

LA DESROMANIZACION DEL DERECHO

(CONFERENCIA DICTADA EN LA UNIVERSIDAD LIBRE)

«Con todo, por estable que sea una construcción jurídica, sobrevienen las transformaciones sociales que llegan a desquiciarla profundamente: la civilización contemporánea mal puede contenerse dentro de un estatuto creado para regular el universo romano....»

(Curso de D. P. Civil Francés T. II, JOSSERAND).

«Los hechos se instalan dentro de los moldes jurídicos. Así nuestra teoría de las obligaciones vive dentro de moldes romanos, cuando nosotros estamos ya muy lejos del concepto romano de la obligación».

(G. RIPPERT, *La regla moral*, pág. 419).

Aun cuando para algunos ha parecido ridículo el título que he querido dar a este estudio, no por eso veo inconveniente en emplear el vocablo «desromanización», cuando quiera que hablando de una institución jurídica; quiera significar la pérdida de ciertas características que le fueron propias en su forma romana. Pero como no podría extenderme aquí en el examen minucioso y comparativo de cada una de las instituciones jurídicas contemporáneas con relación a las romanas, no sólo por falta de espacio sino de conocimientos y de competencia, me propongo únicamente plantear mi tesis en un campo abstracto, casi filosófico, procurando mantenerme dentro de un criterio estrictamente positivista. Tal tesis es que dentro del mundo actual, el derecho escrito de occidente va perdiendo contacto insensiblemente con sus formas romanas para quedar, como si dijéramos, suspendido entre dos polos jurídicos: el criterio romano comunmente llamado la escuela liberal, y otro nuevo regido por la conveniencia social, sea que esta se presente envuelta en la doctrina metafísica de Rippert o en el credo socialista de Duguit, porque al fin y al cabo, no son sino una misma

reivindicación de la doctrina jurídica para que, desatendiendo el tenor literal del Código, se interpreten los contratos de acuerdo con la equidad, la moral y el bien social.

Ahora bien: de cualquier ángulo filosófico que se confronte un sistema jurídico positivo, admitimos que existen principios permanentes de justicia que ninguna legislación podría desconocer y que aun los más acendrados materialistas me permitirán llamar el derecho natural, aun cuando pueda ser discutida la existencia ontológica de un derecho natural. ¿Quién podría negar, por ejemplo, que todo hombre tiene derecho a su bienestar? Que el Estado está obligado a garantizar el bienestar de los ciudadanos? Ningún derecho podría alejarse de principios generales como estos y, por eso, podemos afirmar que cualesquiera que puedan ser las condiciones económicas del futuro, nunca podrá el derecho abandonar totalmente ciertos postulados de justicia que el derecho romano contiene, por haber sido una de las expresiones más hermosas y más armónicas del derecho natural. Es evidente, verbigracia, que ninguna legislación podrá ignorar máximas como aquellas de Ulpiano *Sui cuique tribuere* y *Neminem laedere*, inseparables de todo criterio de justicia. Pero no es menos cierto que, en lo que se refiere a la aplicación de estos principios permanentes y el modo de hacerlos más factibles en la vida ordinaria, la consagración romana llega en ocasiones a ser insuficiente y se necesita considerar preferentemente el aspecto de la conveniencia al de la justicia considerada en abstracto, e interviene entonces el criterio social de que venimos hablando. Para exponer con mayor claridad mis ideas al respecto, séame permitido establecer una comparación, ya traída entre filósofos y sociólogos, entre la ciencia griega de la geometría y el derecho de Roma. Ya Spengler en su libro *La Decadencia del Occidente* había notado el paralelismo que existe entre las ciencias matemáticas y las ciencias sociales por su aspecto somático. Me parece que en el proceso de

su desenvolvimiento, del mismo modo que sobre los primeros postulados euclidianos, se desarrolló toda la geometría de la edad media y se desarrollan las altas matemáticas contemporáneas, también de las primitivas instituciones jurídicas de los romanos surgieron las instituciones fundamentales de las legislaciones vigentes. Mas estas fórmulas matemáticas, hasta hoy infalibles, dice Einstein que, aplicadas a mundos más vastos deberían ser modificadas para no incurrir en errores de consideración. Otro tanto podría decirse del derecho romano actuando en un mundo económico que nunca pudieron prever sus autores. Es necesario dentro de las circunstancias complejas de la vida contemporánea abandonar ciertos principios que hasta ayer parecían intangibles.

Un proceso se viene cumpliendo de acomodación del derecho a la sociedad que es visible sobre todo en lo que se refiere al derecho de las personas. Se debe esto probablemente a que entré los procesos de evolución y de desintegración social los más notorios sean los que se refieren precisamente a las organizaciones humanas como la familia. Sea de ello lo que fuere, depurado el derecho romano por las nuevas circunstancias sociales, poco es lo que queda de su reglamentación de la familia. La situación absolutamente injusta de la mujer tiene nada o poco que ver directamente con el derecho moderno. La situación del hijo de familia sigue un proceso que apenas viene a cumplirse en la legislación rusa; Los tres Status, el «Status familiae», el «Status civitatis», el «Status libertatis», las tres «cápitis diminuciones» y la esclavitud, son formas jurídicas desaparecidas para siempre. Pero es interesante observar que este proceso de depuración se ha efectuado siguiendo una línea paralela con el desarrollo social, y a pesar de las corrientes intelectuales y de las doctrinas filosóficas que buscaron su conservación por encima de la realidad. Empero, quedan las instituciones que tenían cierto contenido económico: la tutela, la curaduría, y en algunas legislaciones el matrimonio, pero modificados

de acuerdo con las necesidades actuales. Por otra parte, en lo que al derecho de las obligaciones se refiere, aun cuando nuestra legislación conserva más o menos la forma romana, me parece significativo el hecho de que las comisiones de Francia e Italia encargadas de redactar un nuevo Código, aun cuando, para conservar cierta homogeneidad con la legislación anterior conservan la mayor parte de las instituciones romanas, confiesan haber buscado su inspiración sobre todo en los Códigos complementarios del Código Civil. Y en efecto, en tratándose de la novación, por ejemplo, es evidente que poco o nada es lo que se puede encontrar en las fuentes romanas con relación, no solo a lo que se podría encontrar en el derecho consuetudinario sajón, sino en los códigos de comercio y la legislación mercantil y bancaria de los países latinos.

Pero, siguiendo en mi comparación entre la geometría y el derecho, quiero traer aquí unos apuntes de mi profesor de filosofía Monsieur Maublanc. Decía éste, refiriéndose a las definiciones matemáticas, que son indemostrables sin ser evidentes, como sucede con los axiomas, sino meramente convencionales. Las definiciones matemáticas, por decirlo así, fabrican aquello que definen, porque, por ejemplo, cuando yo defino un triángulo, diciendo que es una figura de tres lados, lo que hago es fabricar o inventar el triángulo. De tal suerte, las matemáticas nos aparecen creando el objeto mismo de su estudio en un mundo convencional, abstracto que poco o nada tiene que ver con la realidad. Otra cosa sucede con las definiciones de la botánica, de la zoología o de cualquiera de las ciencias naturales. Para mí surge entonces la cuestión de saber si el derecho admite también las definiciones racionales o debe partir de definiciones empíricas. La valoración de un derecho dependerá de sus definiciones fundamentales en cuanto se conformen al resultado de nuestro investigación. Para hacer esta investigación más claramente, establezcamos la diferencia entre una definición empírica

y una definición racional, y digamos que la definición racional es aquella que crea un objeto inexistente y la definición empírica es la que reconoce un objeto que ya existe. Con sólo oír enunciar estas definiciones, nos parece que en el campo jurídico las definiciones deben ser empíricas, es decir, meros reconocimientos del hecho social. Pero hé aquí que la mayor parte de las definiciones contenidas en las legislaciones inspiradas en el Código de 1804, son de origen romano, calcadas sobre los modelos del Corpus Juris, cuando han desaparecido los pueblos, la civilización y la cultura que las sustentaban; por eso, aun cuando el derecho romano fue esencialmente empírico, vivimos hoy de un derecho racional que especula sobre las definiciones romanas, vacías de contenido económico en su mayor parte. Vemos así que, por ejemplo, el derecho romano, inspirado por mentalidades poco dadas a la especulación filosófica, está desprovisto, casi en absoluto, del sentido de la ficción: la noción de personalidad jurídica no llega sino tarde en el derecho; la representación, tan común actualmente, no llega a percibirse sino de un modo grosero. Todo el derecho versa sobre cuerpos tangibles, aun la noción misma de las cosas incorporales *cae quae tangi non possunt*, las cosas que no pueden ser tocadas, es una noción confusa, vaga, que mezcla los bienes con los derechos y que no hubiera podido llegar a ciertas sutilezas como la idea de propiedad intelectual, literaria o artística. Ahora bien: la ficción y la representación son indispensables dentro de las condiciones de vida actuales para llevar el ritmo complejo de la sociedad (1).

Quando se piensa algunas veces en el singular destino de las instituciones romanas no deja de sorprenderse el observador de lo que pudo haber de caprichoso y ajeno a toda regla sociológica en la fortuna con que co-

(1) Ficciones con contenido económico porque por otros aspectos el derecho romano está lleno de ficciones.

rrieron en la historia. Resumamos: en el mundo antiguo cada ciudad tenía su legislación dada generalmente por algún gobernante genial: Solón, Licurgo, Carondas, o Numa. Tales legislaciones se hacían exclusivamente para los ciudadanos, en el sentido restrictivo que tuvo esta palabra entre griegos y romanos, porque, para el extranjero, sea el aliado o el «hostis» existía el derecho de gentes o su propia legislación. Poco a poco, por circunstancias múltiples y afortunadas, como su valor intrínseco y la preponderancia de su ciudad de origen, el derecho romano se impuso al mundo entero, y, después de haber sido en sus comienzos un derecho exclusivo para el uso de los Quirites o de los ciudadanos romanos, se convirtió en la fuente de todo el derecho de occidente y vino a tener su apogeo en las codificaciones de Justiniano que sirvieron más tarde de base para el Código de Napoleón, de donde se ha derivado toda la legislación de los países latinos. Fenómeno es este paralelo al de la religión cristiana que, a través de Roma, después de haber sido la religión de una sola tribu nómada, vino a dominar medio universo y a fundar una nueva civilización. Socialmente el hecho no es, pues, excepcional; jurídicamente viene a ser una incomprensible paradoja. ¿Por qué de las normas de convivencia de un rudo pueblo de agricultores que iban resolviendo cada conflicto con un criterio práctico empíricamente, sin un afán de sistematización, sin una preocupación futura, más aún, quizás sin conciencia de una base filosófica viene a surgir un derecho metafísico, racional y poco acorde con la realidad? Desde los últimos emperadores romanos vemos ya «una tendencia a reducir el material jurídico viviente a una obra de conjunto exhaustiva y sistematizada para siempre, a una obra definitiva en donde cada caso pensable del futuro queda decidido de antemano». La racionalización del derecho!

La ley de Citas de Valentiniano, las primeras codificaciones y el propio código de Napoleón, todas formas

derivadas de las premisas romanas, llegan en un espacio de 19 siglos a regir relaciones económicas que no pudieron sospechar sus más avanzados teorizantes.

Cuentan las crónicas que Bonaparte, el día que se hizo consagrar por el Papa Emperador de los franceses, dijo a su hermano José, mientras pasaban en medio de una hilera de personalidades de Francia que se inclinaban respetuosamente ante el nuevo Emperador: «¿Qué diría papá si nos viera?» Y qué hubiera podido pensar en efecto, aquel cultivador de pepinos, de ver a su hijo reinando sobre media Europa? Otro tanto diría el Derecho Romano si pudiéramos hacer una de esas personificaciones del teatro moderno alemán, viéndose regulando la estructura capitalista contemporánea, la navegación aérea, los bancos y los seguros, conversarían entre sí las Institutas de Gallo y las Máximas de Ulpiano para decirse, codeándose: «¿Qué diría papá si nos viera?»

Naturalmente, las especulaciones racionalistas de la doctrina buscan la adaptación del espíritu romano a las nuevas circunstancias y para no enfrentarse al problema de crear una nueva legislación, creen hallar una fórmula introduciendo el fallo de equidad para los jueces y un campo más abierto de interpretación en los Tribunales. Otros crean teorías como las de «el abuso de los derechos» (1), «la imprevisión», o «la del tercero cómplice en la inejecución de un contrato», todo en nombre de la equidad y de una nueva justicia que viola principios tan consagrados como aquellos del «*Res inter alios acta nocere non debet*», «*caveat venditor*», «*jus ex injuria non oritur*», o si no, los más acendrados defensores del Derecho Romano, aquellos que creen que todavía sirve de criterio para resolver todas las cuestiones, se engolfan en divagaciones metafísicas, tratando no ya de estar conformes con la realidad, sino con los que ellos llaman los primeros principios, en una atmósfera tonsurada, traviesa e inocente, con achaques de vieja escolástica. Queda el hecho

incontrovertible: Las nociones de ética individual y de psicología son desterradas y en cierto modo, se vuelve al primitivo criterio formalista. No es necesario hoy en día, para que haya responsabilidad, por ejemplo, y por tanto, derecho a daños y perjuicios, que el demandado haya tenido intención de hacer el daño: la falta puede ser imputable o no moralmente, si económicamente se traduce en un perjuicio, el individuo es responsable. Pero hay más, poco importa que el que haya causado el daño sea un incapaz, o aún, un animal con propietario, debe haber siempre un patrimonio que responde, y eso es todo. Por este aspecto tenemos la negación de la autonomía de la voluntad en lo que pueda tener de pasiva. Y esta teoría es una de las bases del Derecho romano. Por su aspecto activo la autonomía de la voluntad sufre críticas desde hace más de 20 años, tanto por la escuela socialista como por los que solicitan una mayor facultad de interpretación para los jueces y cada día es más insignificante el papel que se le atribuye a la voluntad subjetiva como elemento caprichoso y variable dentro del presupuesto contractual.

Aquí se presenta un punto que me parece controvertible y para el cual me limito a formular una hipótesis. Conversando alguna vez con el doctor Jiménez Mejía sobre estos temas, me decía que el proceso de desromanización no era completo porque en ciertos puntos, como el de las formalidades en la declaración de voluntad, que había puesto en moda el Código alemán de 1900, se volvía al estricto Derecho romano. Es evidente que hoy en día la jurisprudencia tiende a considerar sobre todo la declaración de voluntad consignada en el contrato. ¿Podría decirse por esto que no hay desromanización? No lo creo yo así. Si volvemos al formalismo romano, es para restringir la autonomía de la voluntad, para no concederle a sus caprichos y a su inmenso campo de especulación una gran beligerancia, para ceñirla a un texto que no le

permita erguirse en un determinado momento con argumentos especiosos contra la sociedad, dificultando considerablemente las transacciones comerciales. Para terminar, quisiera traer una frase de un filósofo alemán que me parece sintetiza el pensamiento que nos debe regir frente al Derecho romano, dice: «El derecho romano ha dejado de ser para nosotros el origen de los conceptos fundamentales, de los conceptos eternamente válidos. Pero nos lo hace valioso la relación entre la existencia romana y los conceptos jurídicos romanos. Por el derecho romano podemos aprender a producir nuestro propio derecho con nuestra *propia* experiencia».

ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN

(1) El principio «*sumum jus summa iniuria*» se refería únicamente a la aplicación, no al ejercicio de un derecho.

