhibe como un jurista moderno cuando cuestiona la mixtura de los tres preceptos o axiomas romanos:

*Tanto el Derecho Romano como el Español hacen jirar sus determinaciones en torno de estos tres axiomas que llaman preceptos: vivir honestamente— no hacer mal á nadie— dar á cada uno lo que es suyo. No se ha menester de un ojo muy perspicaz para descubrir la notable confusión de la Moral y del Derecho que el primer axioma envuelve. ¿Es acaso el Derecho á quien toca prescribir reglas para garantir la honestidad? ¿Puede la autoridad pública hollar el santuario de la vida doméstica? ¿Puede traer á su dominio las acciones de un individuo que no afecten á los derechos de otros? No por cierto, la honestidad es un precepto puramente moral, y el terreno de la Moral no es el terreno del Derecho; aunque entrambas ciencias tengan la mas íntima afinidad, necesario es no desnudar al Derecho de su carácter exterior y condicional, dejando á la Moral el dominio de la conciencia. felizmente nuestro Código sostiene bien este carácter<sup>68</sup>.*

No obstante que muestre un entusiasmo inicial por el Derecho Romano y se detenga fugazmente en la historia jurídica de Roma, parte Silva Santisteban de la premisa según la cual

<sup>65</sup> *Ib.*, p. 12.

<sup>66</sup> *Ib.*, p. 13.

<sup>67</sup> *Ib.*

<sup>68</sup> *Ib.*, p. 13.

la materia prima de los códigos debía ser el Derecho Natural<sup>69</sup>. Esta declaración, sin embargo, es más bien lírica, pues a cada paso se hallan referencia al Derecho Romano y al Derecho de Castilla. Cuestiona a la Escuela Histórica porque, según su creencia, «quería circunscribir todos los estudios del Derecho al Romano»<sup>70</sup>. Y agrega luego:

*cierto que su enseñanza merece un lugar preferente en nuestros colegios, que sirve para explicar muchas de sus instituciones que de otro modo no podrían comprenderse, y que arroja torrentes de luz sobre nuestro Derecho Patrio, como que para comprender el presente es necesario leer en su pasado; pero es una sensible aberración juzgar que pueda bastarnos por sí solo el Derecho Romano; cada pueblo tiene sus caracteres saltantes, su modo de vivir propio, su genio especial, y ese genio, esa vida, ese carácter, se traducen más o menos fielmente en su legislación; así, aunque la nuestra emanara directamente de Roma, no por ello dejaría de revestir un carácter peculiar<sup>71</sup>.*

Esta marcada insistencia por la singularidad de la legislación nos remite a las influencias de autores como Montesquieu, Filangieri y, probablemente, a los propios autores de la Escuela Histórica del Derecho, que Silva Santisteban parece conocer. Ahora bien, esa peculiaridad de nuestro Derecho, ¿sobre qué base cobra forma? Al parecer no es la costumbre, sobre la cual el jurista cajamarquino no tiene una opinión positiva. Más bien, daría la impresión de que el contenido del Derecho Patrio no fuese otro que el Derecho de Castilla. Así, al criticar el Derecho Romano, lo opone al Derecho español:

*(...) si bien observamos, las diferencias entre nuestro Derecho y el Romano y el español no son superficiales y de poco momento, sino por el contrario, fundamentales y graves. El soberbio romano que decía como jactancia altanera *civis romanus sum* no se creía sin embargo obligado a cumplir una palabra empeñada si no habían precedido fórmulas, aparato, insinuación judicial; mientras que ahora, sin desatender las ritualidades, damos más importancia al fondo, a la verdad de las cosas. Es que en el Derecho Romano predominaba la forma; y la realidad en nuestros tiempos, en que uno queda obligado a todo lo que uno ha querido obligarse libremente<sup>72</sup>.*

Además de deducirse del citado fragmento que Silva Santisteban tiene un conocimiento inexacto del Derecho Romano, queda claro que la referencia al Derecho español (como Dere-

<sup>69</sup> Silva Santisteban dedica en la Introducción una reseña histórica más o menos completa del llamado «Derecho Romano externo». Allí, los jurisconsultos tienen un lugar central y no escatima elogios para Flavio, «que rasgó el velo del misterio legislativo»; de Coruncanio, «que descubrió al pueblo las fórmulas procesales»; de Labeo, «filósofo y progresista que aspira a la reforma»; de Papiniano, «más digno que Séneca, prefirió morir a las manos del feroz Caracalla, antes que mancharse con la apología de su fratricidio». *Ib.*, p. 8.

<sup>70</sup> *Ib.*, p. 12.

<sup>71</sup> *Ib.*

<sup>72</sup> *Ib.*, p. 13.

cho contemporáneo y sinónimo de Derecho Patrio), no era una afirmación gratuita, sino una comprobación del sistema legal entonces existente. Las Siete Partidas reciben el encomio del autor: «código el más grande de cuantos ha tenido jamás la España, brillante por su forma, admirable en su fondo; colección de principios eternos de justicia, vestidos de las galas de una literatura regenerada. En este código, como en las diferentes recopilaciones publicadas con posterioridad, el elemento romano se ha conservado vivo»<sup>73</sup>.

El compendio, como anuncia el propio Silva Santisteban en la introducción del trabajo, reproduce la división «consagrada por los siglos» entre personas, cosas y obligaciones. No obstante, el autor es muy consciente de la limitación de su libro. Se trata solo de un texto de introducción: otros juristas deben dedicarse a analizar el Código en profundidad. Debe tenerse en cuenta, en ese sentido, que su trabajo está pensado para los jóvenes que apenas se inician en el estudio de la ciencia jurídica. Finalmente, el autor no es propiamente un civilista con experiencia teórica y práctica en este campo. Su propio curso no tiene aún la textura de un *comentario* más o menos sesudo del Código Civil ni menos la profundidad dogmática de un *tratado*. Los mayores aportes de Silva Santisteban han de encontrarse en las áreas del Derecho Natural y del Derecho Constitucional, especialmente en esta última, a la que dedicó su mayor empeño mientras enseñó la materia durante varios años en la Universidad de San Marcos.

### 1.3.2. La idea de persona

Silva Santisteban aborda la temática de las personas a partir de la división crucial entre el estado «natural» y el estado «civil», según provenga esta de la naturaleza o de la determinación legal. Así, desde el punto de vista de la naturaleza operaría la distinción entre nacido o por nacer; varones o mujeres; mayores o menores de edad; capaces o incapaces. El autor inicia su curso de *Derecho peruano. Parte Civil* preconizando una relación de inexorable identidad entre los conceptos de persona y de ser humano. Para Silva Santisteban, la persona, en tanto sujeto dotado de capacidad jurídica, «indica actualmente la misma idea que hombre». Aquellas cualidades que confieren a un individuo la condición de ser humano serían, pues, las mismas que le dan el carácter de persona. Así mismo, la capacidad jurídica encerraría dos facultades recíprocas: la de recibir prestaciones y la de suministrarlas. Sostener esa reciprocidad del Derecho definiría, a juicio del autor, la capacidad de una persona y explica que si la primera facultad (la de recibir), es inherente al hombre, para la segunda (la de dar o de hacer) se requiere de un mínimo grado de desarrollo, de conocimiento y de capacidad física:

*Tanto la una capacidad como la otra, al través de un fondo común —explica el jurista cajamarquino—, presentan en los hombres diferencias más o menos marcadas, hijas de su posición social, de sus necesidades*

<sup>73</sup> *Ib.*, p. 7.

*peculiares, de su fin propio: según el cúmulo de circunstancias que rodean a un hombre, así se modifica su capacidad jurídica y tienen de variar sus derechos hipotéticos. Una legislación modelo sería aquella que a cada nuevo cambio, a cada nascente necesidad, a cada circunstancia nueva, señalase el derecho que le correspondiera; pero bien se nota que no es posible determinar ese incalculable número de variaciones, y que la legislación tiene que contentarse con señalar únicamente las más notables, las que por decirlo así, constituyan una faz de nuestra vida por su carácter de **estabilidad** [resaltados del original]*<sup>74</sup>

Silva Santisteban no asume una visión estática acerca del estado de las personas. Como bien lo puntualiza:

*El catálogo de los estados no puede determinarse con rigurosa exactitud, tiene que cambiar según las circunstancias de su época. En Roma lo estados fundamentales eran tres: el de libertad para gozar los derechos civiles generales; el de ciudad, para los políticos; el de familia, para los gentilicios. Entre nosotros –agrega– los diferentes estados se reducen a dos clases: natural y civil, según que provengan o de solo la naturaleza o de la determinación legal*<sup>75</sup>.

Esta circunstancia –al decir del jurista cajamarquino– es más grave de lo que a primera vista parece, no se trata de una de esas condiciones secundarias que es dado al legislador modificar. Católicos de corazón, querríamos que todos los hombres profesasen tan santa y augusta religión, mas, no creemos que en un legislador haya facultad de desnudar de sus sagrados derechos a un hombre porque no tiene la dicha de ser cristiano. La sociedad puede, si quiere, apartar de su seno al individuo, y negarle sus derechos políticos, pero los civiles son inherentes a la calidad de hombre, y la ley no es árbitra para reconocerlos o arrancarlos: “lo que está en la naturaleza –añade– es independiente de la ley, y nuestros legisladores han comprendido bien su misión no dejándose arrastrar en su celo religioso á exigir tal requisito”<sup>76</sup>.

Las mismas convicciones republicanas influyen en la construcción conceptual del estado de las personas. No solo en el caso de la prescindencia del bautismo del nacido, sino también en la negativa a admitir –como hacía el Derecho de Castilla– que en caso de duda sobre el orden del nacimiento de los hijos de un mismo parto, se diera preferencia al varón con el propósito de facilitarle el mayorazgo. Silva Santisteban considera estas ficciones «inadaptables a nuestra forma de gobierno»<sup>77</sup>. Otra diferencia en torno al estado natural de las personas sería la existente entre varones y mujeres. En este punto, el autor insinúa la superioridad del Derecho mo-

<sup>74</sup> *Ib.*, pp. 15-16.

<sup>75</sup> *Ib.*, p. 16.

<sup>76</sup> SILVA SANTISTEBAN, José. *Derecho Peruano. Parte Civil*, op. cit., pp. 16-17.

<sup>77</sup> *Ib.*, p. 17.

dero frente al romano, porque «entre nosotros las diferencias no son tan notables». Y añade luego, «cuando la ley no establece diferencias determinadas, los derechos les son comunes»<sup>78</sup>. La condición jurídica del hermafrodita, normalmente atendida en las recopilaciones del viejo régimen, provocan la sorna del jurisconsulto. A su juicio: «los fisiólogos y los naturalistas, que no hallan el hermafroditismo sino en las últimas y más imperfectas clases del reino animal, tal vez se reirían de nosotros»<sup>79</sup>.

Acerca de la determinación de la mayoría de edad, Silva Santisteban se muestra partidario de atender a la variedad de latitudes geográficas. «El habitante de las regiones glaciales —escribe— no puede ser tan precoz como el que respira la atmósfera templada de los trópicos o recibe los ardientes rayos del sol en el centro de la zona tórrida»<sup>80</sup>. Pero no solo es la naturaleza, sino la misma cultura del país y otras circunstancias locales las que influyen en la madurez de los jóvenes. Conforme a estos datos, aprueba que la legislación peruana haya fijado los 21 años como requisito para el ejercicio de los derechos civiles y en 25 años, para los derechos políticos, «más complicado sin duda». Agrega luego, con una vocación de uniformidad: «puede ser que antes de cumplir esta edad haya personas muy capaces, pero no es lo general». Por otro lado, nuestro autor parte de una noción evolucionista, entonces en boga: la edad no constituye un cambio súbito sino un proceso sucesivo y gradual. El hombre, pues, irá ejerciendo sus derechos civiles y políticos «poco a poco» [sic].

En torno a las causas de incapacidad relativa, como la locura, la fatuidad y la prodigalidad, conviene conocer la particular idea que el jurisconsulto cajamarquino tiene sobre la última:

*La prodigalidad —afirma— es un signo claro y elocuente de la falta de juicio: el que disipa su fortuna es un consumidor estéril a los ojos de la Economía y ante la sociedad, un pobre loco con el tema de arruinarse. Tal vez sea una criatura inocente, incapaz de hacer mal a otros con sus derroches; pero la sociedad encargada de vigilar por los derechos individuales de todos sus miembros, no puede permitir la desgracia de ninguno de ellos, y está obligada a acudir en su ayuda cuando por sí mismo no puede salvarse del precipicio*<sup>81</sup>.

El remedio que propone Silva Santisteban consiste en nombrarle un guardador o curador, previa interdicción del pródigo, sea privándole totalmente de su administración, sea concediéndosela bajo la administración inmediata de una persona nombrada por el consejo de familia. Sin embargo, es preciso que la ley establezca caracteres bien marcados y precisos que configuren la dilapidación. Así, considera que se dilapide por lo menos una tercia parte de los bienes raíces

<sup>78</sup> *Ib.*

<sup>79</sup> *Ib.*

<sup>80</sup> *Ib.*, p. 18.

<sup>81</sup> *Ib.*, p. 20.

o capitales, y que consista en pérdidas de juego, gastos de saraos, convites, paseos, obsequios, pagos indebidos, compras por más del doble del valor, ventas por menos del valor, mujeres públicas o gastos habituales para satisfacer vicios<sup>82</sup>.

En la época que Silva Santisteban escribía su *Derecho peruano. Parte civil* no se había decretado todavía la manumisión, que llegaría un año después. Por eso, siguiendo los preceptos del Código Civil de 1852, dispensa alrededor de cinco páginas a la división de las persona por razón del estado civil en *libres, siervos y libertos*. Silva Santisteban critica con dureza al mundo antiguo que, no obstante sus grandes contribuciones a la cultura, acordó legitimidad a la esclavitud. Por eso, encomia a «la voz del cristianismo», la cual «ha hecho resonar por todos los ámbitos del mundo la igualdad fundamental de nuestra especie, que la sana filosofía venera como un dogma»<sup>83</sup>. La servidumbre, en suma, constituiría la violación de un principio absoluto que es la libertad de los hombres, que no tendría otro origen que el predominio de la fuerza y de la astucia. El jurista, fiel a su credo liberal, no usa el lenguaje frío y distante del técnico en Jurisprudencia, al abordar esta institución, sino un discurso de corte más bien político. Así, a la servidumbre romana, que se deriva del Derecho de Gentes, la considera un «principio absurdo que la civilización rechaza indignada»<sup>84</sup>. Por otro lado, a la llamada «esclavitud civil», por nacimiento, según la cual los hijos siguen la condición de la madre esclava, Silva Santisteban la califica como «accesión que los brutos ofrecen con sus crías». Llama la atención la inserción de esas afirmaciones en un texto de Derecho civil, cuando su lugar natural sería un trabajo de Derecho político. El profesor cajamarquino no se priva de lanzar sus invectivas contra la España católica, que en las Siete Partidas reconoció como siervos a los infieles cautivos, a los hijos de esclavas, los mayores de veinte años que se hacen vender, los cristianos que traicionan la fe y los hijos de clérigos que se adscriben a la Iglesia. La furia del jurista alcanza al emperador Carlos V, que concedió a un flamenco favorito suyo «el privilegio, repugnante por cierto, de comerciar con carne humana», para luego verse los puertos de América plenos de buques «cargados de la raza negra, que transmitía a sus hijos, como en Roma, el triste legado de su esclavitud»<sup>85</sup>.

Seguidamente, Silva Santisteban se formula una pregunta crucial: si la esclavitud es tan injusta, ¿por qué no la han extirpado de golpe nuestros legisladores? Aquí, el autor recupera su frialdad perdida y asegura: «no basta el conocimiento de la injusticia, es necesario proceder con tino para no herir de muerte los derechos establecidos, para no provocar un cataclismo político y arrancar la vida del enfermo por arrancar el cáncer»<sup>86</sup>. Para Silva Santisteban, las bases económicas y sociales del país vedan la posibilidad de una manumisión total: «Muy humani-

<sup>82</sup> *Ib.*

<sup>83</sup> *Ib.*, p. 27.

<sup>84</sup> *Ib.*

<sup>85</sup> *Ib.*, p. 28.

<sup>86</sup> *Ib.*, p. 29.



tario y cristiano —asevera— fuera ciertamente restituir con un rasgo de pluma a los esclavos el don precioso de su libertad, pero la economía y la política se levantarían para condenar un paso imprudente que dejara yermos nuestros campos y amenazada la tranquilidad pública»<sup>87</sup>. La propuesta del autor procura conciliar los ideales de libertad con los intereses de los propietarios de esclavos. Tal equilibrio suponía una gradual extinción de la servidumbre y el pago del justiprecio por el rescate.

Silva Santisteban no propone una ley que declare la manumisión (la que finalmente se promulgó). La clave de su discurso es más bien conservadora: dejar que el Código Civil haga languidecer a la esclavatura de un modo paulatino. «Según sus disposiciones —afirma— no habrá dentro de poco tiempo un solo esclavo en el Perú, sin que la reforma comprometa la tranquilidad pública ni los derechos del propietario». El jurista, pues, tras haber lanzado sus baterías contra la esclavitud romana y medieval, pospone su erradicación hacia un plazo más o menos distante. Y es que para Silva Santisteban la esclavitud contemporánea se hallaba muy distante de la severidad de la institución en el mundo antiguo e incluso medieval. Así, incluso sostiene que

en la actualidad ya no es árbitro el amo de la suerte de su esclavo, ya que no puede, como el romano, abandonarlo a morir en un islote del Tiber; sino que ha de cuidarlo y asistirlo, tiene respecto de él obligaciones; no puede sin su consentimiento o causa justa, llevarlo de un lugar a otro ni mucho menos separarlo de su cónyuge y de sus hijos; ha de protegerlo y alimentarlo, sin poder aumentar nunca el precio ínfimo que alguna vez hubiese tenido; y limitándose propiamente sus derechos a aprovecharse de su servicio. El esclavo tiene además capacidad para adquirir bienes; y puede cambiar de amo, ya por causa de sevicia o trato cruel, ya por obligarse el nuevo comprador a darle la libertad después de algún tiempo de servicio que no pase de diez años<sup>88</sup>.

Resulta curioso el contraste que acusa la argumentación del jurista cajamarquino entre la impugnación de la esclavitud y la idílica imagen de la servidumbre de su tiempo. A su juicio, «nuestros legisladores han hechos cuanto podían racionalmente hacer, aliviar la suerte de los esclavos existentes y secar para adelante nuestras fuentes de esclavitud». Político de su tiempo al fin y al cabo, Silva Santisteban, parlamentario y más tarde vocal de la Corte Superior de Lima, difícilmente se habría colocado en contra del esquema jurídico que reglamentó la esclavitud en el Perú decimonónico. Por esta razón, propugna la figura del patronato que recayó sobre los libertos emancipados con motivo de la independencia nacional. Comentando la ley que sobre esa figura sería dictada en 1839, ante los reclamo de los propietarios, escribe:

<sup>87</sup> *Ib.*

<sup>88</sup> *Ib.*, pp. 30-31.

Estos libertos gozan de todos los derechos que favorecen a los esclavos, ya así mismo de los civiles que corresponden a los hombres libres en tanto que no perjudiquen a los servicios que deben prestar a sus patronos durante cierto tiempo, que una ley de Huancayo amplió hasta los cincuenta años de edad, término a la verdad excesivo. Por lo demás —explica, en un pasaje clave—la relación entre el patrono y su liberto no es en rigor sino una locación de servicios legal, y puede perderse por aquel si durante una año abandona de cualquier modo al liberto. Hay pues esta notable diferencia entre liberto y esclavo, y otra de muy grave trascendencia, a saber, la esclava hace liberto a su hijo, mientras que la liberta le hace ingenuo. Y esta no es una novedad de nuestra legislación, puesto que aun en el Derecho Romano bastaba que la madre hubiese vivido un día libre para que no naciera esclavo su hijo<sup>89</sup>.

Un jurista diestro como era Silva Santisteban no podía confundir el patronato sobre los libertos con una simple locación de servicios. En primer lugar, la condición de liberto recaía automáticamente sobre aquel esclavo a quien se había manumitido con ocasión de la Independencia. A diferencia de un contrato de locación de servicios que nace del fruto de dos voluntades, el patronato era una imposición legislativa establecida a favor de los antiguo propietarios de esclavos. El liberto tenía las mismas obligaciones que el esclavo, y especialmente la obligación de trabajar. Causa sorpresa la irónica forma como se resuelve el supuesto contrato de locación de servicios según las propias palabras del jurisconsulto: la relación contractual puede perderse si el patrono durante un año abandona de cualquier modo al liberto. Se trataba, en todo caso, de una resolución unilateral de esa relación de dependencia, confiada exclusivamente al patrono. El humor negro de Silva Santisteban halla su coronación en el reproche que formula al legislador de Huancayo por haber ampliado hasta los cincuenta años de edad la duración del patronato, término al que llama, «en verdad excesivo». En este punto, el autor se coloca decididamente del lado de los propietarios. ¿Por qué? Pues si el patronato durase menos, el patrono se eximiría de la principal obligación que tiene frente al liberto, darle alimentos. En muchos aspectos el patronato era peor que la esclavitud, en especial para los libertos ancianos. Mientras un esclavo que había pasado su edad productiva tenía el derecho de ser asistido materialmente por su señor, el liberto perdía ese derecho apenas cumpliera los cincuenta años. Y es que la concepción liberal de Silva Santisteban lo hacía invulnerable a la solidaridad.

### 1.3.3. Matrimonio: un liberal conservador

Para el autor del libro de *Derecho peruano. Parte Civil* el matrimonio es «antes que todo un instinto y un derecho absoluto [...] que no puede verificarse sino mediante un contrato». Según Silva Santisteban, no todo género de unión recibe el nombre de matrimonio. «Hay —apunta— uniones transitorias, efímeras, fugaces, hijas de la necesidad de un momento o de un sentimien-

<sup>89</sup> *Ib.*, p. 31.

to degenerado». Por el contrario, encomia el matrimonio como una unión de afectos y servicios recíprocos de personas que se unen «con el deseo de vivir siempre juntas, haciendo común su suerte y guardándose perpetua fidelidad»<sup>90</sup>.

El jurista caracteriza como una de las notas del matrimonio al deseo de perpetuidad del vínculo y se manifiesta refractario al divorcio. A su juicio «el matrimonio es por su naturaleza indisoluble». Y agrega luego, apodícticamente, en contra del divorcio absoluto:

*(...) nadie puede negar que el estado actual de moralidad y civilización es indispensable cerrar la puerta al libertinaje, estableciendo que el matrimonio no puede disolverse sino con la muerte». Para que no veamos repetido el escándalo que ofrecieron los romanos contando los años no ya por el número de cónsules sino por el número de cónyuges*<sup>91</sup>.

No escapa al análisis que Silva Santisteban defiende al matrimonio como una institución de Derecho Natural. Por esta razón, insiste en que «al Derecho Civil le corresponde evitar la corrupción». La adhesión *iusnaturalista* lo conduce también a escandalizarse ante la sola idea de la poligamia, a la que califica de «repugnante a la naturaleza del matrimonio»<sup>92</sup>. Ahora bien, si el Derecho Natural predomina e inspira a las leyes positivas, corresponde a estas últimas canalizar al primero. Así se explica la inclusión de los impedimentos y nulidades matrimoniales, como también el consentimiento previo que los menores de 21 años necesitan obtener de su padre, o por muerte de este, de su madre, o por muerte e incapacidad de ambos, de los ascendientes paternos más próximos, o a su falta, de los maternos, o bien del consejo de familia, a falta de todos los anteriores. El autor justifica la prohibición que impide a los menores contraer matrimonio. Se trata, dice; «de un saludable freno contra los jóvenes incautos que se dejan arrastrar por el soplo de una pasión violenta, para tener muchas veces que apurar el amargo cáliz de una situación irremediable». A fin de cuentas, no deja de llamar la atención que José Silva Santisteban, un liberal militante como era —por lo menos en el campo de la acción política y económica—, no asumiese la defensa del fuero civil frente al eclesiástico. En esta materia, el letrado cajamarquino se contenta con describir los artículos del Código Civil y no propone variación alguna del sistema. Un leve sugerencia al respecto recuerda que «la legislación española ofrece el lamentable vacío de consignar la fe pública a los apuntes privados del párroco, dando así ocasión a las patrañas que de ordinario han urdido interesados fraudulentos»<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> *Ib.*, p. 34.

<sup>91</sup> *Ib.*, p. 38.

<sup>92</sup> *Ib.*, p. 36.

<sup>93</sup> *Ib.*, p. 55.

### 1.3.4. Propiedad y sucesiones

No se encuentra ninguna originalidad cuando Silva Santisteban aborda el tratamiento de las cosas. En verdad, aquí no hace más que exponer el contenido del Código Civil. En un pasaje de su libro no pierde la ocasión de afirmar su credo liberal: «la propiedad es en todas sus fases un dogma para la ciencia, y el cimiento en que descansan el orden social y la felicidad pública y privada»<sup>94</sup>. El autor manifiesta su repugnancia a los vínculos económicos. Así, sobre las capellanías, que consisten en la fundación de una renta de que ha de gozar una persona con la obligación de celebrar o mandar celebrar algunas misas o desempeñar ciertos cargos eclesiásticos, el letrado cajamarquino se pronuncia a favor de las leyes que tienden a extirpar «estas fundaciones gravosas a la agricultura y que han sido en todo tiempo el semillero de reñidos pleitos»<sup>95</sup>. Sus convicciones liberales trasuntarían, así mismo, en sus objeciones a la figura del retracto, que atentaba contra el tráfico inmobiliario. Solo lo justifica cuando los retrayentes fuesen parientes cercanos del vendedor. «Triste y desgarrador —observa— es ver pasar a manos extrañas objetos que tenemos en gran estima y que miramos como reliquias sagradas por haber pertenecido a nuestros abuelos y ser para nosotros monumentos silenciosos pero elocuentes de patéticos recuerdos»<sup>96</sup>.

A contracorriente, cuando escribe sobre la herencia abre la puerta a algunas de sus convicciones. En principio, el derecho de testar tiene para Silva Santisteban un fundamento «rigurosamente filosófico, racional y de alta conveniencia»:

*Quitáramos un poderosísimo estímulo al trabajo —asevera—, faltaría algo al edificio social, la propiedad quedaría incompleta y cometeríase una injusticia atroz si se negase al hombre el dulce consuelo de legar el producto de su inteligencia y de su industria. Triste, muy triste sería para un padre de familia, considerar sobre el lecho de muerte que su fortuna, adquirida con tantos sacrificios y fatigas, no había de convertirse en beneficio de sus propios hijos. ¿Para qué trabajar entonces con tanto empeño, si las personas que forman nuestras delicias en el mundo, no han de saborear el fruto de nuestros desvelos?*<sup>97</sup>.

Silva Santisteban no simpatiza, como se colige del texto citado, con la institución anglosajona de la herencia libre, sino con la figura romana de la herencia forzosa. Ratifica esta postura cuando arguye que el padre de familia ya no es dueño exclusivo de su fortuna, puesto que tendría con sus hijos una cierta comunidad de bienes. Los miembros de la familia serían condóminos de su patrimonio, «y sería muy fuera de razón —dice— despojarlos en su muerte de un

<sup>94</sup> *Ib.*, p. 72.

<sup>95</sup> *Ib.*, p. 104.

<sup>96</sup> *Ib.*, pp. 122-123.

<sup>97</sup> *Ib.*, p. 72.

derecho preexistente». Debemos notar que en este punto el liberalismo de Silva Santisteban se disuelve en cuanto privilegia a la familia frente al individuo. Exageraba también, sin mayores argumentos técnicos, que sin abrirse la sucesión hereditaria por el fallecimiento del padre, este participaba con sus hijos en una suerte de condominio. Si esto hubiera sido cierto, los padres no habrían podido entonces transferir sus bienes y el dominio se habría afincado en un nuevo tipo de vinculación.

La entusiasta defensa de la herencia forzosa es planteada además dentro de un esquema político intimidante, por lo menos para Silva Santisteban: «más todavía —alerta— insistiremos en justificar la institución hereditaria, especialmente cuando el fantasma socialista conmueve la Europa con su terrible grito y ha encontrado un lánguido eco en nuestro continente»<sup>98</sup>.

### 1.3.5. Dos contratos sensibles

El sincretismo que caracteriza el discurso del jurista cajamarquino se aprecia con nitidez en el diferente tratamiento que dispensa a las figuras de la apuesta y del mutuo pecuniario. En efecto, al abordar la temática de los contratos aleatorios, Silva Santisteban comenta las disposiciones del Código sobre apuestas y dedica algunos párrafos a condenar los juegos de azar. Sería de esperar de parte de un liberal como Silva Santisteban una actitud tolerante hacia estos últimos. Por el contrario, su posición es declaradamente paternalista y protectora. No duda así en señalar que son los juegos de azar «una vorágine abierta en medio de la sociedad, donde la juventud incauta sumerge su fortuna y porvenir, donde arruina su salud y recibe lecciones de fraude». Y luego proclama, enfático, que el juego «debe ser condenado por toda buena legislación». Silva Santisteban, profesor de colegio y autor de libros de enseñanza escolar, aprovecha para introducir en su manual de Derecho civil una reflexión pedagógica: «solamente son permitidos los juegos de fuerza y destreza, como una gimnástica útil, y los de pura diversión, como pasatiempo inocente»<sup>99</sup>.

Del todo opuestas son sus consideraciones sobre el préstamo de dinero. Un tema particularmente sensible para la doctrina jurídica de todos los tiempos, ha sido la usura. Silva Santisteban hace un elogio de ella sin atenuantes: «pretender determinar un máximo al interés es desconocer que el valor del capital tiene que variar conforme a las leyes económicas con independencia de las civiles». En su opinión, era comprensible que en la Edad Media se condenase la usura «atendiendo a que era una industria envilecida por los judíos que la ejercía como opresión de la humanidad, y en efecto, cuando se trata de explotar la necesidad del indigente, no puede menos que ser aborrecible y funesta». Por el contrario, en la época moderna, «nada más natural

<sup>98</sup> *Ib.*

<sup>99</sup> *Ib.*, p. 143.

que exigir interés por un capital prestado: un contrasentido sería permitir el arrendamiento y condenar la usura, cuando en ambos casos no se hace otra cosa que pedir una recompensa por el préstamo, y cuando toda producción es imposible sin el capital»<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> *Ib.*, p. 146.

