

# JOSÉ DE LA RIVA-AGÜERO Y EL DERECHO PRIVADO: LA INFLUENCIA HISTORICISTA

**Carlos Ramos Núñez**  
*Instituto Riva-Agüero*

*"...el criterio histórico esclarece y fecunda por excelencia el Derecho, y...sin el cabal conocimiento de la Historia la vida jurídica equivaldría a un enigma,..."*

*José de la Riva-Agüero*

## **INTRODUCCIÓN**

El estudio de la obra de Riva-Agüero a lo largo del tiempo se ha visto, inevitablemente, teñido de consideraciones ideológicas. Algunas, a pesar, de la autoridad con que suelen estar investidas las opiniones de los famosos, o le han ofrecido un militante apoyo, reviviendo los debates de antaño o, han recusado anticipadamente toda idea por el simple hecho de provenir de él.

Amainadas las pasiones, desaparecidos sus protagonistas y desvanecidas las ideologías de las que participaban con tanta intensidad, podemos intentar ahora una nueva aproximación del pasado que, sin pretender ser neutral (¿alguna vez un juicio histórico lo fue?), aborde las fuentes con enfoques diversos, utilice nuevas técnicas y reflexione sobre otros ámbitos.

Bastaría una lectura de los temas abordados en estas jornadas para constatar que las perspectivas, los instrumentos metodológicos y los énfasis han cambiado. No hay, ciertamente, ni debiera haberlo, una uniformidad de visiones ni unilateralidad del universo de estudio ni un único perfil en las interpretaciones.

Es muy difícil, por otra parte, que otro personaje logre concitar un interés multidisciplinario como el que despierta hoy Riva-Agüero. En esta sede académica no sólo participan historiadores de las más diversas áreas, sino estudiosos del Derecho, lingüistas y teólogos. Mucho me temo que en otros homenajes a personalidades igualmente notables tal heterogeneidad se echaba de menos. Lo interesante es que se produce aquí una suerte de esfuerzo colectivo para acercarse

a Riva-Agüero. En el interior de esa corriente múltiple y efervescente se inscribiría la historia del Derecho. Ella también, tal vez, modestamente, intenta hoy una revalorización del trayecto vital y del pensamiento de Riva-Agüero.

Antes que tratar estos puntos, resulta indispensable responder una pregunta preliminar, que es la siguiente: ¿era José de la Riva-Agüero un jurista; es decir, un académico preocupado en la doctrina jurídica, por la construcción dogmática de conceptos e instituciones?.

En realidad, don José no fue un jurista de profesión ni pretendió serlo, como lo declaró en repetidas ocasiones en sus escritos y discursos. Su talento, disciplina intelectual e imaginación creadora las destinó al cultivo de otras disciplinas, inaugurando, por ejemplo, en el Perú, la crítica literaria y la historiografía científica. Sus incursiones al Derecho fueron ocasionales y obedecieron fundamentalmente a exigencias académicas o institucionales. Tal vez una frase suya: "Yo, ... no me precio ciertamente de jurista pero me tengo por hombre de bien..."<sup>1</sup>, pronunciada con motivo de un homenaje al magistrado Augusto Villa-García, dé cuenta cabal de esta relación hasta cierto punto episódica.

Riva-Agüero, por otra parte, tampoco era un abogado en ejercicio. No ejerció la magistratura y su experiencia en la administración pública, se redujo a la Junta de Vigilancia de los Registros Públicos, donde intervino en representación del Colegio de Abogados. Tampoco ejerció la docencia universitaria en disciplinas jurídicas. Para muchos abogados de la época, existen innumerables fuentes sobre el particular, era un advenedizo en el gremio forense.<sup>2</sup> Todos aceptaban de buen grado al historiador y literato brillante, pero, estaban lejos de admitirlo como un activo miembro de la orden profesional. El propio Riva-Agüero, en 1935, al asumir el cargo de Decano del Colegio de Abogados de Lima, en esa pieza magistral que es *El Derecho en el Perú*, admite que desde el año de 1913, en que obtuvo el doctorado en Jurisprudencia, vivió apartado de la práctica del foro y del estudio del Derecho.

No debe pensarse, sin embargo, que Riva-Agüero vivía enteramente desconectado del quehacer jurídico. Por sus estudios universitarios; por la necesidad de elaborar dos tesis, una de bachillerato, otra de doctorado; por el cuidado legal que demandaba su patrimonio; por el fuerte impacto de los juristas como Savigny, Ihering, Puchta y Windscheid y del filósofo del Derecho Giorgio del Vecchio en el desarrollo de sus ideas; por los cargos públicos tales como Ministro de Instrucción, Justicia y Culto y Decano del Colegio de Abogados y, por su rica formación humanista, no podía descuidar, aunque fuera tangencialmente, el

estudio y la práctica del Derecho. Ocurre que, en nuestro medio, se identifica el ejercicio de una profesión legal: la abogacía, que es sólo una de sus expresiones, con la actividad jurídica en general. Sólo así se comprende la desconfiada actitud de muchos de sus contemporáneos y la modestia del estudioso. Empero, la escasa producción dogmática, sus aportes a la filosofía y a la historia jurídica, sus estrechas y viejas relaciones con los miembros del foro y de la magistratura<sup>3</sup>, sus discursos en ejercicio de dos importantes mandatos públicos, constituyen, sin duda, Derecho, están dentro del amplio espectro de lo jurídico y, merecen ser diseccionados por esa mezcla de científico social y dogmático que es el historiador del Derecho.

La presente contribución no presenta, sin embargo, un perfil del discurso privatista ni un panorama del pensamiento iusfilosófico ni de los cambios ideológicos operados entre 1911 y 1937, período éste en el que se inserta la producción jurídica de Riva-Agüero que, como se sabe, transita de un positivismo voluntarista a la adopción de un jusnaturalismo de corte clásico y católico. Tampoco penetra en problemas concernientes al Derecho Público, tales como la idea de Estado, democracia, división de poderes, ni a las concepciones correccionalistas que en materia penal siquiera sesgadamente. Se propone, ante todo, escudriñar algunas de las facetas de Derecho Privado desarrolladas por el polígrafo peruano, las mismas se consideran centrales para comprender el discurso jurídico del polígrafo peruano.

La historia social del Derecho no se interesa sólo de instituciones, conceptos, normas y procedimientos, sino también de los valores jurídicos y culturales que encierran aquéllos y que manipulan los agentes sociales del Derecho. Abordaremos, pues, una de las influencias que ejerció sobre el pensamiento iusfilosófico de Riva-Agüero y, particularmente, sobre sus ideas de Derecho Civil, un peso notabilísimo y persistente, el historicismo. Esta concepción del Derecho servirá de telón de fondo para explicar algunos aspectos de su preocupación intelectual, tales como la posesión, el desuso de las leyes, la variabilidad que ofrece el Derecho, el voluntarismo irracionalista y la apología del Derecho del pasado y de la tradición.

## **EL HISTORICISMO EN RIVA-AGÜERO**

Posiblemente, el elemento filosófico que vincule más a Riva-Agüero con el Derecho Privado sea el historicismo.<sup>4</sup> Por otro lado, es uno de los rasgos que atraviesan su producción privatista, desde su juvenil tesis *Fundamento de los interdictos posesorios*

(1911)<sup>5</sup> hasta su logrado *Discurso-Memoria en el Colegio de Abogados* (1937).<sup>6</sup> Si bien no es difícil encontrar notas distintivas entre el joven y el viejo Riva-Agüero en sus posiciones políticas e ideológicas y en sus concepciones filosóficas generales, existe una clara línea de continuidad en su discurso jurídico de Derecho Privado. El hilo conductor de dicha constante es el historicismo.



En la tesis sobre los interdictos arremete contra la teoría de la "presunción de la propiedad", conforme la cual, la posesión de los bienes era objeto de protección legal debido a la necesidad de amparar al propietario. Se aceptaba, pues, la ficción de que el poseedor era el propietario. El poseedor no era protegido por el hecho de ser tal si porque se suponía que fuese el propietario. Esta teoría, a la que Riva-Agüero, considera "insostenible", había sido elaborada por el racionalismo y encontró su coronación en el *Code* napoleónico y en la doctrina exegetica que lo sucedió. Riva-Agüero para impugnarla se vale de las concepciones de Savigny, uno de los exponentes más representativos del historicismo, quien, en su celebrado tratado *De la posesión en Derecho Romano* (1903)<sup>7</sup>, opone el principio de la "prohibición de la violencia", según la cual, las palabras son de Riva-Agüero, "la posesión es protegida, no por ser propiedad presunta, sino contra la injusticia que entraña el despojo".<sup>8</sup> De acuerdo a esta corriente, que no es sino una puesta al día de la casuística romana, a la que los pandectística alemana admiraba (a esta escuela pertenecía precisamente Savigny), el poseedor es objeto de tutela jurídica, aun contra el propietario, porque su derecho sobre la cosa es independiente al derecho de propiedad. Como consecuencia lógica de esta autonomía, la posesión dispone de medios procesales distintos de protección que la propiedad. Para preservar o recuperar la posesión existen los interdictos, en tanto que para recobrar la propiedad la acción reivindicatoria.

Lo que ahora no es ninguna novedad, no lo era cuando Savigny escribió el tratado. En la práctica, se confundía el uso de estas acciones. Debe recordarse, así mismo, que cuando Riva-Agüero redacta la tesis, los interdictos eran instrumentos legales eficacísimos a los que echaban mano los terratenientes serranos para expandir los linderos de sus fundos, a pesar que no podían alegar la posesión de esas tierras. No pretendo demostrar aquí que la tesis respondiera directamente a la necesidad de poner fin a esa práctica abusiva; pero, amén de las convicciones indigenistas que Riva-Agüero nunca abandonó, se percibe que el esfuerzo por distinguir los interdictos, acciones posesorias por excelencia, de los medios procesales que custodian la propiedad; y de dotar, en definitiva, a la

práctica empírica de las precisiones teóricas que demandaba la seguridad jurídica.

La tesis es también una defensa de la teoría romanista del *animus possidendi*, recreada luego por los historicistas de inspiración hegeliana como Savigny, Puchta y Gans, cuyas ideas Riva-Agüero resume. De acuerdo a esta tendencia, el ordenamiento legal no ampara la posesión en sí misma, pues la posesión es un hecho, sino a la relación jurídica que se establece entre el poseedor y la cosa, la misma que descansa en la voluntad, en la intención de poseer la cosa. De modo que cuando se atenta contra la posesión habría un doble daño que:

"recae conjuntamente (la cita es de Riva-Agüero) en la persona y en el hecho de la posesión, o lo que es lo mismo, en el vínculo que une la persona a la cosa, en la voluntad aplicada al objeto poseído...La violencia contra el *animus*, el cual es volición del poseedor, acto de su personalidad, constituye precisamente lo que para Savigny suscita los interdictos y requiere la protección posesoria".<sup>9</sup>

Una posición crítica a la de Savigny, la de otra gran jurista alemán, Ihering, quien postula que la protección posesoria obedece a la necesidad de facilitarle la prueba al propietario, pues por la "visibilidad" y la "exterioridad", notas exteriores del dominio no se protege al poseedor sino en la inmensa mayoría de casos al legítimo propietario, ahorrándole con los interdictos posesorios un juicio largo como la reivindicación<sup>10</sup>, suscita en Riva-Agüero, ácidos comentarios. Considera que Ihering no hace sino resucitar la vieja teoría de la "presunción de la propiedad", que "no le parece satisfactoria" con un argumento "meramente procesal". La descripción de la posesión como "una avanzada de la propiedad", donde no se libra la batalla decisiva por la propiedad, "sino un combate de avanzada, en el cual no es preciso la gran artillería, sino que basta el arma blanca" (la frase es de Ihering), le parece una "comparación desdichada y poca digna de un prusiano". Agrega más adelante que "todo esto sería un absurdo en el más alto grado si se aceptara la doctrina de Ihering".<sup>11</sup>

Riva-Agüero, a pesar de las críticas formuladas a Ihering, recoge de éste, de un modo implícito, la idea de interés, de origen kantiano y poco compatible con el historicismo. Rescata también de aquél la idea de que el poder usualmente se transforma en justicia. En la conclusión final de su trabajo, intenta una difícil conciliación entre el voluntarismo, el utilitarismo y la duración en el tiempo, como elementos explicativos de la defensa posesoria. De estos tres requisitos, dos de ellos, el voluntarismo y el tiempo corresponden al historicismo.

Riva-Agüero se alza también contra un mito propugnado por el Iluminismo, ampliamente extendido desde el Ochocientos hasta hoy, conforme al cual las leyes no se derogan sino por otras leyes. Esta concepción que asigna sólo al Estado la producción normativa, desechando otras fuentes del Derecho que provienen de la sociedad civil, desdeñaba, naturalmente, a la costumbre, negando, además, toda posibilidad de que una norma positiva emanada del Estado, por su falta de aplicación en la vida cotidiana, deje de tener vigencia legislativa. El desuso, o desuetudo, como era conocida por los romanos, era una forma de derogación de las leyes, debida a la falta de vigencia real.<sup>12</sup> Contra lo que decían los códigos decimonónicos, especialmente el peruano de 1852, que es uno de los que más abomina del desuso<sup>13</sup>, Riva-Agüero, advierte que:

"el Derecho no es más que la expresión de mayores exigencias sociales o, lo que es lo mismo, de las más intensas voliciones colectivas, la aparición y la desaparición de los preceptos jurídicos no puede efectuarse sino por el crecer y el decrecer de los sentimientos morales que los animan. Cuando un deseo o una necesidad adquiere cierto grado de energía, toma necesariamente la forma compulsiva, que es el Derecho. La pierde cuando se debilita, y se reduce entonces a simple precepto moral".<sup>14</sup>

Para Riva-Agüero, en un pasaje brillante, si el Derecho nace tanto del poder legislador cuando por la "lenta e insensible acumulación de costumbre"; así también desaparece por "abrogación o derogación expresa o por prolongada inejecución y desuso".

"Un derecho -insiste- que por largo tiempo no se aplica, deja de serlo.  
4 Mandato ineficaz, fuerza que no es fuerza, se disipa su carácter jurídico; y es tan imperiosa esta ley de la vida, que las mismas legislaciones que teóricamente se resisten a reconocer los efectos del desuso, los padecen sin confesarlos".<sup>15</sup>

Reflexionando como un sociólogo moderno, subraya:

"Restaurar una disposición que prácticamente ha caducado por continuada inobservancia, vale para el realismo jurídico, que no se atiene a meras palabras, tanto como promulgarla de nuevo, y demanda con frecuencia esfuerzos mayores, porque su general incumplimiento demuestra su repugnancia con el sentido de la actividad social".<sup>16</sup>

No es irrelevante señalar que en nuestros días la doctrina, en consonancia con la sociología del Derecho, no discute que el desuso deroga la ley.

□□□

El historicismo lleva a Riva-Agüero, en otra obra de juventud, *El concepto de Derecho. Ensayo de filosofía jurídica* (1913), a relativizar la noción de Derecho. No hay un Derecho absoluto válido para todos los hombres.

"El Derecho, no puede ser absoluto, manifiesta, porque su origen es relativo y mudable y porque no hay ideas absolutas. El Derecho es signo de una relación de fuerzas, y por consiguiente variable con ellas. No ha de llamarse Derecho a las concepciones de los filósofos sobre lo justo e injusto, antojadizas y contradictorias a menudo, sino a las normas coactivas de la actividad social en un momento dado, que tienen existencia positiva y ejecución necesaria, por encima de las lucubraciones individuales".<sup>17</sup>

Riva-Agüero, en este trabajo, está lejos de considerar, como lo hizo años después, al Derecho natural como un sistema normativo en sí mismo, como un complejo de reglas distinto y separado del ordenamiento positivo. Por el contrario, se evidencia el esfuerzo historicista por desacralizar el Derecho Natural, reduciéndolo a la filosofía del Derecho positivo.

Riva-Agüero se pronuncia, pues, categóricamente por una "indefinida variabilidad del Derecho".<sup>18</sup> Hace suya la opinión de Ihering, para quien:

"El Derecho no sólo puede sino que debe ser infinitamente diverso. El médico no prescribe el mismo remedio a todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad. De igual manera el Derecho no dicta en todas partes las mismas disposiciones; las adapta al estado del pueblo, a su grado de civilización, a las necesidades de la época. Imaginarse que el Derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todas las enfermedades al mismo tratamiento. El Derecho universal, para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde a la panacea para las enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman piedra de los sabios, pero que solamente los locos se ocupan de buscar" (*El Fin del Derecho*, cap. VIII, 12).

Riva-Agüero se colocaba entonces entre los partidarios del pluralismo jurídico. Esta visión del estudioso peruano no fue un "error de juventud", como señalaba Mario Alzamora<sup>19</sup> y como se empeñó en afirmar Riva-Agüero después<sup>20</sup>, tras adherirse al jusnaturalismo católico. Se trata de una convicción que aparece en sus obras más notables y que, en realidad, nunca dejó: la especificidad de la cultura peruana. Riva-Agüero insistió siempre en el singular desarrollo histórico de la cultura andina. No se encontrará texto en el que niegue la variabilidad de civilizaciones, el curso original que cada una de ellas emprendió. Inclusive, cuando abraza el iusnaturalismo católico, admitirá la existencia (supeditada a un Derecho Absoluto o una Ley Natural) de una "indefinida multiplicidad de los derechos históricos y relativos".<sup>21</sup>

Esa diversidad antropológica, típicamente historicista, es coherente con la creencia de que a cada cultura corresponden formas jurídicas específicas y originales.



Como se sabe, en Riva-Agüero prevalece una concepción antirracionalista de la historia. El motor de ella no reside en la razón, en el cálculo, en la valoración utilitaria, sino en la no razón, en el elemento pasional y emotivo del hombre, en sus impulsos vitales, en sus pasiones y sentimientos. Subyace a su pensamiento historiográfico una suerte un romanticismo, que insurge contra el racionalismo desde fines del siglo XVIII, que acuerda a la voluntad colectiva el papel protagónico. Renan y Hegel tuvieron una importancia capital en la cimentación de este tipo de reflexiones.

Las ideas jurídicas de Riva-Agüero también está signado por ese perfil romántico, propio del historicismo. El Derecho nace del sentimiento de justicia que se expresa en las formas jurídicas populares, a despecho incluso de las creaciones artificiales del Estado moderno, como la ley. "La convicción moral colectiva...llegada a un punto de intensidad, se hace convicción jurídica, que si continúa aumentando en energía se impone a la exterioridad social y se hace Derecho efectivo"<sup>22</sup>, diría en la tesis sobre el Concepto del Derecho.

Una serie de expresiones extraídas del vocabulario de la escuela histórica de Savigny, Puchta y Gens, como "espíritu del pueblo", "convicción moral colectiva", "sentimiento moral", "volición colectiva", que recorren de palmo a palmo el pensamiento jurídico de Riva-Agüero, acusan una visión antirracionalista del Derecho. No debe olvidarse que una de las constantes de

su discurso filosófico será siempre el antiluminismo, la desconfianza en las posibilidades de la razón. Como un caso emblemático de esta concepción, en 1932, redactó un discurso en el que trataba de demostrar que Goethe amaba el orden por encima de la justicia.



Otro rasgo de historicismo es el elogio y el amor al pasado, idealizado por Riva-Agüero. El Incario desfiló en la *Historia en el Perú* con una sociedad feliz y el Virreynato, aunque cuestionado en ese notable libro, en otros textos fue exaltado. Mientras que la República cuestionada, siguiendo así la vieja tradición familiar, responsabilizándola de los grandes males de la nación. Para los historicistas todo tiempo pasado fue mejor. Savigny idealizaba la Edad Media, porque, a su juicio exteriorizaba mejor el espíritu del pueblo y la fuerza de los sentimientos más altos. A dicha época dedica uno de sus esfuerzos intelectuales mayores: *El Derecho Romano en la Edad Media* (1834).<sup>23</sup> Riva-Agüero, a su vez, dedica un cálido elogio a la cultura medieval, a través de la positiva valoración de la obra de San Alberto Magno.<sup>24</sup>

Riva-Agüero, así mismo, es un partidario infatigable del Derecho Romano. Como se sabe, los historicistas alemanes se dividieron en el intento de encontrar las raíces del Derecho alemán, ya en las costumbres germánicas, ya en el Derecho Romano clásico cristalizado en el *Digesto* o *Pandectas*.<sup>25</sup> Riva-Agüero propone la revalorización de la cultura jurídica latina, la misma que diferencia y contraponen a la anglosajona.<sup>26</sup> Alerta a sus contemporáneos de los riesgos que implica la adopción de modelos jurídicos ajenos a la tradición romanista. Así, cuando en materia criminal, muchos países europeos y latinoamericanos acogían con beneplácito el jurado, instituto típico del *Common Law*, Riva-Agüero, junto a los adherentes al Partido Nacional Democrático, lo rechazan de plano en su *Declaración de Principios*.<sup>27</sup>

En el intento de remontarse a los orígenes y fuentes latinas, sale al paso a quienes persiguen abolir de los programas de estudio el Derecho Romano, "lógico, opulento, completo..., autorizado e influyente", depositando su esperanza para que "no decaiga su estudio entre nosotros".<sup>28</sup> A aquellas propuestas de supresión del curso supondrían un "inconsiderado modernismo". Riva-Agüero se conduce, por otra parte, que "un mezquino espíritu antitradicionalista" haya propiciado la supresión en los programas de estudio del Derecho Eclesiástico. Insiste, igualmente, animado por el mismo espíritu, para que en el curso de Historia del Derecho Peruano, se estudien las instituciones precolombinas.<sup>29</sup>

No es casual tampoco la temprana admiración que siente por Andrés Bello, no sólo como gramático, sino también con jurista que, a partir del Derecho Romano, construyó un magnífico Código Civil para Chile.<sup>30 31</sup>

La idealización del pasado y una visión cíclica y del tiempo, netamente historicistas<sup>32</sup>, con su usual franqueza, lo llevarían a decir en una famosa carta a Sánchez que lo había tildado de conservador: "conservador no; soy reaccionario".<sup>33</sup> Para Riva-Agüero, el tiempo era una superstición.

Como una consecuencia de este enaltecimiento del pasado, considera que es más conveniente conservar los ordenamientos jurídicos existentes, desconfiando de los nuevos que pretenden imponerse. En un párrafo notable, manifiesta:

"nuestra producción legislativa ha sido exuberante, frondosa, desatada y sobrada dócil a toda imitación. Los viejos romanos, insuperables maestros de gobierno, ..., fueron sobrios en dictar leyes. Se contentaban con guardar y aplicar equitativamente las antiguas; y cuando las circunstancias los forzaban a promulgar nuevas, lo hacían con suma parquedad y prudencia... -de allí que, agregue- los pueblos vigorosos son orgánicos. Por eso, en ellos, ..., predominan la tradición y la costumbre; y al revés de nuestra manía legislativa repentista, se atienen a los precedentes y a la jurisprudencia de los tribunales, como en la Roma antigua y en Inglaterra, hasta que lo propio y lo acostumbrado se sedimenta en sólidas leyes. A nosotros, como a los niños, nos ha seducido de continuo lo nuevo, lo insólito, lo adventicio y lo forastero"<sup>34</sup>.

No debe extrañar entonces que Riva-Agüero, en la condición de Decano del Colegio de Abogados de Lima, lanzara, apelando al Derecho romano-castellano<sup>35</sup> y desde la trinchera del Código Civil de 1852, obra de conservadores como López Lisson y Andrés Martínez, personajes a los que admiraba, severas críticas a la manía codificadora, con el mismo entusiasmo como el que arremetió, en Alemania, Savigny en el siglo pasado, hacia 1814, contra un partidario de la codificación, Thibaut<sup>36</sup>, fustigando las normas, instituciones y principios que traía el entonces flamante Código Civil de 1936.

En lugar de una sustitución completa de la legislación civil, Riva-Agüero habría preferido que se "modificara el venerable Código de 1852, modernizándolo con discreción"<sup>37</sup>, dentro de las pautas de "nuestra legítima tradición romanista y castellana".<sup>38</sup> El Código Civil de 1852, fue para Riva-Agüero, en una apreciación

que se ajusta a la verdad, "el primer intento feliz de armonizar las heredadas leyes romanas y españolas con las innovaciones del Código Napoleón y las peculiaridades de la naciente República".<sup>39</sup> Coincidiendo con la historiografía jurídica moderna, dicho código "resultó sin duda alguna decoroso, adecuado, práctico, exento de noveleerías y del servilismo imitativo, entonces tan común ante el monumento legislativo napoleónico; y antes bien, original a trechos, y sabiamente conservador y autónomo".<sup>40</sup>

La desconfianza ante el arbitrio de un Poder Legislativo, que interne elementos extraños perturbadores del orden social existente, se hace mucho más notoria y adquiere forma concreta en la repugnancia que le suscita el divorcio vincular.<sup>41</sup> Medida ésta que fue más obra de legisladores que de juristas.<sup>42</sup> El Derecho para Riva-Agüero más que invención del legislador consiste en el respeto de la tradición y de las costumbres. El rol instrumental que asignan los legisladores al Derecho como un medio de transformación social no está en el horizonte de Riva-Agüero. El Derecho debe, ante todo, conservar. Habría entonces un papel instrumental, pero con una función inversa. No sirve para cambiar, es útil para preservar. Idéntico recelo hacia el Poder Legislativo observamos en el joven Savigny, quien, en el *Beruf*, de 1814, lo considera "portador de inestabilidad".<sup>43</sup> Naturalmente, estaba pensando en el legislador histórico de la Revolución francesa. Adviértase la naturaleza profundamente tradicionalista de ambas propuestas. La codificación que se presentaba como la cobertura legal de un programa de reformas modernizantes, no podía suscitar sino fastidio.



Dos últimos rasgos del historicismo en Riva-Agüero, merecen ser destacados. El pesimismo antropológico que ve la historia como una continua tragedia y el humanismo que compartió con otros miembros de su generación. La conocida frase de su condiscípulo de la Recoleta, Francisco García Calderón Rey: "El Perú se salvará bajo el polvo de una biblioteca", da cuenta cabal de ese humanismo. Erudito, filólogo, latinista, la feliz frase muy bien pudo haber sido suya. □

## Notas

1. La Revista del Foro, Lima, octubre-diciembre, 1936, pp. 711. Entrega del diploma e insignia de miembro honorario al Dr. Augusto Villa-García.
2. "A la hora otoñal, dice Sánchez, coincidiendo con la acumulación de poder político y financiero en sus manos, se le otorgan los más variados honores, desde el de Presidente de la

*Academia Peruana de la Lengua, que le correspondía de derecho, hasta el de Decano del Colegio de Abogados, que no le incumbía por no haber ejercido jamás la profesión...Riva Agüero renuncia la cartera de Instrucción y la Presidencia del Consejo, en apariencia, por negarse a firmar la ley que refrendaba el divorcio absoluto en el Perú (1934); en realidad, su presencia en el gabinete era un obstáculo a la política de conciliación que se trataba de inaugurar" (Luis Alberto Sánchez, La literatura peruana, t. IV, Ediciones Ediventas S.A., Lima, 1966, p. 1267).*

*Desde una vertiente conservadora se formularon también observaciones semejantes: "Nadie puede discutir la autoridad, el talento y los conocimientos enciclopédicos del doctor José de la Riva Agüero, sin duda uno de los más preclaros valores de la intelectualidad republicana del Perú. Creemos también estar en lo cierto al afirmar que nadie puede sostener válidamente que fue abogado. Nunca ejerció y, lo que es más, siempre se refirió con cierto menosprecio a nuestra profesión." (Manuel P. Olaechea, Estudio Olaechea, 1878-1978, Industrial Gráfica S.A., Lima, 1978, p. 152).*

*Las fuentes citadas tienen cierta confiabilidad, pues han sido emitidas por personajes coéтанos a Riva-Agüero. Las diferencias políticas y personales, sin embargo, si no les quitan, les restan confianza absoluta.*

3. *En el Partido Nacional Democrático, del cual Riva-Agüero fue fundador, militaban prestigiosos abogados en ejercicio como Diómedes Arias Schreiber, Carlos Arenas y Loayza, Aníbal Corvetto Vargas, Chacaltana, Manuel Gallagher, Víctor Gonzáles Olaechea, Gonzalo Herrera, José María de la Jara y Ureta, Oscar Miro Quesada (Declaración de Principios, 1915, p. 34. Archivo Histórico Riva-Agüero, PND-14).*

4. *Para una aproximación inicial al historicismo jurídico puede consultarse los clásicos trabajos de Gioele Solari, Storicismo e Diritto Privato y de Norberto Bobbio, Il positivismo giuridico, G. Giappichelli Editore, Turín, 1979, pp. 43-65. También Franz Wieacker, Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 325-365; así como Walter Wilhelm, La Metodología Jurídica en el siglo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, pp. 15-79.*

5. *Esta es la tesis presentada por Riva-Agüero para optar el grado de Bachiller en Jurisprudencia en la Universidad de San Marcos. Fue publicada en la Tipografía "El Progreso Editorial", Lima, 1911. Ha sido incluida en el tomo X (Ensayos Jurídicos y Filosóficos) de sus Obras Completas, Instituto Riva-Agüero, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1979, pp. 69-96.*

6. *Discurso pronunciado el 18 de marzo de 1937, al concluir su segundo período como Decano. Se publicó originalmente en La Revista del Foro, Lima, enero-marzo de 1937, p. 1-20. Ha sido insertado en el tomo X de sus obras completas, o., c., pp. 327-361.*

7. *Este trabajo, Recht des Besitzes, era el primero de Savigny. Fue escrito cuando el jurista de Frankfurt tenía 24 años. Un exhaustivo, aunque incompleto análisis de su obra puede encontrarse en el número 9 de la revista Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno, 1980. Un análisis del desarrollo del pensamiento savigniano sobre el derecho de propiedad es el de Massimo Brutti, L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny, en los números 5 y 6 de la revista citada, (1976-1977), t. I, pp. 41-103. Un infatigable interés por su producción teórica en la ya centenaria revista alemana que lleva su nombre, Zeitschrift der*

Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung.

8. Riva-Agüero, Fundamento de los interdictos posesorios, en *Obras Completas, o., c., p. 70.*

9. *Ibid*, pp. 76-77.

10. *Una visión sintética de su teoría posesoria formulada por el mismo Ihering, en Tres estudios jurídicos. Del interés en los contratos, la posesión y la lucha por el Derecho, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pp. 89-160.*

11. Riva-Agüero se extiende en estas críticas, Fundamento de los interdictos posesorios, o., c., pp. 80-84.

12. *Es pertinente recordar el famoso pasaje de Juliano: "...Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron recibidas por el juicio del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con el sufragio, o con las mismas cosas y con los hechos?. Por lo cual también está muy correctamente recibido que las leyes se deroguen no solo por el sufragio del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso" (Digesto, 1, 3, 32, pr. 2), El Digesto de Justiniano, Libro I, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 66-69.*

13. *En el artículo VI del Título Preliminar de dicho Código, se lee: "Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso". El texto traduce fielmente una corriente que asigna al Estado el monopolio de la producción jurídica.*

14. *La cita ha sido extraída de su tesis con la que optó el grado de Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de San Marcos, publicada en la Librería Francesa de E. Rosay, Concepto del Derecho. Ensayo de Filosofía Jurídica, Lima, 1912. Ha sido incluida en el tomo X (Ensayos Jurídicos y Filosóficos), de sus Obras Completas, o., c., pp. 99-162, p. 155.*

15. *Ibid*, p. 156.

16. *Ibid*.

17. *Ibid*, pp. 114-115.

18. *Ibid*, p. 156.

19. *Prólogo al tomo X, Ensayos jurídicos y filosóficos: "De allí que, al cabo de más de dos décadas, reconociera sus errores con franqueza y honestidad. Atento siempre a las nuevas experiencias del pensamiento, atenuada y desvanecida la influencia positivista, bajo la influencia de Tarde y de Durkheim entre los sociólogos, de la filosofía de Fouillé, Guay y Boutrouy, posteriormente de las ideas de Bergson, expuestas por Iberico en forma brillante en nuestro medio, de la corriente neokantiana restauradora de la Filosofía del Derecho, emprendió nuevos caminos". (Alzamora Váldez, pp. XXIII-XXIV).*

20. *Es particularmente emblemático el discurso en el Colegio de la Recoleta (1932), pp. 181-187.*

21. *Corresponde al memorable discurso El Derecho en el Perú (1935). Figura en el tomo X de sus Obras Completas, pp. 257-258.*
22. *Riva-Agüero, El Concepto del Derecho. Obras Completas, t. X, o., c., p. 137.*
23. *F. C. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.*
24. *Riva-Agüero, Obras Completas, Ensayos Jurídicos y Filósoficos, t. X, o., c., pp. 189-199.*
25. *Esta división subsiste hasta hoy, tanto así que existen dos publicaciones periódicas. La romanista citada en la nota 7 y la germanista bajo el título de Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung. Surgió una tercera dedicada a los estudios de Derecho Canónico, la Kanonistische Abteilung.*
26. *"Nadie ha de negar que la contigüedad en el mismo continente americano, y la extremada influencia en todo él de los EE.UU., tan poderosos, nos imponen especiales vínculos y obligaciones; pero, según los voceros de la Argentina lo han recordado con loable franqueza, las raíces vitales de nuestros países ibero-americanos están en los europeos, sobre todo en los maternos, España y Portugal, respectivamente. Después, tenemos infrangibles lazos étnicos o de cultura tradicional o duradera, que nos unen con Italia y Francia..." (Panamericanismo, Conferencia en Tokio, 18 de diciembre de 1938, Archivo Riva-Agüero, Cuaderno 196).*
27. *En la Declaración de Principios se lee "Rechazamos el sistema de jurados, que la experiencia en el mundo latino ha desautorizado, y que las circunstancias de nuestro país hacen con toda evidencia particularmente inaplicable". Declaración de principios del Partido Nacional Democrático, p. 13.*
28. *Riva-Agüero, El Derecho en el Perú, en el tomo X de sus Obras Completas, p. 259.*
29. *Ibid, pp. 259-260.*
30. *Riva Agüero, en un reportaje realizado por Carlos Pareja Paz Soldán, se confiesa un lector voraz de Andrés Bello desde sus años de infancia. (Reportaje hecho por Carlos Pareja Paz Soldán, aparecido en el Boletín Escolar Recoletano, agosto, setiembre de 1930, Nros. 35-36, pp. 5-9; repetido en el mismo Boletín en 1943, Nro. 102, p. 8-12, Archivo Histórico Riva Agüero). (Ha sido incluido también en la tesis de Luis García-Corochano Moyano, para optar el título de Abogado: El Estado en el pensamiento de José de la Riva-Agüero y Osma, Universidad de Lima, mayo 1994.*
31. *Ibid, p. 260.*
32. *Mario Bretone, Diritto e tempo nella tradizione europea, Laterza, Bari, 1994, especialmente los capítulos III (Savigny e la tradizione giuridica) y IV (La ricerca del "tempo classico"), pp. 63-105.*
33. *Luis Alberto Sánchez, en Nueva Corónica, Año I, Lima, 1963). carta de 28 de junio de 1929.*

34. *El Derecho en el Perú, o., c., pp. 266-267.*

35. *Es interesante observar que Riva-Agüero argumenta en sus escritos jurídicos citando a autores y legislaciones antiguas. Desfilan el Digesto, las Siete Partidas, los glosadores y hasta el Fuero Juzgo. Escasean, en cambio, las referencias a autores modernos como los exégetas franceses. Por el contrario, se recordará que sus críticas contra la teoría de la "presunción de la propiedad" era, justamente, defendida por éstos.*

36. *Thibaut y Savigny. La codificación, Aguilar, Madrid, 1970, pp. 1-169. Allí se encuentra el famoso folleto de Savigny, el Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechts-wissenschaft ("De la vocación de nuestra época por la legislación y la ciencia del Derecho").*

37. *Discurso memoria, Obras completas, t. X, o., c., p. 328.*

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

40. *Ibid, p. 329.*

41. *Según Olaechea, el divorcio era el "tema dilecto de este gran católico" (Olaechea, o., c., p. 155).*

*Prefirió renunciar al cargo de ministro de Instrucción, Justicia, Culto y Beneficencia y a la Presidencia del Consejo de Ministro, antes que firmar la ley que autorizaba el divorcio por mutuo disenso. Permaneció en dicho cargo desde el 25 de octubre de 1933 hasta el 9 de mayo de 1934. La manzana de la discordia fue la ley 7893 que introdujo el divorcio por mutuo disenso.*

*La repulsa furibunda hacia esa flamante institución se percibe de la lectura de la nota de renuncia al ministerio. En ella se lee: "Es de tal manera grave la instauración de un régimen de disolución familiar que trascenderá a lo más hondo y esencial del porvenir peruano, deshaciendo el propio núcleo de la vida social; vulnera hasta tal punto este sistema de anarquía doméstica mis convicciones religiosas, morales y políticas; y entraña, para quien no carezca de cierta previsión, tal cúmulo de gérmenes de indisciplina, desautoridad y caótico desenfreno, que protesto en la única forma que me es posible, formulando inmediata e irrevocable renuncia de mi cargo" (Obras Completas, Escritos Políticos, t. XI, pp. 179-180).*

*Riva-Agüero llegaba a proponer la conformación de un partido confesional para que luche por el destierro del divorcio de la ley peruana y para "reentronizar a Cristo Rey en las leyes, en las escuelas y en los hogares" (Reportaje del periodista chileno Gustavo Loyola, Obras Completas, Escritos Políticos, t. XI, p. 186).*

*Parece, sin embargo, que la hostilidad contra el divorcio fomentada por Riva-Agüero y por otros sectores católicos no fue en balde, pues, todo indica que dió pie a una especie de retroceso del gobierno, que confió a Manuel Augusto Olaechea la confección de una ley reglamentaria, la misma que, finalmente, llegó a formar parte del Código, estableciendo una serie de dificultades de orden procesal que hacían sumamente difícil la obtención de una sentencia favorable (Olaechea, o., c., pp. 155-156).*

42. *Las vicisitudes de la ley han sido narradas por Gonzalo Herrera, Apreciaciones sobre la ley de matrimonio civil y divorcio observada por el Gobierno, Lima, Imp. La Tradición, 1921.*

*La posición de los codificadores (Oleachea, Calle, Oliveira y Solf y Muro) fue tan adversa, tanto que el gobierno en la ley 8305 que autorizaba la promulgación, ordenó mantener inalterables las disposiciones sobre el matrimonio civil obligatorio y sobre el divorcio. Por eso se ha dicho que su introducción en el ordenamiento positivo peruano fue obra de políticos más que de juristas.*

43. *Savigny en el Beruf asume una radical actitud frente a las normas estatales, dañosas por íntima "vocación" para el natural desarrollo de las relaciones jurídicas. En el fondo, buscaba aislar la totalidad de la evolución jurídica de la colectividad de la posible -y negativa- incidencia de los actos del Estado. Contraponía el Derecho-institución, custodiado por la "conciencia popular" y descubierto por la ciencia jurídica, al Derecho-instrumento, adoptado por el poder político. Esta perspectiva, contraria a la legislación y a la potestad legislativa, se iría atenuando (los peligros que entrañaba la revolución francesa ya habían desaparecido), en su System des heutigen römischen Recht -Sistema de Derecho Romano actual- (1840), desde entonces las leyes del Estado devienen objeto de conocimiento dogmático, a la par que otras formas de expresión jurídica. En torno a este tránsito, del Beruf al System, vid. Maurizio Fioravanti, "Savigny e la Scienza di Diritto Pubblico del Diciannovesimo Secolo", Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Nro. 9, 1980, pp. 319-338) y Aldo Schiavone, "Los orígenes del Derecho burgués. Hegel contra Savigny", Editorial Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986.*