

2012

La unificación del Derecho Privado según Álvaro d'Ors

Jorge Adame Goddard

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO SEGÚN ÁLVARO D'ORS

Por Jorge Adame Goddard
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México

SUMARIO. Introducción. 1. La unificación del Derecho privado según Álvaro d'Ors: a) El derecho como ciencia. b) La perspectiva actual para lograr la unidad del derecho privado. c) La perspectiva d'orsiana. 2. La formación de una nueva ciencia del derecho privado: a) Sus fuentes. b) Sus principios. c) Contenido y organización de esa nueva ciencia. 3. Conclusiones

Introducción,

Una de las ideas de Don Álvaro d'Ors, entre las muchas ideas novedosas y fecundísimas que enseñó, es que la unificación del Derecho Privado no puede lograrse por medio de actos de potestad legislativa, es decir por medio de leyes nacionales o de las provenientes de una potestad internacional, ni de tratados internacionales que se asumen como leyes propias, sino que ha de lograrse por medio de la elaboración de una doctrina jurídica común, es decir por medio de la autoridad de los juristas que logre construir un nuevo Derecho Común. Sobre este tema publicó un breve trabajo titulado “Hacia un nuevo Derecho Común”, en el volumen de estudios editado en honor del famoso comparatista Mario Rotondi.¹ El objetivo de esta comunicación es, primero, explicar esta idea de Álvaro d'Ors, y luego presentar el desarrollo o aplicación de la misma que he pretendido ir haciendo en materia de derecho contractual.

¹ M. Rotondi: *Inchieste di Diritto Comparato* II, Padova, 1973, pp. 175-177.

1. La unificación del Derecho privado según Álvaro d'Ors.

Con su estilo breve y directo D. Álvaro explicaba su posición sobre la unificación del derecho privado con estas palabras: “la unificación del derecho privado debe buscarse por la formación de una jurisprudencia común y no por la aspiración a una legislación uniformada”.²

a) El derecho como ciencia.

Para comprender el alcance de esta afirmación se requiere tener en cuenta la antigua distinción, recuperada por d'Ors, entre la potestad, es decir el poder socialmente reconocido, y la autoridad, el saber socialmente reconocido. El Derecho lo concebía, desde la perspectiva propia de un romanista, como una doctrina racional (ciencia, diríamos hoy), elaborada por quienes son los expertos en el tema, es decir los juristas o jurisprudentes, cuyo fin es juzgar acerca de la conducta justa en las relaciones contraídas voluntariamente entre los hombres por razón del aprovechamiento de las cosas, es decir en las relaciones patrimoniales que son la materia propia del derecho privado.

Esa doctrina es la que cataloga las cosas desde el punto de vista de su aprovechamiento económico en fungibles y no fungibles, muebles o inmuebles, susceptibles de apropiación privada o excluidas del comercio; es la que afirma que el propietario puede usar, disfrutar, disponer o reivindicar lo que es suyo; la que distingue entre lo que es la propiedad de lo que es la posesión o un derecho real sobre cosa ajena; es la que discierne los modos de adquirir la herencia, por sucesión intestada o por sucesión testamentaria, que distingue entre la adquisición a título universal de una herencia y la adquisición a título particular de un legado, la que señala las distintas causas o fuentes por las que se contraen obligaciones, que explica la noción de obligación, las formas de extinguirla, las consecuencias de su incumplimiento, etcétera.

Todos esos conceptos, distinciones, divisiones, reglas y juicios, y muchos otros más que conforman lo que actualmente llamamos Derecho Civil y que se contienen en los códigos civiles, son originalmente fruto de la reflexión

² D'ORS, Álvaro “Hacia un nuevo derecho común”, en *M. Rotondi: Inchieste di Diritto Comparato II*, Padova, 1973, p. 175.

racional de los juristas acerca de lo que es justo en las relaciones patrimoniales. Fueron originalmente elaborados por los juristas romanos, posteriormente recibidos y reelaborados por los juristas medievales, quienes formaron, el *Ius commune*, que fue el derecho privado común en Europa, y luego en América, del siglo XIV a fines del siglo XVIII.

En la época moderna, el derecho privado tradicional se simplifica, se reordena o sistematiza al modo de las nuevas ciencias naturales, y se publica en la forma que hoy conocemos del código civil. El código moderno es un acto del poder legislativo, es un tipo de ley, y de ahí que se haya generado la impresión de que el derecho privado es obra del legislador, de la potestad legislativa. El contenido del derecho privado ya no es visto como resultado de una reflexión racional, sino de la decisión de los legisladores, quienes pueden modificarlo libremente si reúnen el número necesario de votos. De ahí que los cultores de otras ciencias se nieguen a reconocer que el derecho privado pueda ser una ciencia: ¿cómo pueden ser ciencia aquella cuyo contenido depende de las mayorías legislativas y de las circunstancias políticas siempre cambiantes?

La posición de d'Ors en torno a la unificación del derecho privado, presupone rescatar éste como una ciencia autónoma, como una doctrina racional que han elaborado los juristas de muchas generaciones y que siguen reelaborando los juristas actuales. El Derecho es obra de la autoridad de los que saben, y no del poder legislativo.

No obstante la autonomía propia de la ciencia jurídica, es evidente que el poder político tiene que sancionar, de alguna manera, los contenidos de aquélla, de modo que sean reconocidos como los criterios comunes conforme a los cuales se resuelven los conflictos patrimoniales. Y así mismo debe sancionar que los juicios pronunciados conforme a dichos contenidos sean efectivamente obedecidos. La función de la potestad política tiene que ver, no con la definición del Derecho, sino con su vigencia efectiva.

b) La perspectiva actual para lograr la unidad del derecho privado.

Actualmente, el tema de la unidad del derecho privado, y especialmente del derecho contractual, se presenta como una tarea urgente dado el modelo económico imperante que supone la intensa colaboración entre las economías

y agentes económicos de los distintos países, que tienen legislaciones diferentes.

Partiendo de la premisa no discutida de que el derecho privado es básicamente una ley, se han propuesto dos caminos para lograr dicha unidad: uno es el de la «armonización» y el otro el de la «uniformización» del derecho privado.

La armonización consiste en hacer que las leyes de los distintos países respeten ciertos contenidos considerados como esenciales, de modo que se evite que haya contradicciones entre ellas respecto de esos contenidos esenciales, pero se mantengan las diferencias en lo demás. Un método que suele usarse para lograr la armonización es la publicación, por algún organismo internacional como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (*UNCITRAL*), de una «ley modelo», en la que se propone, como ejemplo a seguir por los países, la regulación de cierta materia, por ejemplo la ley modelo sobre contratos de franquicia. El efecto que se produce es que muchos países publican leyes sobre la materia con un contenido semejante, a veces idéntico, del que propone la ley modelo. Desde esta perspectiva, la unificación consiste en que los países tengan leyes semejantes, sin diferencias en los aspectos esenciales, sobre las materias del derecho privado.

La otra vía para la unificación, la llamada uniformización, consiste en la publicación de una ley, bajo la forma de un tratado internacional, que se vuelve vigente en el territorio de varios Estados. El caso hasta hoy más exitoso es el de la *Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, que consiste en un tratado internacional ratificado por los estados y por lo tanto aplicable como ley imperativa, que regula los contratos de compraventa internacional y que se haya en vigor en más de 70 países. Desde esta perspectiva, la unificación del derecho privado consiste en la publicación de «leyes uniformes», es decir de leyes que se apliquen directamente y sin cambios en el territorio de varios o muchos Estados.

En ambas vías se supone la concepción de que el derecho privado es ley, acto del poder imperativo o potestad, de modo que se unifica por medio de otros

actos semejantes: por leyes modelo (y las consiguientes leyes que la siguen) o por leyes uniformes.

c) La perspectiva d'orsiana.

Reconociendo que el derecho privado es básicamente ciencia, obra de la razón prudencial y no de la potestad política, el tema de su unidad se plantea de modo totalmente diferente. Toda ciencia, incluida la ciencia jurídica, es por su propia naturaleza un bien universal y no, como las leyes o la organización política, un bien nacional.

Los métodos de la armonización y de la unificación del derecho que actualmente se están usando resultan incluso absurdos cuando se contempla el derecho como ciencia. Plantear en el ámbito de una ciencia la armonización de las opiniones divergentes, o más aún, su unificación, resulta del todo improcedente. La diversidad de las opiniones son parte de la riqueza de cada ciencia; puede haber algunas opiniones que sean más aceptadas que otras o incluso opiniones que se consideran comúnmente aceptadas, pero no está el progreso de la ciencia en suprimir todas las opiniones que no sean conformes con las más acreditadas, pues muchas veces resulta que de las opiniones menos aceptadas surgen posteriormente nuevos descubrimientos. Mucho menos tiene sentido en la ciencia procurar la unificación de todas las opiniones.

En la perspectiva dorsiana que considera el Derecho Privado como una ciencia, no tiene sentido hablar de la armonización de las leyes con contenido privatista, ni tampoco de la unificación legislativa. No quiere esto decir que esos esfuerzos sean inútiles o improductivos. Es evidente que puede resultar útil y provechoso que las leyes de diferentes países que tienen intensos intercambios comerciales tengan contenidos semejantes o iguales, lo cual facilita el intercambio de bienes, servicios y dinero. Pero esa unificación o armonización legislativa es sólo un resultado limitado si no va acompañado de la formación y difusión de una doctrina común, racional, conforme a la cual se juzgue de la aplicación de las leyes previamente homologadas o unificadas. De no lograrse esa doctrina común, con el paso del tiempo las leyes vendrán a tener contenidos diferentes por causa de la interpretación y juicio divergentes que se haga de ellas.

Esta preocupación por tener una doctrina común está presente en el mismo texto de la citada convención sobre compraventa internacional. Ahí se dice (art. 7) que la interpretación de la misma debe ser una “interpretación internacional”, es decir una interpretación que no se reduzca a lo que se entiende en la tradición nacional de algún estado, sino una que sea común a los diferentes estados; y que debe ser una interpretación que lleve a lograr la mayor uniformidad posible en la aplicación de la convención. Lo que este artículo está postulando es precisamente la formación de una doctrina común (o internacional) en materia del contrato de compraventa.

La cuestión de la unidad del Derecho Privado en la perspectiva dorsiana sería, no la de cómo armonizar o unificar las leyes de contenido privatístico, sino la de cómo formar una ciencia jurídica común.

2. La formación de una nueva ciencia del derecho privado.

Evidentemente que el requisito indispensable para formar cualquier ciencia es que haya personas que la cultiven, que haya científicos. Para la formación de una ciencia jurídica privatística, lo primero 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 la legislación no puede cambiar y conforme a los cuales el jurista juzga de la misma legislación en vigor.

La formación de juristas con ese concepto del Derecho es la primera y más difícil tarea para construir una doctrina común. 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. Sin entrar a la cuestión de cómo formar una jurisprudencia (grupo de juristas) independiente, y dando por supuesta su existencia, cabe preguntarse cómo se conforma la ciencia jurídica.

a) *Sus fuentes.*

En la opinión de Álvaro d'Ors, que yo comparto plenamente, 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 entonces la ciencia que se construye a partir del conocimiento de los textos jurídicos privatistas. Esto lo demuestra la propia historia del Derecho: la ciencia medieval del Derecho Civil fue la que se encargó del estudio sistemático del *Corpus Iuris Civilis*; la ciencia civilística moderna es la que se ha ocupado del estudio de los códigos civiles en cada Estado. Lo mismo se puede decir de las demás ramas del Derecho: la ciencia del Derecho penal es la que estudia los textos de contenido penal, que actualmente son principalmente los códigos penales; la ciencia del Derecho constitucional es la que estudia los textos constitucionales, etcétera.

Lo anterior parece indicar que para la formación de una nueva ciencia del Derecho Privado, de carácter internacional o común, sería necesario precisar un conjunto de textos de derecho privado, a partir de los cuales se construyera esa ciencia. ¿Cuáles podrían ser esos textos básicos para construir una nueva ciencia privatística común? En los países de tradición jurídica romano germánica, como son los países europeos y americanos, con la salvedad de Inglaterra y los países colonizados por ella, se piensa espontáneamente en los códigos civiles. Pero d'Ors prefiere considerar como textos básicos, no directamente los códigos que son leyes, sino “las corrientes doctrinales que animan la ciencia jurídica universal”,³ es decir las obras doctrinales más representativas. Esta preferencia por las obras doctrinales permitiría la inclusión de las obras procedentes de la tradición del *Common Law*, en la cual el derecho privado no consta en las leyes sino en las decisiones judiciales (*case Law*), que suelen publicarse, organizadas por materia, en colecciones de casos, y que son objeto de una elaboración doctrinal posterior. Desde esta

³ “Hacia un nuevo Derecho común”, en *M. Rotondi: Inchieste di Diritto Comparato* II, Padova, 1973, p. 176.

perspectiva se procuraría comparar, no los códigos civiles con el *case Law*, sino las obras doctrinales de ambas tradiciones.

Para hacer la comparación de textos procedentes de diversas fuentes, Don Álvaro advertía, en otro trabajo muy interesante titulado “Homocclisis: congruencia y tiempo histórico”,⁴ que la comparación debe hacerse, para ser realmente fructífera, 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; esta referencia al antecedente común sirve también para juzgar si los diversos desarrollos constituyen un progreso o un retroceso respecto del antecedente común, ya que no todo lo nuevo es mejor. Si no se hace la referencia histórica al antecedente común, se producen comparaciones carentes de sentido, como la que menciona el propio d’Ors, respecto de la supuesta similitud entre el derecho romano vulgar del siglo V, que ha perdido la distinción entre propiedad y posesión, y el derecho germánico del mismo tiempo que no tenía esa distinción; en realidad, aunque haya una coincidencia, la referencia histórica hace ver que la posición del derecho romano vulgar es una degeneración o corrupción del derecho clásico que había hecho tal distinción, mientras que la posición del derecho germánico es algo originario de ese pueblo.

Dejando a un lado por el momento la tradición jurídica inglesa, el antecedente común de los códigos civiles actuales, es el *Corpus Iuris Civilis*, y la elaboración doctrinal que se hizo del mismo en la Edad Media, y que dio como resultado el *Ius commune*, así como la interpretación humanista del siglo XVI y la interpretación racionalista (s. XVII y XVIII), que fue el antecedente doctrinal inmediato de los códigos civiles. La nueva ciencia del derecho privado, en la perspectiva dorsiana, podría irse formando a partir de las obras doctrinales del derecho privado, haciendo la debida referencia al antecedente común, que es el *Corpus Iuris Civilis*.

⁴ En *Parerga Histórica*, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 101-114.

Un ejemplo interesante de este tipo de estudios es el trabajo que ha hecho un brillante discípulo de d'Ors, Alejandro Guzmán Brito. Él,⁵ siguiendo además la idea dorsiana de que la historia del Derecho debe proceder del momento actual hacia atrás, es decir como “una historia de precedentes y no de subsiguientes”, es decir “una historia retrospectiva”,⁶ se pregunta por los antecedentes de la actual teoría general de las obligaciones, la cual se considera uno de los frutos más característicos de la ciencia moderna del derecho privado. Comparando el orden de las materias a que se refiere la parte general de las obligaciones en los códigos civiles modernos más representativos, el código civil francés, el código alemán y el código italiano, descubre que tienen un esquema común, lógicamente con variantes, que corresponde con el orden de materias de la conocida obra de E. Poithier, titulada *Tratado de las obligaciones*. Concluye así que el origen de la teoría de las obligaciones es la citada obra del racionalista francés. Luego indaga Guzmán Brito acerca del origen del orden sistemático de la obra de Poithier, y logra establecer, mediante una comparación del orden de esa obra con el de las Instituciones de Justiniano, que tal orden se corresponde con los títulos de las Instituciones relativos a las estipulaciones o promesas, por lo que apunta que finalmente se puede considerar que el origen o antecedente común de la teoría general de las obligaciones son los títulos 13,15 a 19 y 29 del Libro Tercero de las Instituciones de Justiniano.

Con esa referencia al antecedente común de la teoría general de las obligaciones, puede hacerse ahora una comparación provechosa de las teorías actuales e ir formulando conclusiones que puedan conducir a una nueva teoría que no dependa de los códigos civiles, que valga por su propia racionalidad y que resulte explicativa y adecuada para juzgar sobre lo que es la conducta justa en esas relaciones humanas que solemos llamar “obligaciones”.

b) Sus principios.

⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “De la *stipulatio* romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos códigos civiles”, en *Mundus Novus: Unità del Continente Latinoamericano*, coord. por S. Schipani, Roma, 2007, pp. 43 ss.

⁶ “La incidencia institucional en la historia de textos jurídicos”, en *Parerga Histórica*, Pamplona, 1997, p. 73

Otra posibilidad, señalada por d'Ors, para establecer el antecedente común de textos e instituciones jurídicas, es hacer la referencia a un “proto-arquetipo común”⁷. Con esto, explica, “apuntamos a un primer punto del tiempo histórico que no es otro que el que llamamos «derecho natural»”. Se pueden ver los textos e instituciones jurídicas en referencia a ese derecho originario, que en opinión de d'Ors, no es un derecho que tenga prioridad sólo por su racionalidad permanente, sino que tiene una “prioridad histórica”, dando por supuesto que los seres humanos proceden de una sola pareja (monogenismo) que conoció la ley natural. Esta referencia al derecho natural ayuda a distinguir si la evolución jurídica corresponde a desarrollos perfectivos o a procesos degenerativos.

Pero admite d'Ors otro modo para establecer una referencia a un arquetipo común. Sostiene que a partir del cuadro de las instituciones jurídicas, se puede inferir, por una nueva abstracción, “ciertas constantes o principios a los que las «instituciones» parecen hallarse necesariamente sometidas”; el conjunto de estos principios constituye la «metahistoria jurídica»⁸. Aclara que esos principios que son el objeto de la metahistoria jurídica, 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.

En cambio, los principios la metahistoria jurídica son conocidos por inducción, a partir de la experiencia histórico-jurídica, que logra reconocer “ciertos arquetipos institucionales” que son “como modelos impuestos por la misma realidad de la experiencia jurídica: la naturaleza de las cosas”, son “modelos institucionales que parecen informar necesariamente las instituciones jurídicas”. En ellos, añade,⁹ “pueden verse puntos de unidad, que reflejan, no sólo la unidad subyacente de la mente humana, sino la realidad pragmática con la que aquella se enfrenta”.

⁷“Homocclisis: congruencia y tiempo histórico”, en *Parerga Histórica*, Pamplona, 1997, p 111.

⁸“Para una metahistoria jurídica” en *Parerga Histórica*, Pamplona, 1997, pp. 56 y 57.

⁹“Homocclisis: congruencia y tiempo histórico”, en *Parerga Histórica*, Pamplona, 1997, p. 112.

De estos arquetipos ofrece d'Ors¹⁰ cinco ejemplos: *i*) considera que todos los contratos, entendiendo como contrato la obligación recíproca, pueden reducirse a tres arquetipos, que se corresponden con las distintas posiciones en que pueden encontrarse dos personas: contrato de permuta (correspondiente a la posición de una persona frente a otra), del que derivan todos los tipos de contratos de intercambio de bienes (compraventa, arrendamiento, etc.), contrato de sociedad (correspondiente a la posición de una persona junto a otra) del que derivan todos los contratos asociativos, y el contrato de mandato (correspondiente a la posición de una persona detrás de otra) del que derivan todos los contratos de representación.

ii) El arquetipo de la prenda consiste en marcar un determinado bien sobre el cual el acreedor tiene una preferencia ejecutiva; conforme a este arquetipo, cabe perfectamente la prenda de bienes muebles o inmuebles (que pueden ser marcados con piedras o mediante su inscripción en un registro), con desplazamiento posesorio favor del acreedor, o sin él.

iii) A partir de la distinción en los textos jurídicos romanos entre el «juez» (*iudex*) y el «árbitro» (*arbiter*), que implicaba una distinción de funciones: el juez juzgaba conforme a derecho y el árbitro principalmente procuraba una composición económica, se puede inferir una constante histórica clara: “el desprestigio de los jueces fomenta el recurso al arbitraje”.

iv) La valoración de las pruebas por parte del juez implica que tenga cierta libertad, pero no una libertad absoluta; de hecho, en la experiencia histórica se da al juez libertad para valorar las pruebas (principio de libre valoración) o reglas conforme a las cuales debe valorarlas (principio de prueba tazada), y libertad para inquirir o allegarse pruebas (principio inquisitivo) o se le limita a conocer únicamente las pruebas ofrecidas por las partes (principio dispositivo); en la experiencia histórica, la posición del juez respecto de las pruebas es de libertad para valorar las pruebas (principio de libre valoración) pero restricción para allegarse pruebas (principio dispositivo), o restricción para valor las pruebas (principio de prueba tazada) y libertad para allegarse de nuevas pruebas; la constante histórica es una libertad limitada, nunca una libertad absoluta.

¹⁰ “Para una metahistoria jurídica”, en *Parerga Histórica*, Pamplona pp. 59-67.

v) Se da también una constante histórico-jurídica respecto de la capacidad de obrar. Está en la naturaleza de las cosas que llega un momento en la vida de un niño en que éste alcanza una madurez que le permite actuar en la vida comunitaria, casarse y obligarse jurídicamente. El advenimiento de este momento es una cuestión de hecho, de que exista realmente esa madurez, pero para simplificar se fija una fecha, una determinada edad para alcanzar la mayoría de edad. Cuando la edad fijada es baja de modo que no coincide con la madurez efectiva, como ocurrió en el Derecho Romano, que los juristas la fijaron en 12 años para la mujer y 14 para el varón, se hace necesaria la presencia de alguien que intervenga para evitar que el joven sea engañado; si la edad es excesiva, finalmente termina reduciéndose hacia los 17 o 18 años, que es la edad en que ordinariamente el joven adquiere realmente esa capacidad. La constante histórica es la necesidad de definir un momento en que se alcanza la mayoría de edad y que corresponda con el momento en que se alcanza efectivamente la madurez necesaria para actuar por sí mismo en la vida jurídica.

Conviene considerar, aunque don Álvaro no lo dice, si entre esos principios de la metahistoria jurídica cabrían las instituciones del antiguo *ius gentium*, entendido éste según la tradición clásica como “un «orden jurídico», consistente principalmente en instituciones privadas, que se consideraba como ordenamiento común a todas las *gentes* <pueblos> con los que los romanos habían entrado en relación comercial”, y no como un ordenamiento internacional público, como se vino a concebir posteriormente.¹¹

Me parece que aquellas instituciones que los juristas romanos de época clásica consideraban como parte de este derecho de gentes, tales como los contratos sinalagmáticos, el préstamo de dinero, la promesa informal, la adquisición de la propiedad por ocupación de cosas sin dueño, o la adquisición de la propiedad por la entrega de cosas muebles debida a un previo convenio (o causa) de darla, podrían ser consideradas, en principio, como parte de esos arquetipos que constituyen la metahistoria jurídica que propone d’Ors. El mismo concepto de *ius gentium* que transmite Gayo (D 1,1,9= Inst. 1,2,1) como aquél que usan o practican todos los pueblos, supone que se trata de una

¹¹ “En torno a la definición isidoriana del «ius gentium»”, en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, p. 283.

experiencia histórica común de la que, según lo propone d'Ors, puede inferirse un principio o arquetipo común, que no se identifique necesariamente con un principio de derecho natural.

En la filosofía escolástica, Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologiae* II-1, c. 95, a. 2) y Federico Suárez (*De legibus* XIX § 7) llegaron a considerar el derecho de gentes, en su acepción pública y privada, como un «derecho intermedio» entre el derecho natural y el derecho positivo, lo cual puede coincidir materialmente con los arquetipos de la metahistoria jurídica que propone d'Ors. Hay, sin embargo, una diferencia importante en cuanto al modo de concebirlas: los dos autores escolásticos proponen que las instituciones del derecho de gentes son deducciones de los principios del derecho natural, mientras que d'Ors habla de principios jurídicos que se conocen por inducción a partir de la experiencia histórica recogida en los textos jurídicos.¹²

En síntesis, en el pensamiento de d'Ors, la construcción de una nueva ciencia del Derecho Privado ha de surgir del estudio comparativo de las corrientes doctrinales que más han influido en el derecho actual, hecha con una adecuada referencia a los antecedentes comunes, que en muchos casos será la ciencia romanística medieval y moderna, y con referencia al derecho natural y a los principios jurídicos metahistóricos.

c) Contenido y organización de esa nueva ciencia.

El contenido de esa nueva ciencia del Derecho Romano no puede ser más que el contenido tradicional de la misma: la doctrina (conceptos, reglas, principios, soluciones) sobre la solución de los conflictos patrimoniales entre particulares. Esta doctrina suele agruparse en unidades temáticas denominadas «instituciones», como la propiedad, la posesión, el testamento, los contratos etcétera, y suele dividirse, desde el siglo II antes de Cristo en que apareció por primera vez esta división en el libro *ius civile* de Quinto Mucio Escévola, en cuatro partes: personas, bienes (propiedad, posesión, derechos reales), obligaciones y herencias.

¹² Considero si el contrato es una institución de derecho natural o de *ius gentium*, de acuerdo con la tradición iusnaturalista, en ADAME GODDARD, J. “El derecho natural y los cobntratos”, en *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, coord., por Miguel Ayuso, Madrid, 2009, pp. 189 y ss.

En lo que d'Ors ofrece una aportación original es en la forma de organizar la materia.

Él, por una parte, critica el orden sistemático actual, que presenta el Derecho 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 en opinión de D. Álvaro no es un sistema adecuado para la organización y enseñanza de la ciencia jurídica. Dice¹³ al respecto: “Los excesos sistemáticos de la civilística moderna han conducido al empobrecimiento de la fuerza creadora de nuestra jurisprudencia”, y más adelante en el mismo texto añade: “Es hora ya de que nuestros juristas, sobre todo los más jóvenes, sepan reaccionar contra esa comodona dejadez de seguir considerando que todo el saber jurídico se concentra y reduce a las nociones de un sistema esquemáticamente expuesto y rutinariamente ingerido en la memoria”.

D'Ors recuerda que el saber jurídico es un saber práctico, es decir orientado al juicio 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. Por eso él dice que el derecho es ciencia (la ciencia de lo justo y lo injusto: *iusti atque injusti scientia*), pero también técnica o arte (en el sentido de saber práctico: el *ars boni et aequi*). La ciencia jurídica actual, modelada sobre la base de la ciencia pandectística alemana, que presenta el Derecho como un conjunto o “sistema normativo”, es decir como un saber meramente teórico, es por lo tanto un esquema insuficiente para una nueva ciencia jurídica.

¹³ “Discurso inaugural” (1955) en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, p. 240 y 241.

La nueva ciencia jurídica debe dar paso al casuismo, es decir a la consideración de los casos o problemas concretos. Los casos, dice D. Álvaro,¹⁴ “son el objeto ordinario de los libros de derecho, o sea las cosas propias de ese estudio”. El papel del jurista es definir la conducta justa en casos concretos, y por eso el hábito intelectual que preferentemente cultiva es la prudencia, y específicamente la prudencia de lo justo o jurisprudencia, pues toda prudencia se ejerce en relación a actos concretos.

En la visión de d’Ors, la admisión del casuismo no implica el abandono de la doctrina jurídica teórica, pues ésta es necesaria para la adecuada solución de los casos, pero sí conlleva la reconsideración de la ciencia jurídica, como una ciencia práctica que debe cultivarse y desarrollarse en relación a casos concretos, que una ciencia teórica que se preocupa principalmente por la perfección y congruencia del sistema normativo. Dice¹⁵ 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»*)”

No he encontrado algún texto de D. Álvaro donde exponga cómo ha de organizarse casuísticamente el Derecho. En un estudio publicado en 1993, titulado “Singularidad intelectual del jurista y cosmos casuístico...”¹⁶ aparece esta expresión de “cosmos casuístico”, con la que significa el conjunto de casos o problemas sobre los que discuten los juristas; la misma idea de “cosmos” supone un cierto orden. En un discurso inaugural del año lectivo 1955 afirmó¹⁷ que para la exposición del Derecho Romano convenía seguir el orden del Edicto del Pretor Urbano, que es básicamente un orden procesal en el que se expone, casi sin ninguna relación sistemática, una por una las diferentes acciones que otorgaba el pretor; pero en su magnífico tratado de *Derecho Privado Romano* sigue un orden expositivo, que divide la materia en partes e instituciones, y respecto de cada institución expone las acciones procedentes; es más bien un orden de instituciones que un orden de acciones.

¹⁴ *Una introducción al estudio del Derecho*, México, 1989 [reimpr., con notas de Jorge Adame Goddard, de la ed. española de 1963] § 3.

¹⁵ *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1999 § 54.

¹⁶ En *Parerga histórica*, Pamplona, 1997, pp. 85 ss.

¹⁷ “Discurso inaugural” en *Papeles del oficio universitario*, p. 235.

Me parece que para no desaprovechar el actual orden institucional del derecho privado, la nueva ciencia que propone d'Ors podría conservar ese orden y presentar, en sede de cada institución, los principales casos o problemas típicos que cada una presenta. La presentación de los casos junto con las reglas institucionales puede hacerse en dos maneras: presentar primero las reglas y luego los casos, de modo que éstos sirvan como ilustraciones o ejemplos de la aplicación de las reglas, y se siga un proceso lógico eminentemente deductivo: de la regla o concepto general se concluye la solución del caso particular. La otra forma sería primero presentar el problema o caso, y a partir de él inferir las reglas y conceptos jurídicos, de los cuales se podrá posteriormente deducir la solución. Para efectos de enseñanza del Derecho, lo mismo que para suscitar una renovación de los actuales hábitos mentales del jurista, parece mejor esta segunda forma, que pone el énfasis en el problema y su solución concreta, y no en la exposición abstracta de las reglas que luego se ejemplifica en casos

En opinión del D. Álvaro la recuperación del casuismo en la ciencia jurídica de la tradición romanista, que es básicamente la ciencia del derecho privado, tendría además la ventaja de establecer un punto de contacto con la tradición del *Common Law*, que aunque en su contenido es menos romanizado que el derecho civil, es, al igual que el derecho romano clásico, un derecho que se elabora a partir de la solución de casos. Él decía¹⁸ “es claro que sólo en el terreno del casuismo, del casuismo que nos enseñaron a practicar los prudentes romanos, puede intentarse la aproximación al derecho inglés para hacer un verdadero derecho común europeo”, pero luego corregía diciendo que no sería sólo un “derecho europeo” sino un derecho común universal. Decía: “El nuevo Derecho que parece amanecer no debe proyectarse como una estrecha continuación europea del Pandectismo, sino como ecuménico derecho jurisprudencial que, elaborado por juristas educados en el casuismo romano, en espíritu de operante libertad, reconozcan como único fundamento dogmático el del *ius naturale catholicum*.”

¹⁸ “Los romanistas ante la crisis de la ley”, en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, p. 16.

3. Conclusiones.

El actual movimiento a favor de la unificación o armonización del derecho privado, en la visión de Álvaro d'Ors, debería ser reorientado en el sentido de recuperar la unidad del derecho privado, entendido éste como ciencia y no como ordenamiento legislativo.

Para lograr ese fin de largo alcance, quizá de siglos, se requiere, en primer lugar, formar juristas con un criterio independiente del poder, que conciban el Derecho como una ciencia o doctrina racional, para lo cual es insustituible el estudio del Derecho Romano.

Ellos podrán ir construyendo una nueva ciencia ecuménica del derecho privado que: *i)* se construya a partir del estudio y confrontación de las corrientes doctrinales más influyentes; *ii)* se consideren los antecedentes comunes de tales doctrinas, especialmente el *Corpus Iuris Civilis*; *iii)* se haga la referencia al derecho natural y a los principios jurídicos metahistóricos, *iv)* se construya como una ciencia práctica, más que teórica, en relación directa con los casos más representativos.