

PÉREZ SIMEÓN, Maurici, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano* (Marcial Pons, Barcelona), 2001, 450 pp.

Es raro encontrar una *opera prima* entre los actuales investigadores españoles una que reúna al mismo tiempo la calidad e interés que reviste esta particular publicación del joven profesor de la Universidad Pompeu Fabra Dr. Maurici Pérez Simeón.

Tomé contacto con esta obra poco después de haber sido defendida como tesis doctoral y calificada con *cum laude*, mientras dicha obra postulaba al Premio Boulvert, el más prestigioso de Europa en materia de Derecho Romano para investigadores jóvenes, que naturalmente ganó. En esa época, mi maestro Juan Miquel González me entregó el manuscrito de la misma a fin que la tomara como modelo para realizar mi propia tesis.

Ya en un primer momento llamó mi atención su rigurosidad y buen estilo, constituyendo un aporte para mi propio trabajo.

El tema que trata consiste en una particularidad del sistema sucesorio romano consistente en el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, es decir, que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado. Este principio, abandonado por la mayor parte de las legislaciones modernas y solo vigente en lugares específicos como son Cataluña, Andorra y Baleares, se opone a nuestro principio nacional de sucesión en parte testada y en parte intestada. Sin embargo, es uno de los ejes fundamentales del Derecho Sucesorio Romano hasta la época justinianea.

Este principio, misterioso para la doctrina posterior, ha constituido un enigma para los intérpretes occidentales prácticamente desde que los primeros glosadores se encargaron del estudio del *Corpus Iuris*.

La obra comienza con un problema de orígenes, intentando establecer la época en que el principio debió quedar establecido dentro del Derecho Romano. Este es, indudablemente, el más arriesgado e interesante de los puntos tratados en el trabajo. El autor comienza explorando el ámbito de aplicación del antiguo testamento comicial y su alcance estableciendo una utilización del mismo más bien restringida, a saber, solo para aquellas personas que no tienen *sui* con

la finalidad de nombrar un solo *heres* y sin la posibilidad de establecer legados.

Hecho, el autor estudia el surgimiento de la *mancipatio familiae* y su subproducto el testamento mancipatorio. Es en esta figura donde ubica el nacimiento del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, especialmente para el caso de faltar alguno de los *heres* instituidos.

En su opinión, la jurisprudencia pontifical habría establecido el principio a imitación de lo que ocurría en la sucesión intestada planteada en las XII Tablas, donde cada uno de los órdenes de sucesión (*sui, agnati, gentiles*) se suceden al no ser aplicables; es decir, en caso de no existir ningún *sui* que herede, la herencia pasa a los agnados, y solo cuando las personas que ocupan la posición de agnados próximos no pueden o quieren heredar, la herencia pasará a los gentiles.

Si solo uno de los *sui*, por ejemplo, no puede suceder, entonces la herencia acrecerá a los demás, mas mientras subsista al menos uno de los *sui* que pueda y quiera heredar, no se pasará al orden siguiente.

Siempre según el autor, de la misma manera, cuando alguna de las personas instituidas herederas en el testamento no pudiese o no quisiese heredar y el causante no hubiese establecido sustitutos, se produciría la vacancia de una de las cuotas. En este caso, la jurisprudencia pontifical habría optado por acrecer las cuotas de los demás herederos instituidos a imitación de lo que ocurría con la sucesión *ab intestato*.

Esta solución original de alcance más bien restringido se habría convertido en un principio y su aplicación se habría extendido a otros casos según la jurisprudencia la fue desarrollando con el transcurso de los siglos. Para finalizar, el nacimiento del principio lo ubica el autor en el Período Arcaico, esto es, entre los siglos IV y II a. C. sin ulteriores precisiones.

Como todo problema de orígenes, la hipótesis planteada resulta difícil de confirmar con rotundidad, pero se debe aceptar que los argumentos esgrimidos son convincentes y sumamente probables.

Desde mi punto de vista, como estudioso también de los orígenes del sistema familiar romano, la cuestión presenta, además de un aspecto jurídico, un aspecto económico que debe ser tomado en cuenta. En principio, el sistema sucesorio establecido en las XII Tablas tiene como finalidad mantener la unidad del *Einzelhof* hereditario perteneciente al causante¹, por lo que parece natural que en la disyuntiva de optar o por un sistema de sucesión parte testada y parte intestada, o por un sistema de acrecimiento entre los instituidos en un testamento, la jurisprudencia pontifical haya seguido el segundo camino, toda vez que dispersa en menor medida los bienes del causante.

Luego de examinar el problema de orígenes, la obra se centra en la dogmática propiamente tal, tratando la evolución que el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus* experimentó en el desarrollo jurídico romano.

Así, el segundo capítulo intenta explicar las oscuras relaciones que tal principio tuvo con la *lex Papia Poppaea*. Verdaderamente la labor es sumamente compleja, sobre todo porque nuestro conocimiento de las leyes caducarias es bastante imperfecto, debido principalmente, a la supresión que Justiniano hizo de ellas. Muchas veces hay interpolaciones en los fragmentos atingentes o supresiones que no permiten comprender a cabalidad los razonamientos expuestos por los juristas clásicos.

En estos tormentosos mares el autor se mueve con gran pericia y sortea con éxito las dificultades que le salen al camino para concluir que a pesar de las modificaciones al régimen general de acrecimiento que la *lex Papia* supone, en definitiva, el principio se mantiene incólume.

El capítulo tercero está dedicado a la institución de heredero en cosa cierta, un problema seguramente tardorrepublicano, toda vez que será desde el siglo I a. C en adelante que los juristas intentarán salvar dicha institución testa-

mentaria y apreciarán su contraposición con el principio *nemo pro parte* (p. 152).

Como bien señala el autor (p. 205), la institución de heredero en cosa cierta es una proposición contradictoria, toda vez que ataca el concepto mismo de heredero el que lo sea exclusivamente para una cosa determinada. En este sentido la jurisprudencia intentó un expediente sanatorio para tal institución a través de la ficción de tenerse por no escrita la mención a la cosa cierta.

La discusión se torna particularmente interesante al debatirse el fundamento de la misma, como también el alcance que tuvieron las sucesivas modificaciones que sufrió el sistema, cuestiones que claramente rebasan lo que puede expresarse en estas pocas líneas. En todo caso, la conclusión a la que llega el autor sobre los marcos dentro de los cuales se mueve la jurisprudencia merece reflexión (p. 208-9). En efecto, el jurista, a diferencia del poder público, no puede negar en bloque el conjunto de reglas tradicionales heredadas del *ius civile*, no obstante ser estas inicuas e incompatibles con la finalidad buscada, a saber, el respeto a la voluntad del testador. El poder público podrá derogar en todo o en parte el Derecho Tradicional, aunque en general será remiso a hacerlo por el prestigio que el mismo tiene, al ser el producto del saber acumulado de centurias. El jurista, en cambio, dentro de su labor creativa, intentará adaptar las reglas antiguas, e incluso creará soluciones nuevas, pero sin alterar el sistema general heredado. Lo anterior es consecuencia de que su propia *auctoritas* se basa en la obra de los *veteres*, en una tradición científica continua de la cual él es un representante más, el último, es cierto, pero no el definitivo. Y es que el saber es un proceso continuo, donde cada nuevo investigador se apoya en los esfuerzos de sus precedentes.

El capítulo cuarto lo dedica el autor al testamento militar, y especialmente a la compati-

¹ Sobre la función económica de la familia agnaticia romana véanse FRANCIOSI, Genaro, "Famiglia e persone in Roma antica", *Giapichelli Editore, Torino*, 1992, pp.23 y ss.; KASER, Max, "La famiglia romana arcaica", *Conferenze Romanistiche, Dott. A. Giuffrè, Milano*, 1960, pp. 62 y ss.; PUGLIESE, Giovanni, "Aperçu historique de la famille romaine", *Scritti Giuridici Scelti, Jovene Editore, Napoli*, 1985, v III, pp.11 y ss.; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, "Le genti e le città", *Messina*, 1914; PASCUALE VOCI, "Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica", *Studi in onore di Arangio-Ruiz, Jovene Editore, Napoli*, 1953, v. I, pp. 101 y ss.

bilidad que existe para tal caso entre la sucesión testada e intestada, a semejanza de la mayoría de los ordenamientos modernos. Este es un punto interesante de la obra, que nos muestra el vigor creativo de la jurisprudencia clásica toda vez que el *ius antiquum* no constituye un obstáculo a su labor, estableciendo un nuevo principio más flexible que aquel contemplado en el Derecho Tradicional y más compatible con la voluntad del testador.

En cuanto los capítulos quinto y sexto, se refieren al problema de preterición de un *sui* y a la evolución desde la obligación de instituir o desheredar hasta la *querela inofficiosi testamenti*. Aquí se manifiesta un debilitamiento parcial del principio, toda vez que los herederos forzosos son, a su vez, herederos *ab intestato*, de manera que se producirá junto con la sucesión testamentaria una apertura parcial de la sucesión intestada para reintegrar al patrimonio del heredero preterido o injustamente desheredado aquella parte de la herencia de la que se vio injustamente privado. El problema es delicado y se ha debatido desde el tiempo de los glosadores. Incluso hoy la hipercrítica ha tendido a declarar interpolados todos los fragmentos que hacen referencia a esta situación². Luego de un detallado análisis de los fragmentos con que contamos, el autor concluye que la jurisprudencia habría decidido no extender la aplicación de la regla *nemo pro parte* principalmente por constituir los casos en cuestión materias nuevas que no estaban directamente relacionadas con las situaciones para las cuales se elaboró el principio en la Época Arcaica. Su argumentación es bastante sutil y nuevamente mueve a reflexiones sobre el papel que el jurista juega en la esfera

jurídica romana. Al cambiar la sensibilidad social respecto a una situación jurídica, el jurisprudente no deroga el principio tradicional construido sobre la *autoritas* de generaciones de pensadores anteriores, sino más bien evita su aplicación a materias concretas para las cuales el principio no había sido diseñado. Su actividad es distinta, por ejemplo, a la del pretor, que puede directamente “corregir”³ el Derecho Tradicional a través de su imperio, esto es, contravenirlo. Y es que la órbita de actuación de los entes creadores del Derecho es distinta ya que su legitimidad es diferente. El jurista vale tanto por su propio peso científico como por el de sus antecesores, es decir, por el prestigio que la ciencia del Derecho tenga en su conjunto, mientras que el pretor se mueve en la órbita del *imperium*, donde el Derecho Tradicional no es verdaderamente relevante.

El capítulo final, relativo a la utilización del principio *nemo pro parte* en la retórica y la jurisprudencia es uno de los más interesantes de la obra. Aquí se aprecia el proceso de inducción a partir de casos hasta la elaboración de una regla general, cuestión que tomó siglos de meditación científica. Este acápite presenta interés no solo para los estudiosos del Derecho Romano, sino también para los interesados en las reglas de la lógica o la filología.

En fin, concluimos esta reseña destacando el mérito e interés de la obra en comento, la que sin duda generará debate al interior de esta disciplina tan antigua y compleja.

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ
Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Chile

² Ad. ex. SOLAZZI, SIRO, “Diritto ereditario romano”, *Nápoles*, 1932, vol. I, pp. 229 y ss.

³ Dig. 1.1.7.1.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*. (México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México), 2002, 245 págs.

Permítaseme comenzar estas notas relatando un episodio absolutamente cierto. Una joven estudiante de Derecho, muy aplicada y responsable, abocada al conocimiento del Código Civil, estaba sorprendida y admirada de la inteligencia de Vélez Sarsfield: no lograba explicarse cómo pudo haber inventado la compraventa. Desde luego, esta niña era una profunda conocedora del Código Civil de su país, pero las falencias de otro orden saltaban a la vista. Pienso que entre nosotros es alta la probabilidad de que el episodio se reitere, con tan solo cambios de personajes: no me extrañaría que algún alumno encuentre genial a Andrés Bello por inventar la persona jurídica.

Por ello es que me animo a difundir de algún modo el libro de Jorge Magallón, profesor emérito de Derecho Civil en la Universidad Nacional Autónoma de México –y dicho sea de paso, autor de unas *Instituciones de Derecho Civil* de nueve volúmenes–, quien, con gran erudición, contribuye al estudio de un periodo clave en la formación del derecho occidental. En efecto, el medioevo del derecho –usando la denominación de Calasso– dio luz a múltiples categorías jurídicas con plena vigencia hoy en día, sentó las bases del derecho común, fue uno de los pilares para la formación de los estados nacionales, y con ello dio pie al proceso de codificación, del que aún somos directos tributarios. El Derecho de juristas y profesores tuvo en la Edad Media un momento cumbre.

El libro está estructurado en cuatro capítulos: la caída de Roma y de Constantinopla; la Edad Media; la fundación de las universidades y la Universidad de Bolonia. Los dos primeros son más bien de carácter puramente histórico, y sirven para contextualizar temporal y físicamente el fascinante proceso de mutación jurídica del que dan cuenta los dos capítulos posteriores. Así, el autor prepara de manera adecuada el escenario para la aparición de los personajes principales de este episodio: Irnerio, sus alumnos Búlgaro, Martino, Ugo, Jacobo (cuatro doctores); Ugolino, Azzone, Acursio, y por supuesto Bártolo y su discípulo Baldo. El autor no oculta su deseo de que estos nombres tengan mayor importan-

cia para los estudiantes de Derecho hoy en día.

El libro cuenta con un prólogo, a cargo de Rolando Tamayo y Salmorán, más extenso de lo habitual, que por sí mismo constituye un estudio compendiado de la jurisprudencia medieval. El capítulo Primero, referido a la caída de Roma y de Constantinopla, aborda con detalle las crisis internas, las luchas por el poder político y militar, la presencia de los pueblos germánicos, las dinastías bizantinas y el surgimiento del Islam. Da cuenta de la complejidad de este periodo, que lo torna especialmente rico por el sincretismo cultural que va gestando. De este modo, configura el marco para el tratamiento de la Edad Media, temática que sitúa en el capítulo segundo. En esta apartado, destaco los acápites referidos a lo que el autor denomina “la petrificación del Derecho”, expresión crítica de la labor compiladora de Justiniano, y “el fenómeno del dualismo jurídico”, es decir la confluencia de dos estatutos normativos distintos: territorialidad y personalidad, fenómeno que no puede dejar de vincularse con la actual integración jurídica europea.

La fundación de las universidades es el tema que ocupa al autor en el capítulo siguiente, el más corto de la monografía, que sirve tan solo de introductorio para la parte más extensa del libro: la Universidad de Bolonia (Cap. IV). En este apartado trata el autor sobre los precursores de la generación de los glosadores, la actividad doctrinal de esta escuela, la conjunción de la Ética con el Derecho, el carácter a ratos literario de este último, para luego detallar los méritos de cada uno de los juristas más destacados del periodo, con énfasis en Irnerio, Bártolo y Baldo. Un punto muy controvertido, sobre el que el autor toma posición, es respecto de la mayor antigüedad de las Escuelas de Derecho de Roma, Pavía y Ravena, en relación a Bolonia.

Sobre Bártolo, el autor hace una semblanza que retrata a uno de los grandes juristas de Occidente. Podemos encontrar en este libro su biografía, su producción bibliográfica, y un ensayo sobre los influjos que recibió y las influencias que él mismo ejerció. Se lamenta el autor del escaso atractivo que para los alumnos tie-

ne el cénit de los Comentadores. Valga, pues, recordar que el lamento proviene de un laureado profesor de Derecho Civil.

No está de más insistir en la importancia del estudio del derecho medieval. En efecto, a más de algún profesor de Derecho Civil le habrá llamado la atención la siguiente práctica, común entre tesisistas: abordar los problemas con un capítulo primero de carácter histórico, que contiene dos acápites, uno sobre la cuestión en Derecho Romano, y el otro sobre la misma en el *Code*. Es decir, para estos alumnos entre un período y otro, en el mundo del Derecho nada ha pasado. En la formación de tales estudiantes hay, a lo menos, mil trescientos años de vacío. La bibliografía europea en esta materia es vasta (tan solo rememoro cuatro textos de obligada referencia: Calasso, Francesco, *Medioevo del diritto*, Milán, Giuffrè, 1954; Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996; Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, Murcia, Fundación Cultural del Notariado, 1996; Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957). En la bibliografía nacional, destaco el libro de Alejandro Guzmán *La fijación del Derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, Universitarias de Valparaíso, 1977). Podemos incluir, ahora, el título materia de esta reseña, que contribuye a suplir el vacío denunciado.

El vacío denunciado no es casual. Los estudios clásicos sufrieron primero el embate del positivismo legalista. Pero ahora se añade una corriente vulgarizadora del Derecho, con aires modernistas, que está peligrosamente irrumpiendo con fuerza en nuestro entorno jurídico y académico. El Derecho Romano clásico y medieval se tornan materias prescindibles, a lo más optativas para estudiantes con curiosidad histórica. Flaco favor le haremos a nuestros alumnos si nos sumamos, aunque sea por omisión, a esta moda.

El mismo Andrés Bello abogaba con fuerza por el estudio riguroso y sistemático del Derecho Romano. Quienquiera saber Derecho Civil, debe saber Derecho Romano. Por ventura, en nuestro medio hay grandes cultores de esta disciplina: los nombres de Francisco Samper y Alejandro Guzmán descuellan por su lucidez y brillo intelectual.

De igual modo, María de los Ángeles Soza y Javier Barrientos –aunque este último desde la palestra de la Historia del Derecho– auguran un fecundo desarrollo de esta rama jurídica. No es casual que sean estos cultores quienes ofrezcan respuestas a problemas dogmáticos de Derecho Civil. Así, por ejemplo el estudio de la tradición y del derecho real de herencia se ha visto enriquecido con recientes trabajos de romanistas e historiadores (*v. gr.* Barrientos Grandón, Javier, “De la ‘tradición’ y su definición en el Código Civil chileno. A propósito del artículo 670”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, dic. 2003 N° 1, pp. 11-108; Soza Ried, María de los Ángeles, “La cesión del ‘derecho real’ de herencia y de una cuota hereditaria”, en *Revista de Derecho* (U. Austral de Chile) v. XVII dic. 2004, pp. 91-111; Soza Ried, María de los Ángeles, “La naturaleza jurídica de la tradición: ¿Acto o hecho jurídico?”, en *Revista Chilena de Derecho*, v. 30 (2003) N° 2, pp. 287-305).

Todavía más, quienquiera comprender a cabalidad los complejos procesos de integración que se verifican en el mundo contemporáneo, solo podrá hacerlo si conoce las bases que se establecieron en el Derecho Común, con sus antecedentes en la época que el libro reseñado estudia. En efecto, la Europa del siglo XXI tiene sus antecedentes directos en la Europa medieval, y el actual proceso de recodificación europea guarda asombrosas similitudes con el tránsito pausado desde el Derecho Común hacia la Codificación. De igual modo, la regulación contemporánea del comercio internacional y su sistema de fuentes presenta una estrecha conexión con el derecho de hace cinco siglos.

He esbozado, pues, algunas de las razones “prácticas” de la conveniencia de conocer el desarrollo del derecho de juristas que se verificó en el medioevo. Para tales efectos, la lectura del libro del profesor Magallón resulta muy aconsejable, incluso como texto introductorio para los alumnos que inician sus estudios jurídicos. En ese entendido, los capítulos III y IV pueden ser especialmente útiles, puesto que desarrollan la biografía y los aportes específicos de los grandes juristas ya mencionados, y muy especialmente de Bártolo y Baldo.

Ricca-Barberis enseñaba la importancia de seguir “el gran río de la tradición”. *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*

puede ser una útil herramienta para que entre nuestros alumnos surja la sana curiosidad intelectual por el derecho medieval, y por ende, sobre un jurista del cual otrora se decía sin controversia: *nemo jurista sit bartolista*. En palabras de su discípulo, Baldo de Ubaldi, *qui vult scire consequentes, debet primo scire antecedentes*: Quienquiera conocer los consecuentes, debe co-

nocer primero los antecedentes (*Comm. In Dig. Veteris*, 1.1.1).

IAN HENRÍQUEZ HERRERA
Prof. de Derecho Civil
Universidad Católica de Temuco
Prof. de Responsabilidad Civil
Universidad de los Andes

BENDERSKY, Joseph W., *Carl Schmitt Theorist for the Reich* (Princeton, Princeton University Press, 1983) 336 pp.

SCHMITT, Carl, *On the Three Types of Juristic Thought (Contributions in Political Science)* (Praeger Publishers, 2004) 136 pp. Traducc. e Introducc. ("*The Three Types of Juristic Thought in German Historical and Intellectual Context*") de Joseph W. BENDERSKY.

Hoy existe una abundante producción bibliográfica en torno a la figura y obra de Carl Schmitt y la gran mayoría de sus obras son permanentemente reeditadas en el idioma original; y aún más, existe una constante traducción de ellas a muchos idiomas, traducciones que igualmente son reeditadas constantemente. En 1989 Bendersky escribió una completa biografía de Carl Schmitt, aún no traducida al castellano, de la cual quisiera dar noticia. Esta biografía tiene una traducción italiana de Maurizio Ghelardi, *Carl Schmitt teórico del Reich* (Bologna, Il Mulino, 1989) 369 pp., que contiene una breve introducción, de Ghelardi, con una breve nota bibliográfica (pp. 7-19).

Y realizo esta divulgación, además, con ocasión de la traducción al inglés, por el propio Bendersky, de una de las obras más originales de Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* [Sobre los tres tipos de pensamiento jurídico] (1934) (reed. Duncker & Humblot, 1993). La verdad es que la traducción de esta obra de Schmitt se viene a sumar a las realizadas anteriormente a los idiomas occidentales, pues está traducida al italiano [Schmitt, Carl, *I tre tipi di scienza giuridica* (Torino, Giapichelli, 2002) 110 pp.], al francés [Schmitt, Carl, *Les trois types de pensée juridique* (París, Presses Universitaires de France, 1995) 115 pp., con una amplia presentación de Dominique Ségla] y al castellano [Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (Madrid, Tecnos, 1996) 77 pp., con un estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero].

Existen, además, muchas otras biografías de Schmitt, en diversos idiomas, incluso algunas recientes, que no han sido traducidas al castellano (vid.: Cumin, David, *Carl Schmitt : Biographie politique et intellectuelle* (Cerf 2005) 244 pp.; Muller, Jan-Werner, *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought* (Yale University Press, 2003) 304 pp.; y la de Noack, Paul,

Carl Schmitt, eine Biographie (Berlín, Verlag Ullstein, 1a. ed.1993; 2a. ed. 2002) 360 pp.).

La obra de Bendersky es particularmente interesante, desde el prefacio, del cual ofrezco algunos extractos (pp. 23-26). La vida de Carl Schmitt fue caracterizada por la importancia y por la controversia; su carrera, alumbrada culturalmente de significativos resultados y de reconocimientos, fue brillante, aunque opacada por la crisis política y personal. En los años 20 fue una de las personalidades más influyente y uno de los teóricos del derecho y de la política más leídos durante la república de Weimar, y sus escritos de este período representan un punto decisivo de referencia en el debate intelectual y político concerniente a la vigencia en Alemania de un régimen democrático.

Ningún estudiante durante la república de Weimar era ignorante de su labor sobre la crisis del liberalismo y del gobierno parlamentario, sobre su teoría de la dictadura constitucional o sobre su interpretación del poder de emergencia del presidente sobre la base del art. 48 de la Constitución (p. 23).

Schmitt y sus ideas asumieron un particular significado, y dieron la justificación teórica y jurídica al sistema presidencial que gobernó a Alemania entre 1930 y 1933 a través de decretos de emergencia (p. 23).

Por su apoyo activo al gobierno presidencial, por su compromiso evidente durante la primera fase del régimen hitleriano, y por su fama de *Kronjurist* del Tercer Reich, Schmitt ha sido objeto por muchos decenios de innumerables e importantes debates (p. 24).

Como ha dicho el historiador Heinrich Muth[1971]: "*él es uno de los pocos teóricos del siglo XX de indiscutido valor, pero sin dudas es también el más controvertido*" (pp. 24). Ha sido parangonado junto a pensadores de la estatura de Hobbes, Maquiavelo y Max Weber. Carl Schmitt es considerado por todos como un hombre de

una brillante inteligencia, que ha dejado su huella en el mundo contemporáneo por sus ideas originales y por su incisivo análisis (p. 24).

Ha sido definido sin embargo como un fascista, un nihilista o un oportunista. La controversia sobre este enigmático jurista ha desatado un interés particular, una enorme literatura no solo en Alemania, sino también de estudiosos ingleses, italianos, japoneses y americanos (EE.UU.). (p. 24).

Recalca que uno de los aspectos más curiosos de esta literatura enorme es que ningún autor ha intentado hacer un examen sistemático de su vida y de su actividad política, no obstante que existe un fundamental vínculo entre sus ideas y varios eventos políticos de los cuales él fue testigo (p. 24).

Recalca el autor que su trabajo de investigación es sobre las ideas políticas de Carl Schmitt (p. 25); que ha deseado encuadrar lo más objetivamente posible las ideas y la personalidad de Carl Schmitt, intentando no caer en la agiografía o en la descalificación (p. 25); y que ha intentado valorar lo más independientemente posible las fuentes, dada la natural controversia existente sobre él. En fin, señala que dado que el compromiso de Schmitt con el régimen hitleriano ha oscurecido otros aspectos de la vida y de su obra, ha tratado de seguir una advertencia de Wilfried von Bredow: “la obra de Schmitt es tan inteligente e importante que no puede ser dejada en las solas manos de los apologistas y de los denigradores” (p. 26) [1978].

Divide la obra en las cuatro etapas siguientes:

- 1ª parte: los inicios (1888-1921) (pp. 29-68)
- 2ª parte: los años de Bonn (1922-1928) (pp. 71-136)
- 3ª parte: los años de Weimar (1929-1933) (pp. 139-229)
- 4ª parte: la experiencia nazi (1933-1947) (pp. 233-317)

1. Luego de describir, los primeros años de vida, y estudios, hace alusión al enfrentamiento de ideas con Kelsen, quien en 1922 había publicado un trabajo postulando la teoría de la “pura doctrina del derecho”, en que afirmaba que la ciencia del derecho era normativismo y

que el sistema jurídico entero depende de una norma básica y unificante que representa la esencia de una constitución (p. 65). Carl Schmitt en contra señala que Kelsen olvida completamente la realidad del cambio político y sociológico [en *Teología Política*].

Los normativistas, subrayaba, se olvidan de ocuparse del problema crucial del caso de excepción, que su definición no se puede vincular a ninguna norma. Carl Schmitt ya tenía en mente el “estado de excepción” (p. 65). “No existe ninguna norma que pueda ser aplicable al caos” (Carl Schmitt, *Teología Política*). El problema crucial es “¿Quién decide?” ¿Quién decide cuando existe estado de excepción? Carl Schmitt dice que es la decisión (*Entscheidung*), y no la norma constituye el factor determinante; al inicio de su *Teología Política* escribe. “Soberano es quien decide el estado de excepción” (p. 66).

2. De su etapa de profesor en Bonn (época en que se anula su primer matrimonio, y se casa por segunda vez) entrega el A. algunos detalles: su fama, su genio, su forma de ser. Pasó a ser un jurista muy respetado y citado.

3. Los años de Weimar. En esta época escribió “*Legalidad y Legitimidad*”. Forma parte del equipo del Reich en un famoso juicio relativo al art. 48 de la Constitución de Weimar. Sus opositores, en el juicio, le enrostran su “*Legalidad y Legitimidad*”, para afirmar que él mismo, en sus doctrinas, propugnaba que el nazismo no podía llegar a conquistar el poder; pero que ahora se presentaba, defendiendo esa posibilidad. Carl Schmitt replicó que se le citaba de manera parcial en sus teorías. [Proceso de Prusia contra el Reich (1932)]

Desarrolla ampliamente el autor la participación de Schmitt en el proceso “*Preussen contra Reich*”, cómo su participación fue un triunfo personal y profesional, pues sus ideas y escritos, sobre todo “*Legalidad y Legitimidad*”, estuvieron en el centro de la discusión.

A fines de 1932 Schmitt fue aceptado como profesor en Colonia, y a pesar de varias insistencias (entre otras, del propio Kelsen), decidió quedarse en Berlín: pensando en una promoción futura (ahora que el presidente del Reich había formado el poder).

4. Luego del decreto de conferimiento de los plenos poderes (24 de marzo de 1933), Hitler adquiere la dictadura absoluta. Carl Schmitt apoya este hecho de inmediato con un artículo en una revista jurídica. En un primer momento era poco probable que Carl Schmitt tuviese un rol cualquiera bajo el régimen hitleriano, dada su colaboración con la “cricca” de Schlicher (anterior presidente/canciller?), y su precedente oposición al nacionalsocialismo y su ausencia de contacto con este partido. Era un “outsider” (p. 237).

Carl Schmitt, en marzo de 1933, pensaba irse a Colonia, pero el 31 de marzo de 1933 Popen lo llamó a colaborar con el Tercer Reich. Él acepta, y comienza a colaborar en la redacción de anteproyectos de ley para posibilitar la toma del poder total por el nazismo. No obstante su colaboración, que él pensaba que lo hacía hacia la “autoridad legalmente constituida” (p. 239, citando a Schmitt, *Ex Captivitate Salus*), dada su aversión al nacionalsocialismo (como conservador que era), se mantuvo a distancia del partido nazi (p. 240). Pero su autonomía política e intelectual se demostró rápidamente insostenible: de sus siguientes decisiones políticas y personales pagará las consecuencias por el resto de su vida (p. 240).

Con prudente realismo, su instinto de autoconservación aparece cuando deviene la depuración nazi al interior de la universidad alemana, el 7 de abril de 1933, con la ley de organización de la burocracia, que abarca a las universidades. Carl Schmitt considerando sobre todo su precedente oposición al nacionalsocialismo, sabía que su posición no estaba a salvo de tal medida (p. 240-241). Otros notables profesores de derecho como Radbruch, Bonn, Cohn, Heller, Kantorowicz y Hans Kelsen, que eran de la misma facultad que Schmitt en Colonia, debieron resignar la dimisión y antes que finalizara esta campaña, más del 11% de los profesores alemanes había perdido su puesto (p. 241).

Muchos alemanes adhirieron al partido, ya sea por oportunismo, por temor o por entusiasmo; y a acrecentar esta tendencia contribuyó el pronunciamiento de intelectuales de la estatura de Martin Heidegger, que el 22 de abril de 1933 escribió a Carl Schmitt para invitarlo a colaborar (p. 242). En esta embarazosa situación

Carl Schmitt estaba de frente a un serio dilema. Quedarse en Alemania y rechazar la inscripción significaba correr el riesgo de ser destituido sin tener la posibilidad de defenderse de su comprometedor pasado político. La complicidad apareció entonces para Schmitt como la vía más salvable; la única, creyó, que podría darle la posibilidad de tener un futuro en el campo constitucional (p. 242). Por lo que, el 1 de marzo de 1933, el ya respetado *Kronjurist* del sistema presidencial figura en una larga fila delante de la sede del partido nazi en Colonia, esperando su turno para inscribirse (p. 242). El número de su inscripción (2.098.860), demostraba claramente como desde el mes de enero más de un millón de alemanes se inscribieron en el partido (p. 243).

Para el A., con esto Carl Schmitt realiza una medida “con la cual esperaba salvaguardar su propia seguridad personal y profesional: la relación hobbesiana de protección y obediencia era parte integrante de su filosofía política” (p. 243). Poco después una publicación nazi lo señalaba como “el constitucionalista nacional más renombrado de Alemania”, lo que se interpreta como una reconciliación del nazismo con Carl Schmitt; lo que se completa cuando Göring lo nombra consejero del Estado prusiano (p. 243). En octubre de 1933 aceptó la cátedra de derecho público en la Universidad de Berlín lo que fue el nombramiento más prestigioso de toda su carrera. En este puesto Carl Schmitt tenía la doble esperanza de poder ejercitar cierta influencia en cuestiones jurídicas y al mismo tiempo de anular toda duda respecto de su lealtad (al régimen nazi) (p. 246). Ya en el otoño de 1933 fue incorporando en sus obras (en reediciones, incluidas artificioosamente, sin afectar el texto central), algunas referencias antisemitas, para “conformarse con la línea del partido” (p. 247).

En esa misma época, en artículos y conferencias inició el desarrollo de una vasta línea teórica de una estructura constitucional para el Tercer Reich (p. 247). De las conferencias de inicios de 1934 surge su libro “*Über die drei.....*” (“*Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*”), en que se esfuerza por encontrar una ubicación a sus ideas tradicionalmente conservadoras al interior del nacionalsocialismo” (p. 249). Esenciales como base para el nuevo orden social distinto al

partido, él consideraba algunas instituciones tradicionales, el “orden concreto” (familia, iglesia, ejército, burocracia estatal, etc.) y le da al partido el papel de elemento unificante; a Hitler el rol de soberano absoluto, y al partido la posibilidad de intervenir en todo momento en la vida privada, en las instituciones y en cualquier ámbito de la sociedad (p. 249). Schmitt de este modo sirve al nazismo, para el cual intenta “construir una legitimación jurídica” (p. 250).

Entre de junio y julio de 1934 Hitler ordenó el asesinato de entre 150 y 200 miembros del partido nazista; en un decreto de 3 de julio señala que fue “para evitar el asalto de traidores, y una acción legal de autodefensa del Estado” (p. 252). Carl Schmitt reaccionó así: se trató de una medida necesaria para la salvaguardia del ejército en cuanto “orden concreto” y para evitar que esto afectase al partido (p. 252). En esta época Carl Schmitt temió por su vida, en una futura depuración, y lo que lo salvaría fue la intervención de Göring (p. 253). Para justificar esta matanza, Carl Schmitt escribió su “*El Führer protege el derecho*” (1934). Este artículo será recordado siempre como una justificación de los atroces asesinatos del régimen hitleriano; de aquí la dificultad para Carl Schmitt de disociarse de su implicancia con el nazismo (p. 257).

El capítulo “La depuración de un ideólogo no ortodoxo” es particularmente interesante (pp. 259-284). Contrariamente a la expectativa de Carl Schmitt, las depuraciones en el partido nazi seguirían; eran particularmente irritantes aquellos escritores que en sus interpretaciones del nacionalsocialismo tendían a diluir la ideología con ideas conservadoras o medio burguesas sobre el estado o la sociedad (p. 259).

Carl Schmitt no tenía una gran influencia ni popularidad al interior del partido nazi, su reputación “*violetta marzolina*”, debida al hecho de que él había sido uno de los últimos en inscribirse en el partido, hacía crear la sospecha y la envidia de los “viejos combatientes” del partido, a los que les irritaba la atención que recibía y porque se le veía asumir el rol de *Kronjurist* (p. 260). Solo lo apoyaban Göring y Frank; Hitler despreciaba a los intelectuales; Frank le había aconsejado de evitar cualquier contacto con el Führer (p. 260).

Schmitt con su “*Staat, Bewegung, Volk*” (“*Estado, movimiento y pueblo*”), tendrá problemas con los teóricos del nazismo, pues se oponía a la fusión del partido con el Estado (p. 261). Comenzaron en 1934 los ataques públicos a Carl Schmitt, acusándolo de “querer constreñir al nacionalsocialismo al interior de un esquema neohegeliano” (p. 262). (Koellreutter, nazista).

Pero los ataques también vienen de fuera: Gurian, que había tenido que emigrar a Suiza, en una revista jurídica católica lo desenmascara de sus anteriores contactos con judíos, de su anterior ligamen con el sistema presidencial, y su oposición inicial al nacionalsocialismo, que una vez había definido como “locura colectiva organizada” (p. 265). Lo acusó de estar usando al partido para su propio desarrollo personal.

Koellreutter retiene esta revelaciones, y piensa que son suficientes para echarlo del partido; pero fue protegido por Frank, y durante los dos siguientes años lo nombró en diversas comisiones. Pero las revelaciones sobre su pasado siguieron siendo publicadas, haciendo sentir en Schmitt el temor que había sentido durante el período de las depuraciones. Su inseguridad aumentó cuando se comenzó a atacar a otros conservadores por sus posibles contactos pasados con judíos. Entonces “se esforzó con determinación en aparecer como un verdadero nacionalsocialista” (p. 267).

Schmitt se sintió particularmente culpable de la acusación de haber estado en relación con hebreos y no haber dado a sus escritos una impostación racial (p. 267). Entonces, para protegerse, se compromete ulteriormente sobre la cuestión racial; y su creciente antisemitismo de sus escritos después de 1934: “Tales compromisos tan marcadamente oportunistas eran tanto más despreciables cuando se piensa que en sus trabajos y relaciones personales anteriores a su inscripción en el partido nazi no había ni la más mínima huella de antisemitismo” (p. 268). Al revés, había sido amigo de judíos y había dedicado un libro a uno de ellos.

Luego en 1936 siguieron las acusaciones contra Schmitt por oportunismo, y que podría ser el “*Kronjurist*” de cualquier régimen. A fines de 1936, entonces, Schmitt intensificó su esfuerzo por contradecir la acusación de que era un reaccionario preocupado solo del concepto de

Estado y que no había tomado en serio la cuestión racial; tanto fue así, que en un escrito señaló que “el concepto racial y la supremacía del partido sobre el Estado eran los dos principios básicos del derecho nacionalsocialista” (p. 272).

Durante 1936 se hizo una profunda investigación sobre Schmitt en los órganos del partido nazi, concluyendo que “la información reunida parecía confirmar que Schmitt no era un nacionalsocialista, sino un pensador católico y un oportunista con numerosos nexos con hebreos” (p. 275). Schmitt seguía intentando defenderse. En una conferencia en octubre de 1936 pronunció el ataque más violento de toda su vida contra los hebreos, definiéndolos como “estériles, parásitos intelectuales que no tenían nada que ofrecer a los alemanes” (p. 276), y con el intento de asumir el tono de un devoto del nacionalismo, termina citando una frase del *Mein Kampf* de Adolf Hitler. Era un “fiel súbdito del Tercer Reich” (p. 277).

Las SS seguían asediando a Schmitt e impidieron nuevos nombramientos importantes, con el fin de expulsarlo del partido. Y a fines de 1936, después de un artículo de un discípulo de Schmitt que lo exculpaba, vino una seguidilla de dos artículos que lo acusaban de su pasado y de oportunismo, citando antiguas afirmaciones suyas. Esto tuvo una repercusión inmediata: el 16 de diciembre fue notificado de su exoneración de participar en una comisión del Ministerio de Justicia; “estos dos artículos habían transformado al *Kronjurist* en un proscrito” (p. 280).

Enseguida fue excluido de todos los sitios en que había sido colocado por el nazismo: de la Academia de Derecho Alemán; de la liga de juristas alemanes, y se aceptó su dimisión de la dirección de la “Deutsche Juristen-Zeitung”. Los ataques fueron ahora más intensos y una revista sentenció que ahora solo eran dos las alternativas: “la emigración o el campo de concentración” (p. 282).

Gracias a la defensa de Göring cesó el peligro, y se llegó a un acuerdo con Himmler: la única consecuencia que derivó fue la cesación por parte de Schmitt de su actividad al interior del partido; y conservó la cátedra de derecho en la Universidad de Berlín; y el título oficial de consejero del Estado prusiano, aunque su consejo no fue solicitado más a partir de 1936. La

inmunidad consiguiente a su posición oficial fue sostenida por Göring y Schmitt no tuvo nada más que temer hasta el fin del Tercer Reich (p. 283).

Según el autor, Carl Schmitt no solo fue oportunista, sino que también los nazis habrían querido tener en la primera fase a un jurista de su reputación, pues daba un aura de respetabilidad a la causa nazi; pero apenas Schmitt intentó ejercitar una real influencia, se inició la lucha por sacarlo de en medio. En 1936 una revista alemana “*Deutsche Briefe*”, resumió de un modo muy adecuado esta embarazosa situación, con una frase de Schiller: “El Moro ha hecho su deber; el Moro puede irse” (p. 284).

5. El último capítulo lo titula el Autor “¿Seguridad en el silencio?” (pp. 255-317). A partir de fin de 1938, Carl Schmitt rompe todo vínculo con Göring y con Frank, y se refugia en la Universidad de Berlín, y se retira de toda vida pública. En la Universidad tuvo una fría recepción, se sospechaba de él, por su poca sinceridad o por su vecindad con el partido. En esta época (1937-1945) abandonó el derecho constitucional y administrativo y se dedicó a Hobbes, y al derecho y a la política internacional. Así, desarrolla su conocida teoría del “*Grossraum*” sobre el “*Espacio*” alemán, lo que justificaba el expansionismo de Hitler. Así, la revista suiza “*Schweitzer Weltwoche*”, en 1941, señaló que como teórico Schmitt era para Alemania nazi como lo que Rousseau había sido para La Revolución Francesa (p. 305). En abril de 1945 los rusos ocupan Berlín, y arrestan a Schmitt en su casa. Él les dice “He bebido el bacilo nazista, pero no me he infectado”. Fue dejado libre (p. 307). En noviembre de 1945 soldados americanos lo arrestaron; dadas las dudas que quedaron en un interrogatorio sobre su real participación en el nazismo; estuvo por más de un año en dos campos de concentración americanos, esperando una decisión (p. 309). Fue liberado en abril de 1947. Luego, en 1950, recomenzó a publicar; y las reacciones de los otros autores fueron inmediatas y hostiles. Fue acusado del “profeta intelectual por excelencia del nacionalsocialismo” (p. 320).

Termina el texto con un *Epílogo* en que evalúa la significación de Schmitt, y las reacciones cada vez menos condenatorias de los autores, sobre todo de los escritos de los años 1920 a

1930, “que han mantenido inalterado su significado” (p. 328). Ofrece al final del libro una completísima Bibliografía (pp. 337-361) y un Índice de nombres.

En mi opinión, se trata de una excelente biografía de Carl Schmitt, pudiendo considerarse como la más completa a la época de su escritura. Bendersky nos ofrece un libro fascinante, pues muestra su pensamiento y acción, con una amplísima documentación, no solo la provenientes de los escritos jurídicos y políticos de Carl Schmitt más conocidos, de donde solo se podía obtener datos precisos de su pensamiento jurídico y político, sino de toda su correspondencia y documentación de archivos de la Alemania nazi, y posterior ocupación rusa y norteamericana. La principal atención del autor no es la obra escrita de Carl Schmitt, sino su vida; si bien estimó necesario mostrar en algunos pasajes los argumen-

tos contenidos en las obras de Schmitt, ello se hace solo con el objeto de conectarlos con la correspondiente etapa de su vida, y así explicar su pensamiento íntimo.

Podemos decir que así como las obras de Carl Schmitt le han servido a Bendersky para explicar algunas decisiones de Schmitt y ofrecer este cuadro completo y fascinante de su vida; asimismo, esta biografía de Bendersky sirve a los escrutadores de la obra de Carl Schmitt para comprender mejor sus textos. Lo más interesante es completar de este modo el cuadro siempre incompleto que podríamos haber tenido (más que de la obra) de la polémica vida de uno de los juristas más geniales del siglo XX.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO,
*Profesor de Derecho Administrativo
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*