

Crítica romanística del derecho privado actual* *Contemporary civil law judged from a roman perspective*

Jorge Adame Goddard**

RDP

RESUMEN

El autor propone un método para juzgar el derecho civil contemporáneo desde una perspectiva romanista. El método consiste en hacer un análisis comparativo de cómo se regula y se entiende una determinada institución del derecho civil contemporáneo con el régimen y el con-

* Este trabajo es resultado de una reflexión continua sobre el tema que ya ha dado lugar a otros trabajos publicados: el primero, donde propongo, siguiendo a d'Ors la recuperación y reconstrucción del derecho privado como ciencia, fue "La unificación del derecho privado según Álvaro d'Ors", en *Ciencia jurídica y humanismo: en homenaje a Álvaro d'Ors*, Lima-Perú, Universidad de Piura, 2012, pp. 175-190. Luego publiqué dos trabajos donde empiezo a perfilar el método y lo aplico en instituciones concretas: "Propuesta metodológica para el estudio y crítica romanista del libro de bienes del Código Civil. Aplicación al concepto de propiedad", que fue primero una ponencia presentada en el Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, que tuvo lugar en Lima, el año 2011, y fue publicado en la *Revista de Derecho Privado México*, tercera serie, vol. 2, 2012, pp. 3-25. Hice otra aplicación del método, ahora al tema de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, titulado "La clasificación de las fuentes de las obligaciones", que fue publicado en uno de los volúmenes conmemorativos de los cien años de la Escuela Libre de Derecho: *Derecho de las obligaciones*, Escuela Libre de Derecho, México, 2012, pp. 11-34. Para el Coloquio de Derecho Romano, celebrado en la Ciudad de México en el año 2011, dentro del marco del Congreso Internacional de Estudios Clásicos, preparé una ponencia en la que destaco el papel de los juristas romanos como creadores del derecho (*Ius*) y su independencia frente a la ley pública, como modelo para recuperar el carácter científico del derecho privado actual y la independencia de los jurista de hoy: "*Ius y lex* en la tradición romana y en la perspectiva actual", en *Nova Telus*, México, Suplemento V, 2013, pp. 89-110.

** Investigador titular C, tiempo completo, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel III; profesor de la

JORGE ADAME GODDARD

cepto de la misma, en el derecho romano clásico. El resultado inmediato de tal comparación es la detección de las semejanzas y diferencias, que obligan a realizar la evaluación respectiva para identificar si dichas diferencias constituyen progresos o retrocesos. Para hacer este juicio, se analizan las variaciones identificadas del derecho clásico y se cuestiona si tales transiciones son retrocesos; salvo que se pueda demostrar que constituyen un progreso, por ser más adecuadas a la realidad misma de la institución comparada. Partiendo de este juicio analítico, se pueden proponer cambios de mejora al derecho civil actual.

PALABRAS CLAVE: derecho romano; derecho civil; derecho comparado; crítica del derecho actual.

ABSTRACT

The author proposes a method to judge the contemporary Civil Law from a Roman perspective. The method consists in carrying out a comparative analysis of how a particular institution of the contemporary Civil Law is regulated and understood *vis-a-vis* the regime and the concept of such institution in the classical Roman Law. The immediate result of such comparison is to detect similarities and differences in the classic law that force to make the respective assessment to identify whether these differences constitute a progress or or a setback; unless it can be demonstrated that such differences constitute a progress given that they are more appropriate to the reality of the compared institution. As of this analytic judgment, changes to improve current Civil Law can be proposed.***

Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; autor, en las líneas de derecho romano, filosofía social y derecho mercantil internacional, de más de 100 artículos publicados en revistas y obras científicas, y de varios libros: *El pensamiento político y social de los católicos mexicanos, 1867-1910* (UNAM, 1981), *El libro XVIII del digesto* (UNAM, 1993), *El contrato de compraventa internacional* (UNAM-McGraw Hill, México, 1994), *Filosofía Social para Juristas* (UNAM-McGraw Hill, México, 1998), *Contratos internacionales en América del Norte* (UNAM-McGraw Hill, 1999), *El matrimonio civil en México* (UNAM, 2004), *Estudios de política y religión* (UNAM, 2008), *Estudio histórico jurídico del libro primero de las sentencias de Paulo* (UNAM, 2009), *Curso de derecho romano clásico, I y II* (publicación electrónica, 2011) y *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos* (UNAM, 2013). Ha recibido el premio de investigación jurídica Ignacio M. Altamirano, otorgado por el gobierno del estado de Guerrero y la UNAM, en 1994, y el premio "Cruz al mérito en la investigación jurídica", otorgado por el Instituto Mexicano de Cultura y entregado por el presidente de la República en 1996. Nombramiento de investigador nacional nivel 3 (1996). Recibió una beca Fulbright para hacer una estancia de investigación (1996 a 1997) en la Universidad de Texas, en Austin, sobre el tema de contratos internacionales.

*** Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, www.solcargocom.mx.

KEY WORDS: Roman Law; Civil Law; Comparative Law; review of contemporary law.

Sumario

1. Introducción
2. Génesis del *ius civile romanum* como obra distinta de la *lex*
3. Elementos esenciales de la ciencia del derecho privado
4. Un método de trabajo para renovar la ciencia del derecho privado

1. Introducción

Actualmente, en la tradición jurídica occidental, el derecho privado se entiende como un “orden normativo” impuesto por el Estado, por medio de las leyes y su interpretación y aplicación judicial. Esto es consecuencia, por una parte, de la codificación del derecho privado en el código civil y, secundariamente, en el código de comercio, puesto que ambos son leyes; es decir, conjuntos de normas imperativas, y por la otra, de la organización política del Estado moderno, que se concibe como titular de un poder soberano indiscutible en un territorio determinado que le permite definir y establecer el derecho. En estas condiciones todo el derecho, incluido el derecho privado, es una expresión del poder político, del poder del Estado.

A esta concepción se ha llegado mediante una evolución que muy sintéticamente se puede describir en estos términos. El derecho privado moderno,¹ nace en la Baja Edad Media como una doctrina universitaria, elaborada por los glosadores y comentaristas del *Corpus Iuris Civilis*. La ciencia jurídica medieval, en los siglos posteriores, se va formando y nutriendo con otras escuelas de juristas: los humanistas, los racionalistas y la ciencia pandectística alemana. Todas ellas tienen en común que su fuente principal es el *Corpus Iuris Civilis*, aunque considerado de distinta manera: como ley vigente del Imperio romano germánico (glosadores y comentaristas), como fuente del derecho de

¹ Wieacker, F., *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. (*Privatrechts-Geschichte der Neuzeit*), trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, a957.

JORGE ADAME GODDARD

la antigua Roma (humanistas), como razón jurídica (los racionalistas) o como tradición nacional (escuela pandectística); pero en todo caso, tal *Corpus* es la fuente común de la ciencia jurídica moderna. Esa tradición jurídica científica fue, a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, recogida, de manera sintética y con una nueva sistematización, en los códigos civiles, primero en el Código Civil francés y luego en el Código Civil alemán, que han servido de modelos a todos los Códigos occidentales y a algunos orientales. La publicación de los códigos civiles como ley exclusiva de la materia en el territorio de un Estado, convirtió la ciencia del derecho privado en una ley, en una obra del poder político.

En esta situación, el progreso del derecho privado se realiza mediante intervenciones del poder político: o se modifican las leyes de la materia por obra del poder legislativo, o se hacen nuevas interpretaciones y aplicaciones de las leyes por el poder judicial. La última palabra la tiene el Poder Legislativo, pues si no gustan a los legisladores las interpretaciones judiciales, pueden reformar las leyes. El resultado de este modo de creación del derecho privado es que su contenido es principalmente lo que está prescrito en las leyes de la materia.

El estudio del derecho privado se ha reducido así al estudio de las leyes, principalmente de los códigos civiles, y de sus interpretaciones judiciales. El papel de la doctrina se limita a la explicación del contenido de los códigos, a proponer una sistematización de ese contenido, y a una posible crítica del mismo por su falta de claridad, por ser contradictorio, insuficiente o excesivo en relación con las circunstancias actuales. Pero la crítica no puede avanzar mucho porque la doctrina se apega a la idea de que la fuente principal del derecho privado es la ley, y con eso admite que el contenido del derecho privado es algo fluctuante, que depende de la voluntad de los legisladores. Si la ley define la posesión, la propiedad, el testamento, el crédito o cualquier otra institución jurídica de cierta manera, así va a ser entendida por los jueces, que están obligados a la exacta aplicación de la ley, y así será comprendida y explicada por la doctrina, que podrá hacer algunas observaciones o críticas, pero finalmente aceptará, con cierta resignación, que las cosas son como lo dice la ley.

Parece que la única posibilidad que tienen los juristas para modificar, superar o renovar los contenidos del derecho privado es hacer proyectos de ley, que eventualmente puedan ser aprobados por el poder legislativo. Pero, como la aprobación de las leyes depende de las circunstancias políticas y los intereses predominantes, difícilmente los proyectos legislativos elaborados por los juristas se aprueban sin sufrir modificaciones que los alteran profundamente, casi siempre en detrimento del contenido original.

El hecho de que el contenido del derecho privado dependa de la voluntad legislativa, ha sido señalado por los cultores de otras ciencias, para dudar fundadamente que el derecho sea una ciencia puesto que su contenido depende de las mayorías, siempre cambiantes, en las cámaras legislativas. Una respuesta a esta objeción, que en mi opinión no resuelve el problema de fondo, es la que propone la filosofía analítica, que considera el derecho como una ciencia interpretativa de un lenguaje normativo, de modo que se reduce a un conjunto de conocimientos, que tienen su propio contenido y racionalidad, sólo para explicar las leyes. Se reduce, así, el derecho a la hermenéutica, que es una ciencia que importa y ayuda mucho a los juristas, pues todo el derecho consta en textos que deben ser interpretados, pero es un error negar al derecho privado un contenido propio y permanente que se ha transmitido por generaciones en los textos jurídicos, y que actualmente se conserva parcialmente en los códigos civiles.

En esta colaboración, partiendo de la experiencia jurídica romana, que en la época clásica llegó a formar una ciencia jurídica independiente, el *ius civile romanum*, propongo superar la concepción hoy dominante de que el derecho privado es una sección del “orden normativo” impuesto por el Estado, con la concepción clásica del derecho como un ordenamiento racional, o ciencia, acerca de las relaciones patrimoniales establecidas, principalmente, entre particulares.

Para ello, primero hago un esbozo de la génesis del derecho romano clásico, como una obra racional hecha por los juristas, a quienes se les reconoce un saber o autoridad, que limita y orienta el ejercicio de la potestad por los magistrados y los comicios. Luego, también, de manera sintética, presento cuáles son los elementos esenciales y permanen-

JORGE ADAME GODDARD

tes de la ciencia del derecho privado: sus objetos material y formal, su método, sus fuentes de conocimiento, sus principios y organización sistemática. Termino proponiendo un método de trabajo que, desde una perspectiva romanística, procure una renovación de los contenidos del derecho privado recogidos en los códigos civiles actuales.

De esta manera, hago una crítica romanística del derecho privado actual, partiendo del *ius* como obra de la autoridad independiente de los juristas romanos; propongo recuperar el carácter científico del derecho privado y un método para que los juristas, con independencia respecto de los legisladores, trabajen en la renovación de los contenidos de nuestra ciencia.

2. Génesis del *ius civile romanum* como obra distinta de la *lex*

En la concepción romana, el *ius* es la doctrina elaborada libremente por los juristas, que sirve para discernir lo justo concreto; es decir, la conducta justa a seguir en las relaciones patrimoniales contraídas por las personas privadas o particulares. Es una doctrina racional, hoy diríamos ciencia, que contiene principios, conceptos, problemas, soluciones y reglas que los juristas van elaborando y sistematizando paulatinamente y que se transmiten de generación en generación. Esta elaboración doctrinal llega a un grado de madurez hacia el siglo primero antes de Cristo, cuando ya se ha logrado formar un lenguaje especializado y definir el cuadro completo de las instituciones jurídicas. Ella es la fuente primordial del llamado derecho clásico romano, que se dio entre los años 130 a. C. a 230 d. C., aproximadamente. En los siglos posteriores, la doctrina decaerá por la falta de una jurisprudencia independiente y por la prevalencia de la ley, a partir de la monarquía de Constantino, como la principal o única fuente del derecho.

La *lex*, en cambio, es un acto potestativo del que resulta un mandato imperativo que debe ser obedecido por los ciudadanos. En la época republicana, la ley era propuesta por los magistrados y aprobada por los comicios populares, pero luego pasa a ser una expresión de la voluntad del príncipe, cubierta bajo las apariencias de una decisión del Senado (senado-consulta) o de un consejo dado por los juristas imperiales (res-

cripto), o simplemente, también a partir de Constantino, una abierta expresión de la voluntad del emperador.

La relación entre *ius* y *lex*, en la Constitución republicana, se explica desde la perspectiva de la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, que Álvaro d’Ors ha puesto de relieve. La autoridad es el saber socialmente reconocido, y tiene como acto propio el consejo. La potestad es el poder socialmente reconocido, y tiene como acto propio el mandato imperativo. La Constitución republicana se estructuraba como un equilibrio entre la potestad de los magistrados, quienes podían dar decretos, y la potestad de los comicios que podían expedir leyes; y entre la potestad de los magistrados y la autoridad de los senadores (*auctoritas patrum*), quienes por medio de sus consejos (senado-consultos) moderaban el ejercicio del poder de mando (*imperium*) de aquéllos.

En el ámbito de las relaciones patrimoniales libremente contraídas, los juristas definían qué era lo justo en cada relación, especialmente dando respuestas (*responsa prudentium*) a las cuestiones que les planteaban los particulares. Se les reconocía una autoridad propia (*auctoritas prudentium*) por lo que sus respuestas, aunque no tenían la fuerza de un mandato imperativo, eran ordinariamente seguidas por las partes. Para hacer efectiva la doctrina de los juristas, existía un magistrado encargado de resolver los conflictos patrimoniales, el pretor, el cual tenía una potestad amplia o *imperium*, que le permitía imponer sus decisiones dictadas en consonancia con el *ius*. De hecho, los juristas solían dar consejos a los pretores acerca de cuál debía ser el contenido de su edicto, en el que fijaban las reglas de su jurisdicción, y acerca de sus decisiones en casos concretos.

Es sabido que el desarrollo del *ius* partió de la interpretación que hacían los juristas del contenido de la Ley de las XII Tablas, lo cual podría dar la apariencia de que esa Ley era el fundamento del *ius*. Pero en realidad esa Ley fue un punto de partida, y no propiamente el fundamento, porque la misma Ley no tuvo un contenido original o “revolucionario”, sino que fue considerada como una expresión de las costumbres de los antepasados o *mores maiorum*, de modo que se entendía como una expresión del *ius*. A partir del texto de la Ley, los juristas iban definiendo las soluciones a casos concretos y gracias a la conciencia que tenían

JORGE ADAME GODDARD

de poseer un saber autónomo, hicieron una interpretación creativa, por la que extendieron los preceptos de la Ley a supuestos no previstos originalmente y, aprovechando ciertos preceptos de la Ley, crearon incluso instituciones completamente originales, como el testamento o la emancipación de los hijos. La doctrina o *ius* que fueron creando los juristas, rebasó completamente el contenido de la Ley decenviral, pero ésta no fue nunca expresamente derogada.

Las leyes posteriores que aprobaron los comicios en la época republicana, o el senado, en la época del principado, se ocupaban por lo general de asuntos públicos que no interesaban al *ius*, pero las pocas que se referían a asuntos patrimoniales, eran tomadas en cuenta e interpretadas por los juristas, a fin de hacerlas compatibles con el *ius* que iban creando. De modo que no eran, por sí mismas, fuentes del derecho, sino sólo y en tanto fueran interpretadas y asimiladas por la jurisprudencia. Es conocido que los juristas, para hacer aplicables los senado-consultos que inciden en el ámbito del *ius*, no transforman su doctrina, diciendo, por ejemplo, que el préstamo de dinero a un hijo de familia es un acto nulo, porque lo prohibió el senado-consulta Macedoniano; en lugar de eso, aconsejan al pretor que dé al hijo de familia, al que su acreedor le reclama el pago de un préstamo, una excepción, con base en el citado senado-consulta, que paralice la acción del acreedor. De este modo se logra que el citado senado-consulta tenga el efecto buscado, pero se mantiene la doctrina de que los préstamos deben ser devueltos, de modo que si el hijo espontáneamente paga, el acreedor puede retener lo pagado como cosa que le era debida. Y así, en otros casos, los juristas hacen aplicables las disposiciones de la ley aconsejando al pretor que dé acciones o excepciones, y a la vez mantienen la independencia de su doctrina que no cambia por la sola aprobación de una ley. El derecho clásico romano se construye y evoluciona como un saber autónomo: es obra de la autoridad de los juristas, no de la potestad de los magistrados.

Los juristas sabían que su doctrina o *ius* estaba ligada a las costumbres y a las leyes de Roma, por lo que la llamaban *ius civile*; es decir, un *ius* aplicable sólo a los ciudadanos romanos. Pero tuvieron conciencia que algunas de las instituciones del *ius civile* eran, también, comunes a otros pueblos, o incluso, comunes a todos los pueblos, por estar

fundadas, no en leyes o costumbres locales, sino en la razón natural común a todos los hombres. Tales fueron, por ejemplo, ciertos modos de adquirir la propiedad, como la ocupación de cosas sin dueño o la tradición o entrega de cosas fungibles, o bien los contratos sinalagmáticos, mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento, que de hecho se practicaban por todos los pueblos y no exclusivamente por el pueblo romano. El conjunto de instituciones comunes a todos los pueblos lo llamaron *ius gentium*.²

La concepción clásica del *ius* como un saber autónomo o ciencia, elaborado por los expertos en la misma, los juristas, que no obstante su necesaria vinculación con las leyes y las instancias políticas, especialmente las jurisdiccionales, es fundamentalmente una obra de la razón, de la autoridad de los que saben de estas cosas, y no de la potestad política nacional o supranacional; por lo que, me parece, es necesario recuperarla y asumirla para poder renovar el derecho privado y formar, como hoy se pretende con insistencia, un derecho privado común a todos los pueblos, que sea común precisamente por ser ciencia y no ley. Ésta es la posición que tenía Álvaro d'Ors respecto del tema y que yo he asumido.³

Para explicar cómo se puede reivindicar hoy el carácter científico del derecho privado, presento a continuación un esbozo de los rasgos esenciales de esta ciencia, y posteriormente propondré un método práctico por el que juristas de todas las tradiciones pueden colaborar en su renovación.

3. Elementos esenciales de la ciencia del derecho privado

Evidentemente que el requisito indispensable para formar cualquier ciencia es que haya personas que la cultiven, que haya científicos. Para

² Originalmente el *ius gentium* se refería a las instituciones de derecho privado comunes a todos los pueblos. Desde la Alta Edad Media se dio un significado nuevo a ese nombre ó como un derecho que rige las relaciones entre pueblos, especialmente en lo relativo a la guerra, la esclavitud y los tratados.

³ D'Ors, Álvaro, "Hacia un nuevo derecho común", en Rotondi M., *Inchieste di Diritto Comparato* II, Padova, 1973, p. 175. Hice una explicación previa de esta posición, en mi trabajo "La unificación del derecho según Álvaro d'Ors", publicado en el libro *Ciencia jurídica y humanismo: en homenaje a Álvaro d'Ors*, Lima, 2012, pp. 175-190.

JORGE ADAME GODDARD

la formación de una ciencia jurídica privatística, lo primero que necesita es que exista un grupo de juristas que cultiven el derecho como ciencia, que tengan por lo tanto una actitud independiente respecto de los contenidos de las leyes actualmente en vigor en materia de derecho privado. La independencia no supone el desprecio de las leyes ni la oposición sistemática a las mismas, sino simplemente la conciencia de que el derecho se construye de modo racional, que tiene contenidos propios que el legislador no debe cambiar y conforme a los cuales el jurista juzga las relaciones patrimoniales, pero también de la misma legislación en vigor.

La formación de juristas con ese concepto del derecho es la primera y más difícil tarea para reconstruir el derecho privado como una ciencia o doctrina independiente del poder político. El papel formativo que tiene para ese fin el estudio y la enseñanza del derecho romano es insustituible, porque el derecho romano es precisamente una ciencia o doctrina jurídica creada por la autoridad de los juristas y no por el poder. Si se estudia el derecho privado únicamente como contenido de las leyes positivas, nacionales o internacionales, los juristas pierden la conciencia de la autonomía del saber jurídico y se reducen a ser meros intérpretes, más o menos sofisticados, del contenido de las leyes relativas a la materia. Por eso, para poder recuperar el derecho como ciencia autónoma es indispensable la conservación del estudio y la enseñanza del derecho romano, de la ciencia jurídica clásica, que no se altera por las innovaciones legislativas ni por las decisiones judiciales.

Sin entrar a la cuestión de cómo formar una jurisprudencia (grupo de juristas) independiente, y dando por supuesta su existencia, cabe preguntarse qué otros elementos requiere la conformación de la ciencia jurídica. Me parece que, sin mayores discusiones metodológicas, se puede aceptar que toda ciencia jurídica requiere: a) un objeto de estudio, material y formal; b) un método propio; c) fuentes de conocimiento; d) principios propios, y e) un contenido determinado y sistematizado.

a) El objeto de la ciencia del derecho privado. El objeto de estudio de la ciencia del derecho privado son las relaciones interhumanas, de carácter patrimonial, contraídas entre las personas particulares. Estas relaciones son seres reales, y no meras abstracciones de la inteligencia humana, y consisten, como todas las relaciones interhumanas en actos

o conductas, si se prefiere pensar en una serie de actos recíprocamente referidas, por ejemplo, una relación de compraventa se compone, principalmente, del acto del vendedor de entregar una mercancía y el acto del comprador de pagar el precio; el derecho de propiedad consiste en el acto del propietario de usar y disponer de la cosa objeto de su propiedad, y el acto de todas las demás personas de respeto al propietario; o una promesa que consiste en el acto de prometer la entrega de una cantidad de dinero, y en el acto del acreedor de exigir el pago, etcétera.

De entre todas las relaciones interhumanas entre particulares, al derecho privado le interesan exclusivamente las de carácter patrimonial; esto es, las relaciones que se contraen por razón del uso y aprovechamiento económico de las cosas y de los servicios económicos que las personas pueden prestarse entre sí.

Todas las relaciones que son el objeto de estudio de la ciencia del derecho privado, y que se agrupan en esas tres categorías generales de “bienes”, “obligaciones y contratos” y “sucesiones”, son relaciones que se practican en todos los pueblos, de todos los tiempos, con más o menos amplitud e intensidad y que constituyen un estrato común mínimo de toda organización social.

Además del estudio de esas relaciones, la ciencia del derecho privado también analiza la capacidad y los diversos papeles que según, las circunstancias, pueden desempeñar las personas en esas relaciones, lo que constituye otra parte de su estudio que se denomina con el nombre general de “personas”.

El estudio de estas relaciones y de las personas que pueden contraerlas va generando nociones abstractas por las que se da nombre a esas relaciones, se analizan sus contenidos, se distinguen unas de otras, se agrupan por lo que tienen en común, y así se ha ido formando una doctrina o teoría acerca de lo que son esas relaciones en sus contenidos esenciales, de sus propiedades y características, de cómo se contraen o se disuelven, etcétera.

Pero la ciencia del derecho privado no es una ciencia teórica que se limite a describir con profundidad qué son esas relaciones patrimoniales. Su objeto es determinar la conducta que cada persona debe

JORGE ADAME GODDARD

realizar en una relación jurídica concreta o caso. Parte del supuesto de que es posible juzgar objetivamente cuál es la conducta ajustada o justa a cada caso concreto, tomando en consideración la naturaleza de la relación, lo que las partes hayan declarado o convenido entre sí y la naturaleza misma de la cosa o servicio objeto de la relación. Se supone, por ejemplo, que en una relación de compraventa en que la mercancía se perdió por el naufragio del buque que la transportaba, se puede determinar objetivamente a quién corresponde la pérdida, si al vendedor o al comprador; o que en el caso de un heredero que se niega a pagar un legado, se puede determinar objetivamente si el heredero está obligado o no a pagarlo; o que se puede juzgar objetivamente si una persona que posee una cosa que compró de quien no era propietario puede o no comportarse como propietario respecto de esa cosa, o si el legítimo propietario podrá recuperarla, etcétera.

Se puede resumir lo anteriormente expuesto, diciendo que la ciencia del derecho privado tiene como objeto material de estudio las relaciones interhumanas de contenido patrimonial, y como objeto formal, la determinación de lo justo en cada caso o relación concreta. Por eso dice d'Ors⁴ que finalmente los casos “son el objeto ordinario de los libros de derecho, o sea las cosas propias de ese estudio”.

b) El método de la ciencia del derecho privado. El método propio del derecho es el de una ciencia práctica en sentido aristotélico; es decir, una ciencia que a diferencia de las ciencias teóricas que describen lo que las cosas son, está ordenada a la determinación de la conducta humana que todavía no es pero que debe practicarse en casos concretos. Este era el contenido de las respuestas que daban los juristas romanos clásicos a las consultas que se les hacían. Ellos daban una respuesta (*responsa*) en la que indicaban lo que debía hacerse en ese caso concreto.

El método propio del derecho es, en general, el método de todas las ciencias prácticas que se ordenan a la determinación del obrar futuro; esto es, el razonamiento prudencial que al referirse específicamente a la definición de lo justo concreto se denomina jurisprudencia. Consiste,

⁴ *Una introducción al estudio del derecho*, México, 1989 (reimp., con notas de Jorge Adame Goddard, de la ed. española de 1963), § 3.

descrito de manera sintética, en tres conjuntos de operaciones intelectuales: 1) la deliberación o análisis de los hechos, las circunstancias del caso y de las instituciones o conjuntos de reglas aplicables al caso; 2) el juicio o planteamiento del caso que, partiendo de la institución aplicable, presenta la cuestión a resolver, su solución y argumentos, y 3) la decisión o determinación de la conducta que debe practicarse.

La consideración de la ciencia jurídica como una ciencia práctica no excluye, sino que implica la necesidad de contar con un conjunto de conocimientos teóricos o doctrina acerca de lo que son las relaciones jurídicas, pues sin ella no es posible solucionar adecuadamente los casos. Es sabido que los juristas romanos, a partir de sus respuestas a casos concretos, fueron formando, por inducción, un conjunto de conocimientos abstractos o nociones acerca de las relaciones jurídicas, y que Quinto Muscio Scévola sistematizó esos conocimientos, aprovechando el método de la dialéctica griega, agrupándolos en partes y divisiones, en géneros y especies. La construcción de esta doctrina se hace de acuerdo con métodos teóricos, que consisten principalmente en la observación, determinación de las propiedades o características esenciales de cada relación, la elaboración de conceptos y sus definiciones y la clasificación y ordenación de los mismos en un conjunto sistemático.

Pero, siendo el derecho finalmente una ciencia práctica orientada a la solución de casos concretos, la doctrina teórica es simplemente un instrumento necesario para resolver los casos. Por eso, el progreso del derecho no está en el mayor desarrollo de la doctrina jurídica teórica, sino en su aptitud para resolver acertada, rápida y seguramente los casos concretos. Por eso dice d'Ors⁵ que la prudencia del jurista “debe combinar la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible; esta selectiva sobriedad conceptual con fines prácticos recibe el nombre de elegancia jurídica (*elegantia iuris*)”.

Actualmente, por influjo del racionalismo jurídico y de la ciencia pandectística alemana, la enseñanza del derecho tiende a limitarse a la transmisión de ese saber teórico, con olvido o menosprecio de la for-

⁵ Nueva introducción al estudio del derecho, Madrid, 1999, § 54.

JORGE ADAME GODDARD

mación del hábito intelectual para resolver los casos desde la perspectiva de lo justo posible, esto es del hábito de la jurisprudencia.

c) Sus fuentes de conocimiento. El estudio jurídico es principalmente el estudio de los textos jurídicos que se han ido produciendo a lo largo de la historia. Todos los textos jurídicos están fechados; es decir, corresponden a un momento determinado de la historia, que debe ser tenido en cuenta por el jurista cuando trata de comprender el texto en sí mismo, lo mismo que cuando trata de comprender la evolución de los contenidos jurídicos presentes en diversos textos. La ciencia del derecho privado es la ciencia que se construye a partir del conocimiento de los textos jurídicos privatistas.

La historia del derecho privado demuestra que la ciencia privatística moderna de Occidente se formó a partir del *Corpus Iuris Civilis*, que fue el fundamento y fuente común de las diversas escuelas de juristas del siglo XIII al siglo XVIII: glosadores y comentaristas, humanistas, racionalistas y pandectistas. De modo que para la renovación de la ciencia del derecho privado es imprescindible referirse y servirse de esa fuente.

Actualmente, las fuentes a las que se acude con preferencia son los códigos civiles y la doctrina generada en derredor de ellos. Así sucede en los países de la tradición civilística o romano germánica. En los países de la tradición del *Common Law*, la fuente principal son las decisiones judiciales, pero su contenido se ha ido sistematizando paulatinamente en obras doctrinales y, recientemente, al menos en los Estados Unidos de América, en obras de síntesis llamadas *Restatements*, que empiezan a ser utilizadas de modo semejante a como los juristas de la tradición civilística se sirven de los códigos civiles.

La ciencia del derecho privado actual cuenta con esos tres grandes grupos de fuentes: el *Corpus Iuris Civilis* y su elaboración romanista, que es fuente de la tradición civilística y también, aunque en menor grado, de la tradición del *Common Law*; los códigos civiles modernos y la doctrina civilística elaborada en torno a ellos; y los precedentes judiciales del *Common Law* junto con las obras doctrinales y los *Restatements*.

d) Sus principios. Las primeras verdades, principios o axiomas de la ciencia del derecho privado, como cumplir las promesas, devolver los préstamos, respetar la propiedad ajena, abstenerse del dolo o engaño

y otras pocas más, son objeto de estudio de la filosofía del derecho y especialmente de la ciencia del derecho natural o de los principios generales del derecho.

Pero, como propone d’Ors, es posible, mediante observación de las instituciones jurídicas, inferir, en un nivel de abstracción menor que el de los principios generales “ciertas constantes o principios a los que las «instituciones» parecen hallarse necesariamente sometidas”.⁶ En este nivel caben, por ejemplo, la clasificación de los contratos bilaterales en contratos de intercambio de bienes, de asociación o de representación; la constante de que a mayor desconfianza en los tribunales establecidos mayor es el recurso a árbitros privados, o que el régimen de la garantía de prenda requiere de un medio de poder identificar con seguridad la cosa dada en garantía.

En este mismo nivel de abstracción cabría añadir, como principios de esta ciencia, las instituciones que los juristas romanos consideraban propias del *ius gentium* porque eran de hecho practicadas por todos los pueblos, como la ocupación de bienes sin dueño, los contratos sinalagmáticos, la sucesión hereditaria y otras.

La existencia de estos principios filosóficos y constantes generales en la ciencia del derecho privado permite el entendimiento entre los juristas de las diversas tradiciones y es fundamento de unidad dentro de la diversidad.

e) Contenido y sistematización. El contenido de la ciencia del derecho privado, desde que apareció el libro *Ius civile* de Quinto Muscio Escévola, siglo primero antes de Cristo, se ha dividido tradicionalmente en cuatro partes: personas, bienes, obligaciones y sucesiones o herencias, las cuales se subdividen en unidades temáticas denominadas instituciones, como la propiedad, la posesión, el testamento, los contratos etcétera. En cada institución, la doctrina ha agrupado definiciones, distinciones, reglas, etcétera, pero se ha llegado al exceso de considerar que la ciencia jurídica se agota en ese contenido meramente teórico.

⁶ “Para una metahistoria jurídica”, *Parerga histórica*, Pamplona, 1997, pp. 56 y 57. D’Ors dice que esas constantes constituyen la “metahistoria jurídica”, aclara que esas constantes no son propiamente principios de filosofía del derecho, pues los de esta ciencia son principios axiomáticos evidentes que provienen de la consideración filosófica de la naturaleza humana o antropología filosófica, como la libertad, la capacidad racional del hombre, la necesidad de un orden político coactivo, y otros.

JORGE ADAME GODDARD

El orden sistemático actual presenta el derecho privado como un conjunto ordenado de principios y reglas generales abstractas, separadas de los casos que fueron el origen de tales reglas y principios. Es el orden de los códigos civiles; pero también el de los libros destinados a la enseñanza del derecho civil, cuyo prototipo son los libros elaborados por la ciencia pandectística alemana. Es un sistema muy depurado, bien construido, donde los conceptos están debidamente jerarquizados y entrelazados unos con otros, pero que ha perdido el contacto con la solución de casos concretos. Es cierto que el derecho consiste, en parte, en una doctrina que comprende principios, nociones y reglas abstractas, pero todo ello tiene sentido en cuanto sirve para resolver problemas, para determinar lo que es justo o injusto en casos concretos. De conformidad con esto, el orden doctrinal debe incluir en sus contenidos una constante referencia a casos concretos y a las soluciones específicas que se han dado para cada uno de ellos.

El contenido de la ciencia jurídica renovada debe contemplar, además de reglas generales, distinciones y definiciones, los casos típicos, es decir, aquellos que son los más frecuentes o importantes en cada institución. En este aspecto la tradición del *Common Law*, por su constante referencia a los casos resueltos por los jueces puede ser muy valiosa.

4. Un método de trabajo para renovar la ciencia del derecho privado

Propongo, aquí, un método de trabajo, por supuesto no el único, para colaborar en la renovación de la ciencia del derecho privado derivada de la tradición civilística o romano germánica. Es básicamente un método comparativo que permite una nueva reflexión sobre los contenidos de esta ciencia y que puede dar lugar a nuevas formulaciones de los contenidos tradicionales.

Parte de la premisa, históricamente demostrada, que esa ciencia tiene como antecedente común la tradición romanística, con sus diversas escuelas, fundada en el estudio del *Corpus Iuris Civilis*. Los códigos civiles, así como la doctrina civilística que los comenta, son un resultado

de esa tradición, que no tiene que ser considerado como un resultado último, que supera definitivamente la tradición jurídica romanista; es sólo un resultado más, que puede ser valorado, medido y superado desde la perspectiva de esa tradición multiseccular anterior.

Por otra parte, la ciencia romanística, después de la codificación, se ha dedicado a estudiar el *Corpus Iuris Civilis* con una nueva perspectiva histórico-crítica, la crítica de interpolaciones, con la que ha podido reconstruir el derecho romano clásico, que en muchos aspectos es diferente del derecho que se conservaba en la tradición romanista al momento de la codificación.

Siendo la actual reconstrucción del derecho romano clásico y el derecho civil contemporáneo dos momentos de una misma tradición son, por lo tanto, comparables.⁷

El método consiste en hacer análisis comparativos, monográficos, de cada una de las instituciones que tradicionalmente contiene la ciencia del derecho privado, en sus cuatro partes: personas, bienes, obligaciones y sucesiones. Por una parte, se analizaría el contenido de una institución determinada en el derecho romano clásico, aprovechando las conclusiones a que ha llegado la ciencia romanística contemporánea; en este estudio, también, podrían considerarse los desarrollos que tuvo la institución en el derecho posclásico. Por otra parte, se haría el análisis del contenido de la misma institución en un código civil o una familia de códigos y la doctrina correspondiente. Luego, se procedería a hacer un análisis comparativo entre ambos contenidos con el objetivo de precisar sus semejanzas y diferencias.

La determinación de las semejanzas y diferencias dan paso a dos posibles reflexiones. Una, que consiste en explicar históricamente las diferencias que tiene el derecho civil con el derecho clásico, determinando los momentos y causas en que se inicia la divergencia. Esta reflexión histórica procedería del momento actual hacia atrás; es decir, como una historia de precedentes, lo cual simplifica la investigación.

⁷ Para que una comparación sea fructífera debe hacerse entre textos que proceden de un antecedente común; es decir, entre textos que son derivaciones de un texto matriz, de modo que sus diferencias puedan explicarse como desarrollos distintos de un antecedente común. D'Ors, "Homoclis: congruencia y tiempo histórico", *Parerga histórica*, Pamplona, EUNSA, 1997, pp. 101-114.

JORGE ADAME GODDARD

La otra reflexión posible es hacer un juicio valorativo de las diferencias que presenta el actual derecho civil con el derecho romano clásico, para determinar si constituyen un progreso o un retroceso de la tradición jurídica. El criterio o medida para hacer tal juicio puede ser el siguiente: considerando que la doctrina jurídica, el *ius*, elaborado por los juristas romanos en la época clásica tiene un valor ejemplar, y que de hecho ha sido la fuente de la que se ha nutrido la ciencia del derecho privado, podría juzgarse, de manera preliminar, que aquello que contradice la tradición clásica, es una regresión, y lo que es conforme a ella, aunque sea diferente, es un progreso.

Pero la medida final no puede ser otra que la misma medida común a todas las ciencias: la realidad de las cosas, que en la ciencia del derecho privado es la realidad constituida por las relaciones patrimoniales y por las cosas a las que se refieren. Esas relaciones y cosas presentan una estructura propia, a la que deben ajustarse las nociones, reglas y juicios jurídicos. Los principios de la ciencia jurídica previamente comentados hacen referencia a la realidad esencial, principios filosóficos, y estructural, principios “metahistóricos”, de tales relaciones. El juicio valorativo final sobre las diferencias detectadas se hará, como en toda ciencia, en referencia a la realidad de las cosas y con la ayuda de las primeras verdades o principios de esta ciencia.

Para concluir con una aportación a la renovación de la ciencia del derecho privado, después del juicio valorativo y de la explicación histórica, cuando se haya hecho, deberá proponerse un contenido de la institución analizada, que sea congruente con la tradición jurídica romanista y con las exigencias naturales de las relaciones jurídicas. Lo así propuesto podrá ser aceptado o rechazado por la comunidad jurídica universal, no por ser ley o mandato imperativo, sino por ser ciencia, por ser obra de la reflexión racional. Esto tendrá como consecuencia la consecuente relativización del valor de los códigos civiles, que pasarían de ser la fuente principal del derecho privado a ser objetos de juicio.

Los juristas de diferentes países, especialmente los romanistas y civilistas, haciendo trabajos monográficos con esa metodología, podrían ir colaborando en la reconstrucción de una ciencia del derecho privado con alcance universal, que sea el fundamento del nuevo derecho priva-

do común que la globalización y la nueva ordenación política mundial requieren. Los juristas podrían recuperar así el papel que les corresponde en la conformación del derecho que les fue arrebatado por el Estado. Si los juristas no actúan, el nuevo régimen jurídico común terminará siendo el impuesto por los agentes económicos del nuevo orden mundial y sancionado por las instancias políticas supranacionales.

Es necesario, en otras palabras, que los juristas recuperen su papel, a fin de que la elaboración y aplicación del derecho privado sea una obra de la libertad y no del poder.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año III, núm. 5, enero-junio 2014